

# 国家管轄権と抵触規定の一方的・双方的構成

榑 崎 み どり

- 一 はじめに
- 二 抵触規定の双方的・一方的構成
- 三 むすびに代えて

## 一 はじめに

国家管轄権は、国際法上の見解によれば、「国家主権の具体的発現」であって、「国家がその国内法を一定範囲の人、財産または事実に対して具体的に適用し行使する国際法上の権能」であるとして定義されている。<sup>(1)</sup> すなわち、私人による行為が国境を越えて行われ、当該行為に対していずれかの国家が公的規制を及ぼす場合には、他の国家もまた同種の規制を持つことが前提とされ、複数の国家による管轄権の行使が主張される結果、管轄権が抵触すると理解されている。さらに、「国家管轄権の競合・抵触をめぐる国際紛争の解決のためには渉外的私法関係に関する抵触法

規範……に準拠するだけでは不十分であり、国際法独自の調整基準の整備が必要である」とされる<sup>(2)</sup>。

右に見られた見解のように、国家管轄権について国際法上で一般に説かれてきたところを整理すれば、次のように言えよう。すなわち、国家管轄権とは国際法によって許容される、一定の事物を国内法の適用対象に含める国家の権利であり、また、私人の行為が国境を越える場合にはただちに——主権の平等性から——当該行為に対する公的規制についての諸国家の管轄権の衝突（抵触）が生じるのであって、こうした管轄権の抵触の解決には、国際法上の調整基準（国家管轄権の適用基準）が必要であるとされる。また、こうした主張においては、公権力の行使にかかわる涉外的法律関係と、私人の法律関係に関する涉外的私法関係とを分けて、前者については国際法上の管轄権の配分（調整基準、後者については国際私法上の規範が適用されると考えられている<sup>(3)</sup>。

他方、国際私法上では、国家管轄権は、一定の態様の債務履行の禁止等を定める公法的性質を持つ強行的法規を、当該私法関係の準拠法とは別に適用する枠組において、当該法規の法廷地における考慮を正当化する概念として扱われてきた。とくにドイツの国際私法上、Westerの特別連結論をはじめとする諸理論にそのような考え方が見られることは、筆者により既に取り上げる機会があった<sup>(4)</sup>。

国際私法上では、国家管轄権のとらえ方については、上述の国際法学説の見方とは対立する次のような認識を共有していると思われる。すなわち、国家管轄権は、国家の統制権限や公権的規制が涉外的法律関係に与える実効性（私法関係に対する効力）について、私法の側において許容されるための、一つの根拠要素である。国家管轄権は、原則的に、その規制国家により一方的に及ぼされる（国家法が自らの管轄権について一方的に主張する）だけであり、複数の公権的法規が同等の立場で——たとえば内国の公権的法規と外国のそれとが——抵触することは、（潜在的にはあり得て

も)前提とされていない。すなわち、国家管轄権について国際私法上で問題とされるのは、公権的法規の実効性(民事法上の効果)が渉外的に貫徹されるかであり、法廷地の国内裁判所が公的規制の適用について管轄権の行使原理として属地主義や効果主義に言及することはあっても、それはいずれかの国——とくに法廷地国——の公権的法規の、私法上の法律関係に対する効果の貫徹するための理由としてであった。国家管轄権(とくに立法管轄権)の行使基準に関する国際的調整ルールは、あくまで理想としての超国家法か、またはIMF条約第八条二項b号<sup>(5)</sup>のような、いずれかの締約国の主張する国家管轄権——または国家管轄権に基づき発布された国家的規制の民事法上の効果——が他の締約諸国において承認されるためのルールとして理解されているといえる。

さらに、国際法上で、内外の国家的規制について管轄権の衝突を考える際には、その解決のために、内外の規制に等しく適用可能性を開いているという意味において双方向的な抵触規定が、諸国の主権平等からただちに構想されるのに対して、国際私法上では、内国の国家的規制については、自国法の適用範囲のみを定めるという意味において一方的な抵触規定が主張されるものの、他方、外国の国家的規制については、民事上の法律関係に当該外国規制が介入すると見なして、その介入の効果についてその外国法に依拠するという(法の事実的適用)ないし「考慮」と呼ばれる)抵触法上の迂遠な廻り道が考えられる傾向がある。

しかしながら、国際私法上、このような法廷地国の公権的な強行法規と外国の同様の法規との取扱いの区別は、強行法規についての特別連結が創唱された当初から見られたわけではなく、Wengler<sup>(6)</sup>は、法廷地国の強行法も、契約準拠法でないし第三国の強行法規も等しく、契約関係の準拠法とは別に連結される双方向的な構成を採っていた。また、連結の対象たる法規は「強行的債務法」と称され、あくまで民事法上の法規として扱われていた。その後、

Neumayer<sup>(7)</sup>によつて、国際私法の対象となるのは国家主権の発動たる公権的法規そのものの適用ではなく、その民事法上の効果であるとの理解が示されるようになった。さらに、Kegel<sup>(8)</sup>によつて、自国の公権的法規と外国の公権的法規との取り扱いの区別が導入され、自国経済法の域外適用をめぐる経済抵触法理論<sup>(9)</sup>に至っている。

本稿では、国際私法の抵触規定に国家管轄権の概念がどのように反映されてきたかを考える上で、双方的か一方的かという抵触規定の構成の違いにつき、上述の理論の流れを検討することとしたい。すなわち、内外の公権的法規を区別せず、双方向的に開かれた連結により一律に公権的法規の適用関係を定めようとする考え方（双方向的構成）と、内外の公権的法規を分けて法廷地国の法規のみについてその国際的な適用範囲を定めようとする考え方（一方的構成）である。

なお、「一方的抵触規定」と言うとき、通例は、自国の法規の適用範囲のみを定める抵触法ルールと理解されるが、他方、法規の文言等から当該法規の国際的妥当範囲についての立法者の意思を解釈する——スタテュート（法規）学説に由来する——抵触法上の方法論として理解する立場<sup>(10)</sup>もある。本稿では、とくに指定のないかぎり、前者の意味で用いることとする。

## 二 抵触規定の双方向的・一方的構成

### 1 「強行的債務法」から公法的規定の「私法上の効果」へ

Wengler<sup>(11)</sup>は、強行的債務法をあくまで私法と位置づけていた。私法であるため国際私法により——当該法規の妥

当意ならびに当該法規の公布国の国際的管轄権に基づいて——双方向的に連結される。連結は、Wenglerによれば、最も密接な関係をもつ法への（自動的な）送致ではなく、法廷地における法の妥当を承認するための連関を意味するにすぎなかった。Wenglerによれば、一国の法により不法とされる行為に対し当該法の定める制裁（「不法の効果（Unrechtsfolge）」を法廷地の法秩序が受け入れて内国法化するかを、契約関係の準拠法から独立して判断する仕組みが、「特別な連結」であった。<sup>(12)</sup>

Neumayer<sup>(13)</sup>は、国家的な措置としての民事法律関係への介入を定める経済法の法規については、Wenglerと同じく、契約関係の準拠法とは別に、その経済法規の制定国が国際的な管轄権を持つかどうかに基づいて、その適用を判断する必要があるとした。Neumayerによれば、経済法の特徴は「国家による操作（staatliche Lenkung）を通じて経済に公権的に影響を及ぼすこと（öffentliche Wirtschaftsbeeinflussung）」にあるとし、<sup>(14)</sup>公的な経済作用を持つ法規の総体を経済法として、その法規のうち主権的な命令にあたる法規は原則的に公法に分類し得るが、しかし、私人の法律関係に対する公的行政の作用（主権的な命令の反射効（Rückwirkung））は、私法の範疇に属するとした。<sup>(15)</sup>そして、公法に分類される法規の妥当範囲は「国際行政法」<sup>(16)</sup>の対象となるが、私法に属する効果（経済法規に違反した効果としての私法上の制裁など）については、国際私法の対象となるとし、<sup>(17)</sup>当該の経済法規のそのような私法上の効果を法廷地において貫徹させるべきかは、私法の抵触規定において、経済法規の発布国がそのような立法のための国際的管轄権を持つかにより、判断されるべきであるとした。<sup>(18)</sup>

「公法の対象は、下々に対して垂直的に向けられる主権的な命令である。国際私法上の事象（Vorgang）……の対象は、しか

し、公法的命令の直接的貫徹ではない。命令の直接的貫徹は、むしろ、命令を発令した国 (Erlassstaat) の諸機関によって、強制執行、刑罰、差押といった主権的な強制手段により確保される。外国の裁判官に対して期待される活動 (Tätigkeit) は、私法上の確認に制限される。すなわち、垂直的に国家から契約当事者に対して作用する命令が、法の同等という原則により定められる契約当事者らの私法上の関係の水平的な (horizontal) 局面において受けることになる反射的な作用 (Rückwirkung) についてである。<sup>(19)</sup>

Neumayer は、私法の抵触規定と、「国際行政法」<sup>(20)</sup>における行政法規の抵触規定 (「境界規定 (Grenznorm)」) との違いについて、抵触規定の構成が双方的か一方的かであるとして、次のように述べている。

「行政法の抵触規定 (die verwaltungsrechtliche Kollisionsnorm) との相違は、つまるどころ次の点にある。すなわち、これらの規定は、境界規定として、法廷地法上の公法 (das öffentliche Recht der lex fori) の適用または不適用について一方的に (einseitig) 述べるにすぎない。例えばドイツ官庁は、フランス在住のドイツ市民が外国為替を所持している場合に外国為替の登録に関するドイツの諸規定に服するか否かという問題について判断しなければならぬ。フランスで通用している登録規定が介入するかについては、ドイツの官庁は審査できない。外国の行政法の適用は、行政法の境界規定によつては、いずれの場合も仲介 (vernitteln) されることはできない。私法の抵触規定 (die private Kollisionsnorm) は、これに対して、送致規定 (Verweisungsnorm) としての当該規定の本質および、その法秩序において当該規定に与えられている諸機能からすれば、必然的に双方的 (zweiseitig) である。すなわち、「私法の抵触規定としての」当該規定は、管轄をもつ法 (das zuständige Recht) を定める。<sup>(21)</sup>

さらに、私法の抵触法においては、Wengler のいわゆる「強行的債務法」は、契約準拠法の枠内で適用されれば

よい強行法規と、契約準拠法いかにかわらず国際的に貫徹が求められる絶対的強行法規とを分けて考えられるべきであるとされる。<sup>(22)</sup>この区別を、Neumayerは、当該法規が保護する利益の種別に応じて行っている。たとえば個人の利益の保護のための法規は、国際法秩序(Völkerrechtsordnung)の全体領域において、属人的連結によって、その妥当範囲を分かち合うことができるが、他方、公共の利益の保護のための法規は、契約準拠法にかかわらず、その国の領域に関わりを持つかぎり、絶対的適用を求められる法規とされる。<sup>(23)</sup>後者の法規は抵触に対して不動の(Konfliktfest)規定と呼ばれている。Neumayerにおいては、国際的貫徹を求める法規の妥当領域の確定のためには、特別連結が有用であるとされ、その際には、法廷地の国内裁判官は、当該法規の制定国の国際的管轄権が十分かを国際法上の観点から検証して判断されるものとされる。<sup>(24)</sup>また、行政法規や公権的命令に絡んでいる(民事法上の制裁としての)私法法規は、公共の利益の保護のための法規と見なされることが多いであろうとし、そのような例として、外国為替管理法や独占禁止法の諸規制が挙げられている。<sup>(25)</sup>

## 2 「利益」と公法抵触法

Kegel<sup>(26)</sup>によれば、公共の利益のための法規についての領域的な法の管轄権、および個人の利益のための法規についての属人的な法の管轄権が認められることは、Manciniに遡るイタリア学派の理論ならびにPilletの理論を先駆として、ドイツでも古くから諸学説により唱えられてきたとされる。Kegelが注目するのは、「利益」と抵触法上の「法の妥当領域」との関連である。とくに公序(ordre public)による外国法の適用排除において、法廷地国の実質法(法廷地法lex fori)上の諸法則が——外国法の適用結果と内国法秩序との両立可能性が吟味された結果——貫徹されるの

であれば、結果として、法廷地国の「利益」から法廷地法の実質法規の国際的妥当範囲を定めることと変わりはないとする。すなわち、公序によるほかに、国際私法上の連結の例外として、法廷地の自国実質法が準拠外国実質法に優先して適用される場面を——「自国の権力の利益において (Interesse der Macht des eigenen Staates)」——定める抵触規定による方法が考えられるとする。<sup>(27)</sup> このような「抵触規定」は、法廷地の自国実質法規のみの貫徹のための連結を定めるという意味で、一方的抵触規定である。

「当事者利益、取引利益、そして秩序利益は、独自の国際私法上の正義 (die eigenständige internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit) が顧慮される例にあたる。これらの例外として、実質私法上の正義 (materiellprivatrechtliche Gerechtigkeit) の利益における例外、および自国の権力 (Macht des eigenen Staates) の利益における例外がある。これらの例外は、一方では個別事案において公序を通じて表され、他方で、通則として (in der Regel) いわゆる公序の『特則化 (Spezialisierungen)』より良く言えば、公序の抵触規定 (Kollisionsnormen des ordre public) によって表される。」<sup>(28)</sup>

「外国実質法へと至る『当事者利益、取引利益、秩序利益と』諸々の利益は、特定の強度 (Stärke) を持っている。これらの諸利益は決まった範囲 (Umfang) においてのみ、実質私法上の正当な司法判断を追求する利益を押しつける。外国の実質私法の内容が一定の限界——正義の裁量 (Gerechtigkeitsspielraum) ——を越えて、自国の実質私法の内容から逸脱しているときは、実質法上の正当な司法判断を追求する利益が貫徹される。個別事案ではこのことは公序によってなされ得る。このために必要なのは、例えば内国民が関与しているなどの内国牽連性である。……実質私法上の正義の優先は、しかし、通則 (Regeln) として、いづれかの抵触規定によってもまた実現され得る。こうした抵触規定は、内国牽連性を、たいてい自らの規定の中に定めている。」<sup>(29)</sup>

「国際私法上の正義からの別の例外は、実質私法上の正義という利益においてではなく、またそもそも正義の利益においては全くなく、むしろ自国の権力の、実質的なかつ推定上の利益においてなされる。ここでは『政治的かつ経済的な諸利益』



が働く。たとえば密輸契約に対する外国の禁止がそのような契約を正しく拒絶することを命じていても、窮乏時には (bei Notheiten) 内国への密輸には適用されない、といったように、またはや個別事案において公序によって介入されるか、あるいは、通則すなわち公序の抵触規定によって介入がなされる。こうした抵触規定に見られるのは、たとえば外国での内国民に関する本国法、内国での外国人に関する住所地法 (スイスの事案を除く) というように、法律上の身びいき (juristischer Chauvinismus) すなわち自国法の優先である。<sup>30)</sup>

Kegelは、自らの主張を裏付ける主張として、Wenglerが一九四四年の論文<sup>(31)</sup>で (裁判官がその判断指針とする) 国際私法上の一般諸原則として「政治的利益」を取り上げていることに、言及している。<sup>(32)</sup>

「Wenglerは、『政治的利益』を、政治的に基礎づけられている公序 (ordre public) から、次の点で区別している。すなわち、公序は、外国の実質法に対して向けられているが、政治的利益の原則は、法——原則的には自国の法——の抵触法上の適用範囲にあてはまる。しかし外国法に対して両者の原則は『おそらく常に』同じ結果に行き着くであろう。実質法と抵触法との相違 (Unterschied) は特定の諸事案においては非常に難しく、また明白ではない。外国の物を取用する法令は、実質規定かそれとも抵触規定か、双方とも同じか、または双方を区別する境界例があるだろうか。政治的利益の原則は、Wenglerによれば、自国の実質法の適用を拡大することにその重点があるとされていた。<sup>(33)</sup>」

Kegelは、法廷地の裁判官は自国の政治的利益について配慮できても、外国の政治的利益を斟酌する立場にはない。とこう理由から、Wenglerの提唱した裁判官による「法の援助」を、法廷地法上の法規のみに狭めてしまっている。外国の政治的な法規については、その法が外国の権力の境界内で貫徹される場合 (例えば外国所在の財産に対する取用な

(ど)には、法廷地において「法 (Recht)」として承認できるとした。しかし、そのような法の貫徹可能性に基づく外国の公権的な実質法の承認はあくまで例外であつて、原則的には外国の政治的法規は法廷地では適用されないとされる。<sup>(34)</sup> 自国の実質法規もまた原則的には自国の権力領域内に制限されるとし、そのような属地主義によることで——私法の抵触法 (国際私法) に対する——国際「公」法 (internationales öffentliches Recht) が成立すると述べている。<sup>(35)</sup> (こ) という国際「公」法は、法廷地の国内法としての公法抵触法である。

「政治的利益は、個別事案において、または通則として、作用する。個別事案では政治的利益は公序によって作用する。たとえばドイツ民法典施行法 (E G B G B) 第三〇条のような一般条項から、さらに他の一般条項 (ドイツ民法典 (B G B) 第一三八条、第二四二条、第八二六条) から、特別な諸規定が発展し得る。また発展してきた。大いなる例を、我々は、国際取用法、通貨法、外国為替管理法に見ている。この種の外国の法令は、当該外国がその国の権力の限界内にとどまる場合には、通則的に (regelmäßig)、法として承認される。そして、この種の自国の実質規定もまた、原則的には自国の権力領域に制限される。(こ)に国際「公」法が生まれたのである」<sup>(36)</sup>

すなわち、Kegelによれば、政治的利益ないし公共の利益に基づく実質法規については、立法者によってその国際的妥当範囲が定められ、立法による定めがない場合は、その国の裁判官が自国の政治的利益を考慮して妥当範囲を決定する。他方、外国の公権的な法規は、私人の利益との関係では、その外国の領域的な権力の範囲内で当該規定が貫徹される場合には、例外的に内国の法廷地において法として承認されるが、それ以外の場合には原則的には承認されない。全体としては、権力の利益 (im Interesse der Macht) においては、自国法の優先 (Bevorzugung des eigenen

Rechts) が導かれるとされる<sup>(37)</sup>。

### 3 アメリカ抵触法学の影響

Kegei におおては、国家の「権力 (Macht)」は、法の制定や執行のための国家管轄権 (state jurisdiction) と同じ意味で用いられていると言つてよいであろう<sup>(38)</sup>。また、アメリカ抵触法学のいう「統治利益 (governmental interest)」にも相当する。すなわち、制定国の政治的利益を反映した公権的法規について、法廷地の内国法については自国の政治的利益、外国法については法の貫徹可能性から、それぞれ法廷地裁判所による法の適用を決定する Kegei の考え方には、アメリカ抵触法からの影響が見て取れる。

たとえば、「利益」から抵触的正義 (法廷地における内外の法の貫徹の正当化) を導く考え方として、Kegei は、とくに Cavers の一九三三年論文<sup>(39)</sup>を引用してゐる。Cavers は、「政治的利益」の考慮において法廷地法の実質規定の目的や内容を検討し、競合する外国の法域 (jurisdiction) との間で選択する理論を主張した。ほかに、「統治利益を助成する手段として外国の法によつて創出された」外国の法規は法廷地では承認されない、とする一九三四年のアメリカ抵触法リステイメント (第一リステイメント) 第六一〇条も引用されている<sup>(40)</sup>。

アメリカで独占禁止法の域外適用について最初に抵触法アプローチを検討したとされる Brewster も、一九五八年の著書で、「立法管轄権を持つ国が、他の国もまた立法管轄権を持つときに、その法を適用すべきか」という問題については、立法管轄権を支える諸要素のみならず抵触法の領域で表現されてきた他の諸要素をも考慮する必要があるとし、立法管轄権の抵触問題が通常の抵触法の問題と異なるのは、裁判官が自国 (法廷地) の法を適用するか否かを

選択できるだけで、他国の法を——その国の法が法廷地によって執行され得る私法上の救済を提供している場合を除いて——適用する選択肢を予備として持たない点であると述べている。<sup>(42)</sup>

このように法廷地の自国実質法規の優先的適用を導くアメリカ抵触法学の考え方は、Kegel以降も、ドイツの「経済抵触法」理論において引き継がれている。

「経済抵触法」は、諸国家の経済的利益の衝突を扱うのではなく、国際取引に関わる民事的法律関係に対する国家法とくに経済法の規律の作用——独占禁止法などの域外適用——を扱う領域であるとされる。<sup>(43)</sup>「経済抵触法」の対象となる規定は、一国の政治的利益や経済的利益を反映した「秩序政策的規定」または「介入規定」と呼ばれる公権的法規である。自国の法規と外国のそれとを分けて、自国の法規についてのみ優先的な国際的妥当を定める一方的抵触規定を考える点で、「経済抵触法」は、Kegelの権力理論やアメリカ抵触法学の延長線上にある。外国の経済法規は、法廷地においては法として適用されるのではなく、私法上の請求権に関する法律上の「先決問題」において、または自国の法規の「要件事実」として考慮されるにすぎないとされる。Drobnig<sup>(44)</sup>は次のように述べている。

「いずれにせよ西洋の国際法学説 (westliche Völkerrechtslehre) においては、また経済抵触法においても、出発点の上ではほとんど次のような一致が存在している。すなわち、いずれの国家も、その主権の領域的な境界に基づいて、その国の秩序政策的な諸規定およびそれらの規定から導かれる請求権を、その境界の外では、公権力によっても、私法上の請求権を基本的に身にまともつても、貫徹することはできない。」<sup>(45)</sup>

『外国の経済法の域外的適用 (extraterritoriale Anwendung)』は、原則的には、外国の経済法のいずれかの規定を、私法上の請求権に関する司法判断において付随的に (inzident) 適用することを意味するにすぎない。つまり、法律上の先決問題

(Vorfrage) を解決するか、または、外国の当該規定を法的に重要な要件事実 (rechtserhebliche Tatsache) として「事実に」評価するかに限定される。<sup>(46)</sup>

「本問題 (Hauptfrage) は私法上の請求権に該当するため、まず準拠される法秩序について私法の抵触法上の問題が生じ、当該問題は国際私法のルールによって解決される。国際私法のルールにより、基準となる私法秩序、いわゆる効果法 (Wirkungsstatut, die lex causae) が指定される。このように私法の抵触法上の効果法が論理的・実務的に優先するため、国際私法は、秩序政策的な諸規定を『介入規定』と称する傾向がある。なぜなら、これらの規定は、いわばオオカミのように、世界的に代替可能な私法上の諸規定による予定された群畜的調和 (die prästabilierte Herdenharmonie der weltweit fungiblen Zivilrechtsnormen) を破るからである。<sup>(47)</sup>

「本問題が、私法上の規定ではなく、むしろ行政法ないし社会法上の規定によって答えられるべき場合にも、原則的には同じようなことがあてはまるであろう。しかし、ここでは、大多数の諸国で利用に付されている一方的な抵触規定によれば、それはほとんど常に、法廷地法の規定のみである。ここでもまた、外国の経済法に従って評価されるべき先決問題が立てられる。……つまり、法廷地法上の介入規定についての経済抵触法の連結は、当該介入規定が作用する法律関係についての私法の抵触法「国際私法」の連結にかかわらず、実行される。すなわち、国際私法の見地から対象となるのは、内国の秩序政策的な諸規則の特別連結 (Sonderanknüpfung der inländischen ordnungspolitischen Regeln) である。なぜなら、これらの諸規則は、法廷地国の裁判所による絶対的貫徹 (unbedingte Durchsetzung) を求めるからである。<sup>(48)</sup>

<sup>(49)</sup> Baselow もまた、「経済抵触法」において、外国の公法規定の適用はあくまで「法廷地国の」好意的な許容 (freundliche <sup>(50)</sup> Zulassung) として行うものであり、<sup>(51)</sup> 内国の介入法規とは同じには扱えないとする。そのため、Baselow は、双方向的な抵触規定を放棄し、<sup>(52)</sup> 外国の債務法が契約準拠法の場合でも自国法 (法廷地法) の適用を認めるための手段として、<sup>(53)</sup> 一方的連結としての特別連結を使うべきであると主張した。

## 4 公法的規定の双方向的抵触規定

Zweigert<sup>(54)</sup> は、法廷地の裁判官は外国の公法をはたして国際私法の枠内で扱うべきか否かという問題とともに、国際私法上の双方向的 (Zweiseitig) 抵触規定、すなわち自国法についてその適用範囲を定めるだけでなく外国法をも指定する抵触規定が、「公法抵触法」になじむか否かという問題を提起した。

まず、前者の問題につき、外国公法不適用という原則はもはや効力を失っていると、また、外国の公法的法規そのものではなくその民事法上の作用のみを国際私法の対象とする考え方は、当該問題の解決にはならないと批判している。

「内国の裁判官が外国公法をいかなる状況下でも適用しないという命題は、実際に妥当してきたとされる範囲で、もはや確実には妥当しない。……このことは、とりわけ、両大戦間の通貨管理の時期、また一九四五年後の当初の時期に、はっきりと目に見えるようになった。それらの時期の外国為替管理法は、疑いようもなく、公法であった。そのような公法の適用可能性の問題がまさしく国際私法から立てられたのは、次の点に基づく。すなわち、多くの公法的規定は、それらの規律領域を越えて、さまざまな民事法上の反作用 (Rückwirkung) をも展開するという点である。国際私法にとって興味深い複数の例において、こうした民事法上の反作用が取り上げられた。まず最初は、そうした公法のうちのいわば私法的に重要となる領域を、公法的見地からのみ意義のある領域から切り離すことが模索された。しかし、根本的問題を避けようとするそのような試みは、状況を説明しなかった。なぜなら我々の現代の憲法が我々に明らかにしているのは、公法は全体として至る所へ放射するのであり、民事法上の効果や効力を前もって排除され得るような種類の公法規定は無い、ということであるからである。それゆえ外国の外国為替管理法が、たとえば輸出入の契約について外為法上の認可を要し、また認可なしでは契約が無効であることを

定めているときは、法廷地の裁判官によるそのような法の適用の問題は、結局は、裁判官ははたして、またどのような場合に、外国の公法を適用しなければならないか、という根本的問題と一致していたのである。<sup>55)</sup>

Zweigert は、連邦通常裁判所 (BGH) がその一九五七年判決<sup>(56)</sup>において「公法抵触法」の存在を認め、その原則としての属地主義を取り上げたことを契機として、外国公法の適用については、しかし「公法抵触法」の属地主義ではなく、むしろ国際私法の抵触規定によるべきであると主張した。

「私としては、本判決の結論は是認できる。しかし、国際私法において——またはより広い抵触法においてその規律もまた常に——属地主義の原則に言及しているのを耳にするのは、いたたまれない。当該原則は、抵触法において全く何も求めてはならない。我々ができるのは、法の属地主義に言及する（その場合にはあらゆる純粹な抵触法の検討を否定する）か、または、抵触法の考え方を行う（その場合にはいかなる連結が有意義かまたは拒否すべきかを議論できるが、属地主義の原則には触れるべきではない）かのいずれかである。すなわち抵触法と属地主義とは火と水のようなものである。属地主義という水が、抵触法の検討という火を消してしまうか、または、抵触法の検討という火が、属地主義の原則を蒸発させるかのいずれかである。<sup>(57)</sup>」

双方向的抵触規定によるべきとの主張は、法廷地国が自国の利益にのみ配慮するのではなく、自国を取り巻く国際社会の利益に対して開かれた姿勢を示すことができるという、国際的な礼讓 (comitas) や協働の視点からなされている。<sup>(58)</sup> すなわち、他の諸国が有する「国際的に典型的な利益」に配慮する姿勢を、内外の公法的規定に開かれた双方向的

な特別連結を採用することで、明白にできるというのが Zweigert の考えであった。

「私の第二の」問題は次のようである。すなわち、国際私法によって発展されてきた完全な抵触規定 (vollständige Kollisionsnormen) —— 自国の法の適用範囲を限界付けるだけではなく外国法へも送致する —— による方法は、公法的規定を特別に対象とした「公法」抵触法においても居場所を持つか (ihren Platz haben) 、なじむことができるかという問題である。私法と公法の間領域である法分野、すなわち労働法、社会法、経済法については、多数の個別的問題が白紙のままであるとしても、この問題が肯定され得ることはすでに明らかである。<sup>(59)</sup>

「公法の領域では徹頭徹尾、自国の政治的な法の領域を注意深く限界付けている精神 (Geist) において、一方的な抵触規定が立てられるのだとすれば、抵触法の規定の一方的な表現形式は、『自国の利益』を起点とすること、また、個々の国の権力政策・経済政策上の利益に左右されることを、ほのめかすことになる。これに対して、抵触規定の双方向的な表現形式、すなわち、いずれの国がもっとも容易に (am ehesten) 特定の事実関係を規律し得るか、また規律すべきかと問うことにおいては、おのずと国際的な分業 (Arbeitsteilung) や協働 (Zusammenarbeit) の考えが前面に出てくる。<sup>(60)</sup>」

Zweigert の見解に対して厳しい批判を行ったのが Mann <sup>(61)</sup> であるが、Mann もまた、属地主義のような一方的な抵触規定ではなく、双方向的な抵触規定の構成によることを主張している。

Mann は、アメリカ抵触法学の「利益」からのアプローチについて、次のように批判している。

「抵触法学 (conflict of laws) の分野で、利益分析 (the analysis of interests) 理論が——Currie の悲惨な (calamitous) 影響下で——基礎を得たように、国際的管轄権 (international jurisdiction) の分野では、利益衡量 (a balance of interests) 理



論を我々は耳にする。こうした並行 (Parallelism) は、国際私法と国際法との歴史的な相互関係について関心を抱くあらゆる者を魅了している。しかし、分析と言おうと衡量と言おうと、利益は、法においては、有害で誤解を招く道しるべ (a bad and misleading guide) である。……いわゆる利益衡量は、政治的な考慮 (a political consideration) 以外の何物でもない。重要なのは、主観的で政治的な利益ではなく、諸々の事実とそれらの法的評価との間の関連に十分な重点を置く、客観的な密接関連性テストである。法律家は、利益ではなく、関連を比較衡量する。<sup>(62)</sup>

Mann は、「公法抵触法」も批判している。外国公法不適用の原則は、いまだ妥当するとし、外国公法が法廷地において法として適用されるのは、あり得ないとする。

「まず、公法の抵触法なるものは全く存在しない……ドイツの裁判官、税関検査官、銀行公務員に、オーストリアの外為法を適用することを許容する法則は存在しない……公法の性質を持つ規定が定義するのは、全く別であり、すなわちいかなる涉外の事実関係にその規定が適用されることを欲しているかである。国家の公法的規範はどのように国際的に限界付けられるか？これは通例、「法規の」解釈問題であり、そのような解釈問題は、解釈される当の規定が適用されることになる場合、つまり、特定の意味における抵触法上の問題が判断された場合にのみ、またその場合にはじめて、浮上する。(そのような解釈問題を一方的抵触規定 (eine einseitige Kollisionsnorm) と呼ぶことができるかもしれない。このような用語は何も獲得しないが、「…」当該の規定が実際にはそうした特質を持っていないのに国際私法の一方向的抵触規定のように演じているにすぎないことが明らかであることを前提とすれば、無害 (unschädlich) である」<sup>(63)</sup>

Mann は、公法的規定が私法上の法律関係に与える作用は、契約の「効果法」のなかで全体で一つの法として適用すべきであるとする<sup>(64)</sup>。そして、「効果法」すなわち「契約のプロパー・ロー」を決定する上で、契約当事者の属人的

連結、とくに債務者の住所地の法によることを推奨している。

「見過ごせないのは、個々の点では相違があるにもかかわらず、その結論として、一九五九年BGH判決が債権の所在すなわち債務者の住所地を連結点としていること、Zwagerが債務履行となる財産価値の移転が完全でないし部分的に行われる地（通例は債務者の住所地と一致する）の法へと送致していること、そしてKegelが貫徹のための権力を持つ（つまり同じく債務者がたいそ住所を有する）法を優先していることに見られるように、同じ結果にしばしば行き着いていることである。前述したこれらの見解は、なぜ、さまざまな教義的な出発点のみならず、その共通の結果まで批判にさらされているかを証明すべきである。すなわち、債務者の住所は、一方では、債権における所在地としての連結点とされ、他方では、契約における履行地としての連結点とされている。前者において取りざたされているのは、物権の観点である。後者においては、債務者の住所は、明示的・黙示的な合意に対しては間違いなく優先されないであろう。このほかに、効果法（Wirkungstatut）以外に、または完全に効果法に代わって、別の連結点を設置し、またこのような方法で外国の介入法に対してさらなる裁量を与える、といったあらゆる傾向には、反対されねばならない。」<sup>(65)</sup>

Schurig<sup>(66)</sup>も、外国の法規に反映された「利益」を勘案するのではなく、国際私法上の「連結」において、外国の法規を法廷地において適用する方法を採るべきであるという。Schurigは、外国立法者の妥当要求（Anspruch）を「分解」して、段階的に捉えて、連結においてその法規の妥当意思（抵触法上の要求）を捉えればよいとした。すなわち、特別連結論のいう法の妥当意思とは、法を制定している国の統治利益と言ひ換えられ、制定国の抵触法による当該国の実質法への送致として読み替えられるとする。そこで、法廷地のメタ抵触規定（Grundkollisionsnorm）から、まずその外国に送致して、その際に、外国の抵触法上の連結は、当該外国の法の適用のみを主張していることという条件

を付けねばよいとする。<sup>(67)</sup> 外国の制定国の抵触法による送致を受け入れるかは、反致と同じように、その外国の送致を受け入れて当該外国の法規を適用することと考えられるとする。そのように構成すれば、特別連結も「公法抵触法」も要らないという。<sup>(68)</sup>

## 5 公法規定の双方向的抵触規定に対する批判

しかしながら、公法的規定の適用について双方向的な抵触規定を主張する見解に対しては、以下のような指摘ないし批判がある。

まず、契約準拠法と一体化した形でのみ公法規定が考慮されるという立場に対しては、自国の公権的規定の適用範囲が法廷地国の観点から自由に設定できなくなる、という点である。<sup>(69)</sup> Basedow によれば、Mann の見解は、秩序政策的規定を国際私法の双方向的な連結システムの中へ組み入れようとする試みであるが、Mann のいうように「公法が考慮されるのは契約の効果法がそれを求める場合にかぎられる」とすると、外国法が契約準拠法となった際には、自国の秩序政策的規定の適用は公序の発動によってしか確保され得ないことになる、と指摘する。そうになると、公序を頻繁に発動せざる得なくなるが、自国の秩序政策的規定は、公序により外国法を回避するという方法で消極的に考慮されるのではなく、むしろ自国の絶対不可欠な根本価値 (die eigenen unabdingbaren Grundwertungen) を體現した規範として積極的に適用されるべきであるとする。<sup>(70)</sup>

次に、国際的な礼讓の観点から公法的規定について双方向的な抵触規定を採用しようとする立場に対しては、まずその前提として、当該規定に體現される政治的な利益が——たとえば少なくとも条約の締約国たる——諸国の間で、調

和ないし共有される必要がある、という指摘がなされている。Drohning<sup>(71)</sup>は、次のように述べている。

「つまり主権行為の効力は領域的に限界付けられるというこのような命題は、……経済抵触法全体においても原則的にあてはまる。このような属地主義からの唯一の例外は、いずれか他の国による同意を、条約によって受けるか（複数の関連諸条約が存在する）、または別個に、連帯（Solidarität）の観点の下で——すなわち戦争時の同盟における連帯のように——裁判所の司法判断によって受けるかである。それでも、おそらくここで問いが投げられるのは、たとえば欧州共同体の加盟諸国の連帯もまた、いずれか他の加盟国による公法上の請求権を直接的に貫徹することを許容すべきであるほどに密接でないかという点である。この点についての一つの手がかりは、欧州共同体の倒産条約草案にある。」<sup>(72)</sup>

Sonnenberger<sup>(73)</sup>も、特別連結の双方化の前提条件として、まず先に、国家政策的、経済政策的、社会政策的な目的設定のハーモナイズ化（調和）が正当であると認められること——たとえば連邦国家における姉妹国家の間（zwischen Schwesterstaaten in einer Föderation）のように——が必要であるとす。例として、いずれかの加盟国の外国為替管理法の規制違反の効果を他の加盟国が承認する義務を定めるIMF条約第八条第二項b号<sup>(74)</sup>は、双方向的抵触規定と見ることができるとを挙げている。しかし、欧州共同体の加盟国の間でさえ、これまでのところいまだ、広い範囲で——少なくとも加盟国の介入法に関する——双方向的な抵触規定が考慮に入れられるまでには至っていないとする。

### 三 必ずびに代えて

見られたように、抵触規定の双方的構成と一方的構成の違いは、まずもって、抵触規定の対象となる法規の性質およびその区分から導かれている。すなわち、私法か公法か、あるいは、個人の利益の保護のための法規かそれとも公共の利益の保護のための法規か、という相違である。さらに、公共の利益のための規定が公法規定と見なされるようになり、自国の法規と外国の法規とを区別する構成も現れるようになった。

特別連結を創唱した Wengler<sup>75</sup>、そして Neumayer は、経済的統制を定める公権的な法規であっても、契約債務の履行に対する統制であるから債務法と見なすことで、または、当該法規の民事法上の効果を私法の範疇とすること、国際私法の双方的な連結にあてはまるとした。外国為替管理法などの経済統制法は、Wengler においては、強行的債務法としてあくまで私法と位置づけられており、私法であるがゆえに国際私法の対象として内外の強行法規に開かれた双方向的な特別連結の対象となるとされた。<sup>76</sup> Neumayer は、国家による介入や統制を定める経済法を、公法と私法との間に位置する第三カテゴリーの法、すなわち私法上の効果を公法に分類し得る現象として表す法であるとした。そして、経済法の法規自体は国際行政法の一方的な抵触規定（境界規定）によりその妥当範囲を決定されるが、私法上の効果については国際私法の双方向的な抵触規定によるとした。また、Neumayer は、Wengler のいう強行的債務法を、個人の利益保護のための法規と、公共の利益保護のための法規との二つに分けられるとして、前者は（法規自体が国際的に絶対的な貫徹を求めているため）人に付随してすなわち契約準拠法として適用されればすむが、後者

は、公共の利益のための法規はその国の領域では万人に対して適用されるという、法の領域的な管轄から、対象となる民事法律関係がその法規を定めている国の領域にかかっているかぎり、契約準拠法にかかわらず、法廷地において当該法規の効果を考慮することが求められるとした。

内外の強行法規に開かれた双方向的な構成から、自国の法規と外国の法規とを区別する構成に変わったのが、Kegel以降である。Kegelは、一国の政治的利益（権力の利益）を反映した法規を、その国の公序法を成す法規として、公法規定として捉えている。そのような規定の国際的な妥当範囲は、自国の政治・経済の状況に基づいて立法者が定得るが、立法者が定めていないときは、裁判官が自国の政治的利益を勘案して自国法規の妥当範囲を解釈し得るとした（一方的抵触規定）。他方、外国の同様の法規については、法廷地の裁判官はその外国の政治的利益について考慮できる立場にはないため、原則的に、法廷地において法として適用できないが、例外的に、法の貫徹可能性によって、すなわち、その外国がその国の領域内で当該法規の効果を貫徹できる場合にかぎり、適用を認められるとした。公共の利益のための規定を公法規定と見なすことにより、その法の妥当範囲を画定する抵触規定は、国際私法の枠外に置かれることになる。そのため、Kegelは、国際私法ではなく、国内法としての国際「公」法に、領域的管轄に基づく属地主義の原則が属するとした（ここでいう属地主義の原則は双方向的抵触規定であるが、多くの場合には自国法の適用のために用いられる）。

さらに、公法と私法の間位置する法分野（経済法、労働法、消費者法など）が発展し、また、弱者保護など公共の利益のための国家的な統制への社会的要請が高まったことにより、さらに理論的にアメリカ抵触法学の影響もあり、Kegel以降、独占禁止法の域外適用など国際的な私的経済取引への国家の介入を、経済法の抵触法（経済抵触

法」として扱う学説が勃興する。これらは、自国の法規についてのみその国際的な妥当範囲を画定するための一方の抵触規定を、経済法という法分野について導入しようとする。

他方で、国際私法の本来の規律方法としての双方向的な抵触規定において公法的規定の適用を考えようとする学説も主張されたが、こうした学説には欠陥が指摘されている。たとえば Mann のような契約準拠法一体説であれば、契約準拠法（効果法）の決定を当事者自治によらしめるのではなく、国際的な妥当を求める公法的規定が想定している人的管轄（債務者の住所）または領域的管轄（履行地、役務給付地）を考慮に入れて、そのような管轄に合わせた契約準拠法を考えなければ、契約は国際的に跛行することになる。また、自国の公法的規定の適用を確保したいのであれば、公序の発動に頼ることになる。

公法的規定はその国の一般的な公共利益を守るための規定であり、政治経済政策を反映しているため、双方向的抵触規定を採用する前提条件として、外国の公権的な実質法規と自国の同様の法規との間に、その分野の政治経済的な利益ないし公的な価値観が共有されていなければならないとする指摘も見られた。条約加盟国によるそのような利益の共有の例として、最近では、欧州連合（EU）における各法分野の抵触規定の統一化のための取組みが参考になるであろう。

多喜寛教授<sup>(76)</sup>によれば、各国の法は国家主権の発動によるものであるという命題は今日の国際私法においても妥当するが、「国際私法により外国の法を適用する」とは「内容的にのみ外国的な特殊な内国法を創設する」ことに相当するということ事実を前提とすれば、「国際私法によってその国の裁判官に外国の公法の適用を命ずることそれ自体も、何ら当該外国の主権に関わらないということになろう」とされる。外国公法の適用を、主権の発現たる法そのものの適

用ではなく、その私法上の法的効果を内国の法秩序に編入することと見る立場ともいえよう。

このような立場を裏付ける比較的最近の立法例として、契約債務準拠法に関する二〇〇六年ローマI規則第九条<sup>(77)</sup>では、一般条項としての特別連結が規定されており、同規則第二項および第三項では、一九八七年スイス国際私法典の第一八条および第十九条<sup>(78)</sup>と同様に、法廷地国の強行法規と、契約準拠法国とは異なる第三国の強行法規とを分けて規定している。

これらの立法例に見られるように、立法の傾向としては、公法とも見なされ得る強行的法規について、その国際的妥当範囲を画定するための「抵触」規定は、自国の法規については——個別分野の一方的抵触規定を留保して——一般的な優先的適用を定め、外国の法規についてはその効果を法廷法において承認するための諸条件を定める、というように内外の強行的法規の間で分かれた構成を採用している。公法的性質をもつ強行的規定についての抵触法が検討される際には、このような抵触規定の構成の違いに留意されるべきであろう。

(1) 山本草二『国際法「新版」』(有斐閣、一九九四年)二二二頁。

(2) 同上。

(3) 山本草二『国際行政法の存立基盤』『国際法外交雑誌』第六七卷五号(一九六九年)一頁以下(山本草二(兼原敦子・森田章夫編)『国際行政法の存立基盤』(有斐閣、二〇一六年)三頁以下)、山本草二『国際行政法』雄川一郎他編『現代行政法大系1 現代行政法の課題』(有斐閣、一九八三年)三二九頁以下(『国際行政法の存立基盤』六一頁以下)。また、奥脇直也『国家管轄権概念の形成と変容』村瀬信也・奥脇直也編『国家管轄権——国際法と国内法——』(勁草書房、一九九八年)三頁以下。





- (13) Neumayer, *supra* note 7.
- (14) Neumayer, *supra* note 7, p. 38.
- (15) Neumayer, *supra* note 7, p. 39-40. 「純粹な中間領域として、経済法は、公法的性質ならびに私法的性質を持つ諸法規 (Rechtssätze) を含む。公法に属するのは、権利を形成する経済行政行為 (rechtsformende Akte der Wirtschaftsverwaltung) であり、さらに、経済生活の関係者 (die am Wirtschaftsleben Beteiligten) に対し、ある特定の行為を義務化する国家的な命令である。公権的に形成される (hoheitlich geformt) 法律行為の内容及び効力は、これに対して、私法上の規律に委ねられたままである。この意味において、公法に該当するのは、私企業の営業免許 (Konzession)、特定商品の生産への強制、外国為替の保有高 (Stock Bestände) 届出義務、統制物品の引渡し義務、取引所組織の定款 (Verfassung) に関する諸規定、保険監督、締結強制 (Kontrahierungszwang)、価格表示義務、また、これらの法領域を特徴づけている——特定の法律行為に入るもの——禁止である。通例、これらの禁止及び命令に違反すると行政罰 (Sanktionen im Verwaltungsweg) を課される。すなわち、官庁の許認可の失効、押収、営業停止、または刑事罰として罰金、懲役である。このほか、私法上の制裁がなされるが、こうした制裁は、私人の法律関係に対する公的行政の作用 (Überwirkung) として、もっぱら国際私法上の考察対象として問題となる。その際に扱われるのは、公的な経済立法の介入がなければ、民法の規定に従って有効に、かつ当事者の求める法律効果を伴って成立していたはずの債務関係の、無効 (Nichtigkeit)、取消可能性 (Anfechtbarkeit)、または法定の転換 (gesetzliche Konversion) である。」
- (16) 「国際行政法」よつは、Karl Neumayer, *Grundlinien des internationalen Verwaltungsrechts* (Decker, 1911), p. 17 が挙げられている。ほかに、Karl Neumayer, *Internationales Verwaltungsrecht*, IV (J. Schweitzer (A. Seller)), 1936.
- (17) Neumayer, *supra* note 7, p. 40. 公法上の諸規定の適用は、「特別な抵触規範を形成してきた国際行政法 (das internationale Verwaltungsrecht) の任務である。しかしながら、私法上の制裁を、公法に組み込み得る事象として表しているにすぎないような法規範は、私法 (dem Privatrecht)、場合によっては債務関係の法 (dem Recht der Schuldverhältnisse) に属する。こうした法規は、そのため、国際的な抵触事案について発展されてきた国際私法上の送致システム (Verweisungssystem) によつて把握されねばならぬ。」(p. 40)。
- (18) Neumayer, *supra* note 7, p. 41. 「いずれかの国家が外貨建ての取引を禁止している場合、その国家は様々な方法で当該禁

止の考慮を確保できる。すなわち、その国家は、当事者に刑罰や押収を脅すことで違反行為をひるませることができ、公法に特有の措置をもっては、その国自らの機関の効力領域 (Wirkungssphäre) に制限されたままである。国家は私法規定を使って違反行為による「財物」処分の無効を宣言できる。こうした私法上の制裁を、国家は、外国の諸機関の助けをかりてもまた貫徹することができ、当該の法律行為がその国「制裁発令国」の立法的な権限範囲 (Machtsphäre) 内に領域的に服しているかぎり、そうである。いつこれに該当するかは、国際法上の諸原則の考慮の下で、その国の主権 (Souveränität) に服している法律関係に命令的に (ordrend) 介入するための、諸国家の国際的管轄権 (internationale Zuständigkeit) をもつて (anhand) 決定されるべきである」(p. 41)

(19) Neumayer, *supra* note 7, p. 40.

(20) 前注(16)。

(21) Neumayer, *supra* note 7, p. 41.

(22) Neumayer, *supra* note 7, p. 41-45. 「探究されねばならないのは、つまりそのような法規の媒介のために考慮される抵触規定である。この点については見解が分かれている。このような問題は、強行的債務法の準拠法 (das Statut des zwingenden Schuldrechts) 「引用者注：同所の脚注では Wengler の一九四一年論文が挙げられている」(p. 41) 「あらゆる強行的債務法について契約準拠法によるといった名目上の原則は、したがって、経験的に (empirisch) 揺らいでいる。当該原則が見誤っているのは、『強行的債務法』という概念の実体は、統一的な法要素 (einheitlicher Rechtsstoff) などではなく、むしろ、まさしく異種の (recht heterogen) 素性 (Abkunft) をもつ諸法規の集合体であるという点である」(p. 43) 「すなわち債務関係の領域で見取ることのできる強行的法規の二つのグループがある。一方は、国際的に絶対強行的でない (international nachgiebig) 法規、他方は、国際的に絶対強行的な、抵触に対して不動の (konfliktfest) 法規である」(p. 45)

(23) Neumayer, *supra* note 7, p. 46 「こうした強行的法規の種類——Antoine Pillet が「個人を保護する法規 (lois de protection individuelle)」とこう概念の下で大多数を集約した——は、絶対強行的ではない私法規定の妥当領域を分かち合う。すなわち、これらの法規は、いずれか人的な連結 (eine personale Anknüpfung) 「属人主義的連結」を許容し、国際法共同体 (Völkerrechtsgemeinschaft) の全体領域において妥当されることである。これに対して、主として公共の福祉

(allgemeine Wohlfahrt) の促進および保証のため、または公的な国家利益 (im öffentlichen Staatsinteresse) において発布される諸々の命令は、「契約当事者によつて」なされる準拠法選択にかかわらず、いずれか特定の社会圏 (Sozialsphäre) についで無条件の (＝領域的な) 妥当 (unbedingte (＝territoriale) Geltung) を求める。」

- (24) Neumayer, *supra* note 7, p. 50. 「残されている問題は、抵触に対して不動の (konfliktlos) 私法規定の管轄権の限界画定にこつてである。答へは、まず (凹面 konkav) その妥当意思から、ならに (凸面 konvex) 法制定国の立法管轄権 (competence legislative) (legislative jurisdiction = 介入主権 Eingriffshoheit) から推定されるべき (zu erschließen sein) であり、その境界は国際法上の諸々の観点に従つて定められるべきである。二人のドイツ在住の者、例えば親戚が、偶然に二人とも英国の国籍を持っており、ドイツで返済可能な借款を受けたとして、英国の外国為替管理法は、このような事実関係を把握しようとは欲しない、つまり制限された妥当意思をもつ。しかし同じ事実関係において一時的にドイツに滞在している英国の旅行者が取りざたされるときは、英国の外国為替管理法が例えばそうした理由から当該事実関係にその支配を拡張することを欲したとしても、ドイツの裁判官は、返済債権を訴え出られたならば、正当に、英国の外国為替管理法の妥当を制限するであろうし、適用しないであろう。なぜなら、経済法上の制限規定を媒介するための、英国の社会圏へと結び付ける純粋に人的な連結素 (rein personale Anknüpfungselemente) が十分ではないからである。そのかきりで英国立法者の介入主権 (Eingriffshoheit) は足りない。外国の土地に所在している財産もその為替主権に服せしめようとする試みは、国際法上、権限踰越 (ultra vires) であり、考慮に値しない。しかし、モノコの *Boisevain v. Weil* 事件と同様に、借款の返済が英国で合意されたとする、同事件で英国貴族院 (House of Lord) が妥当にも判断したように、英国の防衛規則 (British Defense Regulation) が考慮に入れられるべきである。……なぜなら、当該事実関係が、その際には、当該規制により律せられている社会圏に対して事実的かつ空間的な関係性 (eine sachliche und räumliche Beziehung) を示しているからである。」

- (25) Neumayer, *supra* note 7, p. 46-47. 「債務者に外国為替の支払を転換口座 (Konversionskasse) に対して行うように強制する公法的な (öffentlich-rechtlich) 命令、および、こつした命令から結果として導かれる (私法上の) 債務免除 (Schuldbeitung) の効果は、当事者の利益においてではなく、むしろ、公的な外国為替準備 (öffentliche Divisenserven) を保護するため、また、生活上重要な輸入を確保するため、または、バランスのとれた支払収支 (angegliche Zahlungsbilanz) およ

びそれによる通貨安定 (Währungsstabilität) のためにもつばらなされた。金約款 (Goldklausel) の禁止およびその私法上の制裁 (privatrechtliche Sanktionen) は、価値を切下げられた通貨で債務を負う者の金銭負担の軽減を目的としているのではなく、むしろ国家がその通貨政策上の措置のために必要とする、信用および公的な威信という利益において行われる。すなわち、こうした国家は、二次的な通貨も許容しないし、また支払手段の価値不変性 (Wertbeständigkeit) に対する疑念の明白な表明——金約款の合意において宣言される——も許容しない。経済を操作する諸措置は、流通商品の需要充足 (Bedardeckung) を保証する。アンチトラスト立法は、自由市場経済の濫用的な権力集中 (Machtzusammenballung) をコントロールする。日曜の契約禁止およびアルコール飲料の取引禁止は、ある特殊な世界観を反映している。この地でも彼の地でも、絶対的強行的な規範化 (die unachgiebige Normierung) は、双務関係 (Synallag) の内部の均衡に寄与するものではない。すなわち、そうした規範化は契約に関係する者を保護するのではなく、むしろ個人の専横 (Willkür) から社会を保護する。」

- (26) Kegel, *supra* note 8.
- (27) Kegel, *supra* note 8, p. 277-279.
- (28) Kegel, *supra* note 8, S. 278.
- (29) *Ibid.*
- (30) Kegel, *supra* note 8, S. 279.
- (31) Wilhelm Wengler, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen*, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, XXIII, Vol. 4-5 (1944), p. 473.
- (32) Wengler, *supra* note 31, p. 486 「公序 (ordre public) と、政治的利益を手がかりに実質法の適用範囲を定めることこの内的な親縁性 (eine innere Verwandtschaft) は、全く明らかである。外国法の適用により実現される結果が法廷地法 (lex fori) 上の特定のとりわけ重要な諸々の法則と調和しないという理由で、公序が外国の準拠実質法規を適用に至らせない場合、このことは、政治的性質をもつ法廷地法の最上位の指針となる法則 (oberste Leitsätze) でもあり得る。」
- (33) Kegel, *supra* note 8, p. 269.
- (34) *Ibid.* Kegel は、「私人の権利への国家の介入」においては、法の貫徹可能性という点で、「領域主権は対人主権よりずっと

重要である」(Kegel, *Die Rolle des öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht*, in: Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern (Carl Heymann, 1988), p. 243, 244.)。

(35) *Ibid.*

(36) *Ibid.*

(37) Kegel, *supra* note 8, p. 279.

(38) Mann は「Kegel の権力理論を「外国法の適用可能性を財産の占有に左右させる」「純粹に事実的な局面に基づいてのみ権力に連結する理論」とし (Mann, *supra* note 10, p. 155) ‘Kegel のいう「権力」は「規律管轄権 (prescriptive) と執行管轄権 (enforcement jurisdiction) を区別せよ」とし (F. A. Mann, *Conflict of laws and public law, Reueil des Cours*, Vol. 132 (1971-I), p. 121) 。他方 Kegel, *supra* note 34, p. 246 f. では‘Mann の見解を「国家の利益と私人の利益とを対置するのと同調しなく」理論であり、「利益」にほとんど価値を見出しつゝおらず、「彼の関心を引くのは、国際法上の諸国家の——法を制定しかつ裁判上で適用する——権限 (Belugnis) (立法管轄権 (legislative jurisdiction)) である」と評している。

(39) Kegel, *supra* note 8, p. 271, fn 94. 同所も Cavers, *The choice-of-law problem, Harvard Law Review*, Vol. 47 (1933), p. 173-208 が引用されている。Cavers は「抵触法における裁判所の役割に留意し、法廷地 (および競合する国) の実質法的目的 (purpose) を審査し、その事実に対する法の関連 (link) を考慮し、政治的利益 (political interest) について判断せよ」とし、Currie の統治利益は政策 (policy) に基づくが、Cavers は‘Currie のいう政策 (policy) は目的 (purpose) であるとし、法規の目的を評価し、基準となる法規ではなく、基準となる法域 (jurisdiction) の選択を行うこととする見解を主張している。Cavers の見解においても、法廷地の自国法規の適用範囲の画定が、まず考えられている。この点は、David F. Cavers, *The Choice-of-Law Process* (The University of Michigan Press, 1965) .

(40) Kegel, *supra* note 8, p. 279.

(41) Kingman Brewster, *Antitrust and American Business Abroad* (McGraw-Hill, 1958), p. 339-349. 同書 p. 339 fn. 94 では‘アルロン事件 (United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d. 416, 443 (2d. Cir. 1945)) の中で‘L. Hand 判事が「国家の権限行使についての一般的な文言は、シャーマン法の中には読み取れないが、諸国によって慣習的に守られてきた制

限はある」として、「行った制限は『抵触法 (Conflict of Laws)』によって確立された制限と通常一致する」という意見を述べている箇所を引用している。

- (42) Brewster, *supra* note 41, p. 339. 「裁判所は、立法管轄権を持つ他の国が訴えてくるか確信を持たないだろうから、自らの前にある真の問題は当該行為が規制されるか否かという点であると感ずるのであろう。そのため、通常の抵触法の問題に際してよりも、より具体的に、立法上および司法上の便宜という諸利益について考えるであろう。」
- (43) Ulrich Drobnig, *Das Profil des Wirtschaftskollisionsrechts - einführende Bemerkungen zum Symposium "Extraterritoriale Anwendung von Wirtschaftsrecht" Hamburg 1986*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 52 (1988), S. 1.
- (44) Drobnig, *supra* note 43, p. 3.
- (45) *Ibid.*
- (46) Drobnig, *supra* note 43, p. 4.
- (47) *Ibid.*
- (48) *Ibid.*
- (49) Basedow, *Wirtschaftskollisionsrecht-Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Formstaates*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 52 (1988), p. 8.
- (50) 「好意的な許容 (Freundliche Zulassung)」の表現は、*カニカニテ* Meessen, *Zu den Grundlagen des internationalen Wirtschaftsrechts, Archiv für öffentliches Recht*, Vol. 110 (1985), p. 398-418 (p. 408, 411) *ワタシカニテ* の点 *テ* Basedow, *supra* note 49, p. 9, fn. 3.
- (51) Basedow, *supra* note 49, p. 9.
- (52) Basedow, *supra* note 49, p. 12 f.
- (53) Basedow, *supra* note 49, p. 23.
- (54) Konrad Zweigert, *Internationales Privatrecht und öffentliches Recht*, in: *Fünfzig Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel (Hansischer Gelderverlag, Joachim Heitma & Co., 1965)*, p. 124.

- (55) Zweigert, *supra* note 54, p. 125-126.
- (56) BGH 17.12.1959, BGHZ 31, p. 367, 370-371, 373.
- (57) Zweigert, *supra* note 54, p. 130-131.
- (58) Zweigert, *supra* note 54, p. 137-141.
- (59) Zweigert, *supra* note 54, p. 137. 「国際私法 (internationales Privatrecht)」「私法の抵触法」と国際公法 (internationales öffentliches Recht)「公法の抵触法」との間の主な相違は「これまで繰り返し次のように言われてきた。すなわち、国際私法のみがいわゆる双方向的抵触規定を知っている。」「私法の」抵触法の立法者はそのような「双方向的」規定を發布すること、すなわち諸国の私法秩序を鳥瞰する視点に立ち、それらのうちのいずれかの私法秩序に対して、その適用範囲を——国内裁判所の判断によって考慮に入れられるかぎりにおいて——多少の差はあれ同じように (gleichmäßig) 指定するのである。」
- (60) Zweigert, *supra* note 54, p. 141.
- (61) Mann, *supra* note 10, p. 159 (以下、Zweigertの求めている「政治的価値」は「公法」として、(中立的な判断を下すという) 裁判官の精神的独立や使命に反していることされる (共産圏国の外為法規定は「それらと異質 (artfremd) なのか、それはど西側諸国のそれと異なるのか)。
- (62) F. A. Mann, *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years*, Recueil des Cours, Vol. 186 (1984-III), p. 9, 30-31.
- (63) Mann, *supra* note 10, p. 153.
- (64) Mann, *supra* note 10, p. 148は、抵触法が準拠法を指定するとき、指定された法はまるごと全体として、その国でその法が行われているように適用されるとする。「全体として」適用するという意味は、たんに私法規定を適用すればよいだけではなく、私法規定に作用を及ぼす公法規定もまた適用ないし考慮されるということである。こうした考え方には、Melchiorの学説の影響がある。同所で引用されているGeorge Melchior, *Die Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts* (Grytzer & Company, 1932), p. 267. によれば、「民法が行政法によつてどの程度影響を受けるかは民法の問題である。ドイツ国際私法においては、外国公法は私法の効果法 (Wirkungstatut)「準拠法」を介してのみ考慮される。公法を私法の効果法「準拠法」によって定められている範囲において考慮するという命題は、ここから生じる」とされる。



- (65) Mann, *supra* note 10, p. 159.
- (66) Schurig, *supra* note 10.
- (67) Schurig, *supra* note 10, p. 73-76.
- (68) Schurig, *supra* note 10, p. 327-330.
- (69) Basedow, *supra* note 48, p. 21.
- (70) *Ibid.*
- (71) Drobnig, *supra* note 43, p. 3.
- (72) *Ibid.*
- (73) Sonnenberger, *Internationales Privatrecht/Internationales Öffentliches Recht*, in: *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag* (C.H. Beck, 1989), p. 819, 828.
- (74) 前注(5)。
- (75) Wenglerの考え方によれば、その国の基本的な秩序に反する不法の行為に対して法令で禁止を定める国に、そのような立法の発布のための国際的な管轄権が認められる場合には、その法令に背いた場合の——契約無効などの——民事法律関係に対する効果が、契約準拠法にかかわらず法廷地において承認される。すなわち、内外の法の定める禁止、その効果としての制裁効果を法廷地の法秩序が受け入れるかを、裁判官が契約準拠法にかかわらずに判断する仕組みが、特別な(双方向の)連結であった。Wenglerのいう不法の効果(法規の違背により生じる契約無効などの効果)を、不法を定める法規そのものから分けたのが、Neumayerである。
- (76) 多喜寛「国際私法における外国法適用の法的意味について」『国際私法の基本的課題』(中央大学出版部、一九九九年)四三頁。
- (77) 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規則五九三/二〇〇八(ローマイ規則)

第九条一項「優先的強行法規は、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みなされるような強行法規であり、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。」

第九条二項 「本規則のいかなる規定も、法廷地法の優先的強行法規の適用を妨げない。」

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否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。」

(78) 一九八七年二月一八日のスイス国際私法典

第一条八条（スイス法の強行的適用） 「スイス法の諸規定は、その特別な目的のために、本法によつて指定される法にかかわらず、強行的に適用されることができる。」

第一条九条一項（外国法の強行規定の考慮） 「スイス法の見地から当事者の一方が保護すべき価値のある明らかに優越的な利益を持ち、その利益のために必要とされる場合で、かつ当該事案がその法と強い関係を有するときは、本法によつて指定される法に代えて、強行的適用を求めるいづれか別の法の諸規定を考慮できる。」

第一条九条二項 「そのような規定が考慮されるべきかは、その規定の目的、および、それによりスイス法の見地から正當な司法判断が導かれるかを考慮して判断される。」

（本学法学部教授）