

国際私法と比較法との関係に関する一考察

——フレスナー「牴触法における法比較の意味」を読んで——

山内 惟 介

- 一 はじめに
- 二 フレスナー論文の紹介と検討
 - 1 「I はじめに」
 - 2 「II 牴触法と法比較の関係に関する従来の理解」
 - 3 「III 新たな特色」
 - 4 「IV 展 望」
- 三 総括的評価

学問とは思考によって体系づけられた知識にほかなら(ない)*

一 はじめに

一 洋の東西を問わず、また時代の後先に関わりなく、豊かな人間性に裏付けられた弁論や判決には、心打たれる

国際私法と比較法との関係に関する一考察(山内)

ものがある⁽¹⁾。ただし、そこには、実定法解釈という言葉(法律用語)の「擬似」論理操作にとどまらず、それぞれの法解釈を実質的に支える哲学的理念、さらに言えば、あるべき世界観の吐露と深い人間愛(倫理的思索)が色濃く反映されているはずだからである。そうした人間観や世界観が、——現下の内外諸国で当然のように声高に語られる、一地域や一集団、さらには一民族や一国家といった、個別的利益の恣意的追求とは毅然として袂を分かち——、(長期に亘る世代の継承を含む)人類の生存や(宇宙との共存を含む)地球社会環境の保全・回復といった包括的かつ長期的な目標の達成を目指すものであればあるほど、——たとえ純国内事件の処理に関わる法解釈であるにせよ——、それは、異文化圏に属する者からも、高く評価され、大きな支持を得られることであろう。

そうした人間観や世界観を醸成するものは、何よりもまず、人は如何に生きるべきかについての真摯な思索であり、長い人類社会の歴史への周到な眼差しであり、さらには、異文化への慈愛に満ちた深い洞察である。このようにみると、日常的に内外国実定法の解釈に取り組む実務法曹だけでなく、実定法諸科目を専攻する研究者も法解釈論学修の過程にある学生も、基礎法学諸分野(法哲学、法史学、法社会学、法心理学、外国法、法比較(比較法)等)への関心を絶えず持ち続け、その成果をみずからの法解釈作業に取り入れるべく、日々実践することが求められよう。

二 こうした認識のもとに、筆者は、細やかな試みではあるが、かねてより、「国際私法(主専攻分野)と比較法(隣接分野)との関係如何」に関心を抱き、この主題に関する学説史研究を継続してきた⁽²⁾。そこでの検討素材は、筆者が置かれた社会環境の制約を受けて、前時期半ば以降のドイツと日本の成果に限られていた。それは、内外の「国際私法と比較法との関係如何」に関わる先行研究の到達成果にかなりの違和感を禁じ得なかつたためである。その継続

的検討を意図して、ここでは、近年のドイツ語文献の中から、アクセル・フレスナー教授⁽³⁾（以下、「教授」または「原著者」と略記する。）の「牴触法における法比較の意味（Die Bedeutung der Rechtsvergleichung im Kollisionsrecht）」⁽⁴⁾（以下、「同論文」と略記する。）に素材を求め、この問題について再考することとした（なお、以下の紹介では、これまでの検討結果に基づき、「Rechtsvergleich」の訳語として「法比較」を用いることとする）。

以下では、同論文の構成（Ⅰ はじめに（Einleitung）」Ⅱ 牴触法と法比較の関係に関する従来の理解（Die alte Beziehung）」Ⅲ 新たな特色（Die neuen Akzente）」Ⅳ 展望（Perspektiven）」に即して順次その内容を確認する（各章の紹介にあたっては、便宜上、各段落に①、②……と付す。）とともに、教授の理解および主張について批判的検討を試みることにしよう。小稿が、ドイツ法を中心とする法比較研究だけでなく、一時期、国際私法に対しても深い関心を寄せられた被献呈者、野沢紀雅教授の新たな旅立ちを寿ぐものとなれば幸いである。

二 フレスナー論文の紹介と検討

一 最初に、同論文の「表題」（「牴触法における法比較の意味」）の趣旨を確認しよう。表題には、原著者の問題意識（中心的論点）が端的に反映されているはずだからである。むしろ、論者の問題関心に応じて、提起される中心的論点とそれを支える個々の論点（派生的論点を含む。）もそれらに対する解答も、それぞれに異なり得る。

それでは「牴触法における法比較の意味」という表題から、われわれはどのような論点を読み取ることができるか。「国際私法」と「比較法」が、逐一例証するまでもなく、そうした名称の講義科目や体系書が内外ともに定着し

ている点からみて、別個の専門分野として併存するという理解は広く承認されているものとみられよう。それでは、フレスナー教授の場合、表題中の「**牴触法** (Kollisionsrecht)」も「**法比較** (Rechtsvergleichung)」も、ともに専門分野として位置付けられているのだろうか、あるいは、「**牴触法**」が専門分野を示すのに対して、「**法比較**」は方法を意味しているのだろうか。表題をみる限り、この問いに対する明確な解答は得られない（この点の評価は後の検討に委ねられなければならない）。

二 次に、同論文の構成を確認しよう。学術論文の執筆形式に関する通常の理解によれば、どの論文も、原則として、**序論**、**本論**および**結論**の三部で構成されている。序論では、学界に対する新たな問題の提起（問題意識の表明とその背景説明）とともに当該主題を検討する論文構成（叙述の順序とその理由）が明示され、結論では、冒頭に提起された問題（中心的論点）に対する論者の当該時点における解答（政策的主張とその論拠）が記される。本論では、序論に示された順序のもとに結論に至る過程が段階を追って記される。

このような一般的理解に対して、同論文は、「Ⅰ はじめに」、「Ⅱ 牴触法と法比較の関係に関する従来の理解」、「Ⅲ 新たな特色」および「Ⅳ 展望」、これら四つの章から成る。「Ⅰ はじめに」では、同論文の問題意識と論文構成が示され、当該問題意識に対する結論が「Ⅳ 展望」に記されるものと推測される。「Ⅱ 牴触法と法比較の関係に関する従来の理解」は原著者の問題意識を取り上げる際の前提ないし論議の場を形成するものと考えられ、「Ⅲ 新たな特色」は結論を導くまでの検討過程とみられ得る。以下では、この点を考慮しつつ、各章の内容を順次確認し、個別に検討しよう。

1 「I はじめに」

— まず、第一章（「I はじめに」）の内容を確認しよう。その叙述は以下の通りである。

①この論文集に収録された他の分野と比べると、抵觸法（国際私法）こそは、法比較との関わりが最も旧くかつ最も緊密な分野である。抵觸法と法比較との関係はあたかも同じ親から生まれた兄弟姉妹のそれになぞらえることができよう。というのは、抵觸法も法比較も、世界的規模で統一された唯一の私法は存在せず、多数の私法秩序が併存するという事実に基づいて生まれ、しかも、この事実を最も身近に受け止めている分野だからである。多数の私法秩序が併存するという事実をどのよう^に受け止めるかという点では複数の態度があり得るが、好奇心を抱く[、]というのがひとつの典型的な態度であろう。いずれかひとつの法秩序に慣れ親しんでいると、その法とは「異質な」法秩序を不思議に思い、もっとよく知りたいという意欲が湧くことであろう。その結果として生まれたのが法比較という分野であった。もうひとつの態度をみると、当惑する姿勢が示されている。法律家は、国際社会におけるさまざまな状況を私法の観点から分類したり判断したりしなければならぬが、彼らは、世界には、そうした課題を解決するために必要とされる法以外にも、ずつと多くの法が存在しているということを知るに違いない。このような状況は、いわば、「持てる者の悩み（Embarras de richesses）（イギリスの歴史家・Simon Michael Schamaの著書のタイトル）、「The Embarrassment of Riches: An Interpretation of Dutch Culture in the Golden Age」（1987）」にほかならない。かくして、法律家は、みずからの課題をどの法に基づいて解決すべきか、つまり、多数の法の中からどれを選ぶべきかという問いに対する答えを知ろうと欲するようになる。こうして生まれたのが、選択規則（英語の専門用語では「法選択規則（choice of law）」）である。この規則に従って、最終的に適用される準拠法——これが抵觸法の中心概念である。が指定される。

②いろいろな学術組織をみると、法比較と抵觸法が互いに緊密な関係にあることがすぐに明らかになる。通例、教授職も研究所もこれら二つの分野を纏めて担当しており、どちらか一方の分野で大学教授資格取得論文を作成した者は、普通、もうひとつの分野についても教授資格を得て講義を行い、両分野をカヴァーする教授職に就いている。そうは言っても、別の見

方をすると、少なくともドイツの制度では、問題意識の方向性が両分野で異なるため、牴触法も法比較も互いに「わが道を行く」という結果が生じている。両分野が組織の点でひとつにまとまっておらず、名称においても明らかに区別されていることは、本日この講演を許された、オーストリア〈法比較・牴触法〉学際協会 (Interdisziplinäre Gesellschaft für Komparatistik und Kollisionsrecht/Interdisciplinary Association of Comparative and Private International Law (IGKK/IACPIL)) の場合にもあてはまるし、高名な大学教授や彼らの著作をみても、明らかにどちらか一方に分類できる例がある。ドイツには、「比較法学会 (Gesellschaft für Rechtsvergleichung)」（この学会は法比較を推進する）もあれば、国際法と国際私法をカヴァーする「ドイツ国際関係法学会 (Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht)」（旧名「ドイツ国際法学会 (Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht)」）もある。

③オーストリア〈法比較・牴触法〉学際協会は法比較と牴触法を均等に取り扱おうとしている。というのは、牴触法と法比較をいつも一緒に考えなければならず、少なくとも牴触法の分野では法比較との関わりが考えられなければならないという事態、つまり、両分野が互いに他方を参照するように仕向けられているという事態を避けることができないからである。以下では、法比較と牴触法との間に旧くからみられたこのような関係が明らかにされる。初めに従来との関係を確認し(Ⅱ)、次いで、最近の動きを取り上げ、新たな特色を示すこととしよう(Ⅲ)。ここでは、法比較は解釈方法のひとつにすぎないかという既存のテーマの枠にとどまらず、牴触法が生まれ、そして広く普及するにあたり法比較が学問全体の中でどのような役割を果たしてきたか、そして、牴触法の適用結果に関して法比較がどのような役割を演じたかという点にも目を向けることとしよう。ここでは、牴触法の適用過程のうち、法比較が行われるすべての段階が検討される。最後に、そうした新しい特色から、大学で法比較を講義する際、また、実務で牴触法を適用する際、どのような展望が開けるかという論点を取り上げられる(Ⅳ)。

二 (1) この章は、三つの段落から成る。第一段落では、まず、「牴触法」という言葉を「国際私法」と同義に用いる旨、明言されている。内外の少なからざる体系書⁽¹²⁾が示すように、「牴触法」という専門用語は、規律内容を異にする諸国実質法(法廷地国法を含む)中のいずれかを準拠法として選択する基準の体系と解されている(この基準は、一

方の、準拠法を指定する独立¹³ 抵觸規定のグループ（各則）と、他方の、独立¹⁴ 抵觸規定の適用をめぐる諸論点の解決方法を示す従属¹⁵ 抵觸規定のグループ（総則）とに大別される。これに対し、「国際私法」という表現については、これを「抵觸法」と同義とする狭義の理解と、「国際手続法（国際民事訴訟法）」等の関連諸分野を包含する広義の理解とが併用されている。法廷地の国内裁判所がいつどのような要件のもとに国際裁判管轄権を有するか、外国裁判がいつどのような要件のもとに法廷地国で承認されるか等、国内手続法上の諸論点を体系的に把握する国際手続法（諸国国際手続法の統一を意味する条約を含む）は、それが個々の事項の解決策を直接に示し、法の選択とは関わらないため、実質法に分類されている。このようにみると、表題では「抵觸法」と限定的表現を用いながら、本文中で国際手続法にも触れている同論文（後述）¹³ の場合、「抵觸法」を「国際私法」と敢えて同視した（狭義の「国際私法」概念を採用した）意味が失われることとなる。

(2) 次に、同論文では、前述した報告書中に収録された他の法分野（私法、民事訴訟法、刑法、ヨーロッパ法、憲法および行政法）との対比において、「抵觸法（国際私法）こそは、法比較との関わりが最も旧くかつ最も緊密な分野である」ことが強調されている。このように断言する場合、「法比較との関わりが最も旧くかつ最も緊密」であるか否かの判断基準如何（根拠付けに関わるこの種の基準は、「主語＋……とき」（要件）↓「法比較との関わりが最も旧くかつ最も緊密」と判定する」（効果）という形式を採る。）があらかじめ示されていないが、この点に関する記述はない。定期的に「最も旧」いか否かに関する、数量化による判定が可能な判断基準と、「最も緊密」であるか否かに関する、必ずしも数量化に馴染まない判断基準とが一致するか否かは、該当の諸基準が明示されていないため、判断し難い。

しかし、フレスナー教授はこの点に一切触れることなく、抵觸法的規律の成立条件如何という論点へと目を転ず

る。すなわち、複数の法秩序（法秩序中の個別法規の法律要件および法律効果の解釈可能性（学説法）を含む。）の併存を前提として、いずれかひとつを選び取る過程で、選択肢間での優劣判定が行われているという事実への着目である。確かに、抵触規定の立法過程のみならず、その解釈過程でも、優劣判定が行われている。「比較」概念に優劣判定過程を含める場合、「抵触法」の解釈・適用過程に「比較」が内在（一体化）しているため、「抵触法」の成立は同時に「法比較」の成立をも意味しよう。このような理解が成り立つとすれば、「抵触法」と「法比較」とを区別し、「抵触法（国際私法）」が「法比較との関わりが最も旧くかつ最も緊密な分野」であると評価することは、先前提（内在）に反するという意味で、背理となろう。

(3) 教授は、これに続けて、「抵触法と法比較との関係はあたかも同じ親から生まれた兄弟姉妹のそれになぞらえることができ」る旨、主張する。その理由は、「抵触法も法比較も、世界的規模で統一された唯一の私法は存在せず、多数の私法秩序が併存するという事実に基づいて生まれ」たこと、「しかも、この事実を最も身近に受け止めている分野だからである」こと、これら二点に求められている。この説明からは、教授が、「これら二つの要件が充足されるとき」(要件) ↓ 「兄弟姉妹の関係になぞらえることができる」(効果) とする判断基準を考えていたことが読み取れよう。「兄弟姉妹」という表現の是非は措くとしても、「多数の私法秩序が併存するという事実に基づいて生まれ、しかも、この事実を最も身近に受け止めている分野」という視点に留意すると、私法分野の統一条約作成に関わる国際法も「同じ親から生まれた兄弟姉妹」とみる余地があり、「抵触法」と「法比較」との関係だけでなく、「国際法」との関係も考慮せざるを得なくなろう。また、「世界的規模で統一された唯一の……法は存在せず、多数の……法秩序が併存するという事実」は、国民国家制のもとでは、私法に限らず、公法にも、公法と私法が混在する分野（労働

法、競争法等)にも、当てはまる。こうみると、「兄弟姉妹」という比喩表現に格別の法的意味はないことが分かる。

三 (1) 次に、フレスナー教授は、「多数の私法秩序が併存するという事実をどのように受け止めるか」と問い、二つの解答(反応)を紹介する。「好奇心を抱くという態度」と「当惑する姿勢」(「持てる者の悩み」)、これら二様の表現——これら二様の反応は、むしろ、同一主体の態度にも見出される——からは、前者が「法比較」に関わり、後者が「牴触法」に関連するように推測される。後者(「当惑する姿勢」)の局面は、「法律家は、みずからの課題をどの法に基づいて解決すべきか、つまり、多数の法の中からどれを選ぶべきか」と記されている。「選択」過程の存在が明示されているところから、この姿勢は「牴触法」に対応する。これに対し、「いずれかひとつの法秩序に慣れ親しんでいると、その法とは『異質な』法秩序を不思議に思い、もつとよく知りたいという意欲が湧く」という表現が「法比較」を志向するのではないかと考えるのは、異文化への関心(事実の探求、差異の根拠の探求等)、特に外国法への関心の高まりが示されているが、選択行為とは直結していないからである。尤も、厳密に言えば、右の表現では、外国法の内容それ自体への直接的な関心、すなわち、外国法研究に向かう性向が指摘されるにとどまり、そうした関心がなぜ「法比較」に通じるのかという点まで説明されているわけではない。「その結果として生まれたのが法比較という分野であった」というためには、やはり、「『異質な』法秩序を不思議に思い、もつとよく知りたいという意欲」がその後「比較」へと向かう過程の行為類型が段階的に説明されなければならないであろう。

(2) さらに指摘されなければならないのが、「『異質な』法秩序」という表現の適否についてである。「異質」という言葉には自国法との異同がすでに確認されているという事実が含まれている。そのことは、異同の確認基準(これ

は、「……とき」(要件) ↓ 「……と……とは異なる」(効果) という形式を採る) に基づく異同の有無に関する判断が外国法研究へ向かう前の時点ですでに下されており、外国法研究の結果として、当該外国法が自国法とは「異質」であることが判明するわけではないことを意味する。「比較」という専門用語の定義にも関わるが、異同の確認過程が「比較」に含まれているとみる場合、「異質な」法秩序の存在を認識した時点ですでに「比較」が実践されているため、「法比較」が「その結果として生まれた」とは言い得ない。逆に、「法比較」が「その結果として生まれた」というためには、異同確認過程が「比較」に含まれないとみなければならぬ。いずれの理解がその意に沿うかの判断は教授の補足説明を待たなければならない。

このようにみると、「多数の私法秩序が併存するという事実をどのように受け止めるか」という問いに対する二つの態度(諸法秩序間の差異の原因を確認しようとする一方の態度(「法比較」と、差異をどのように調整するかという他方の態度(「抵触法」)が二つの専門分野にそれぞれ対応した説明であることが読み取れる。そうすると、方向性を異にする両専門分野の間で、「抵触法における法比較の意味」を改めて問うのはなぜかという別の疑問(問題意識の背景説明)が生じよう。

四 (1) 第二段落では、まず、「法比較と抵触法が互いに緊密な関係にあることが」「いろいろな学術組織」の現状から明らかになる旨、述べられる。複数の事象や事物の存在を前提とする「関係」という表現が使われている以上、「法比較」と「抵触法」は別物と理解されなければならない。

先の説明では、「法比較」と「抵触法」の差異が、「多数の私法秩序が併存するという事実をどのように受け止める

か」という問いに直面したときの方向性の違い（諸法秩序間の差異の原因を確認しようとする態度（「法比較」と法秩序間の差異をどのように調整するかという態度（「牴触法」との違い）に求められていた。こうした説明からは、「法比較」と「牴触法」がともに専門分野として位置付けられているようにみえる。フレスナー教授は、この点について明言せず、「学術組織」の現状に言及する。そこで指摘されているのは、制度の次元（教授職も研究所もこれら二つの分野を纏めて担当して）いることと、当該制度の具体的適用の次元（どちらか一方の分野で大学教授資格取得論文を作成した者は、普通、もうひとつの分野についても教授資格を得て講義を行い、両分野をカバーする教授職に就いている）ことである。これら二つの内容は、両分野の体系書等における項目編成からだけでなく、筆者の乏しい滞欧経験に照らしても十分に確認することができる。

(2) 「法比較と牴触法が互いに緊密な関係にある」か否かを考える場合、前述(二(2))のように、「主語＋……＋……とき」(要件) ↓ 「法比較と牴触法が互いに緊密な関係にある」(効果) という形式の判断基準が、この問いに先行するかたちで、別に存在していなければならない。教授はそこで、「『教授職も研究所もこれら二つの分野を纏めて担当して』いるとき」(要件) ↓ 「法比較と牴触法が互いに緊密な関係にある」(効果) という判断基準①と、『どちらか一方の分野で大学教授資格取得論文を作成した者は、普通、もうひとつの分野についても教授資格を得て講義を行い、両分野をカバーする教授職に就いているとき』(要件) ↓ 「法比較と牴触法が互いに緊密な関係にある」(効果) という判断基準②とを併用していたようにみえる。尤も、判断基準①と判断基準②の関係、特に二つの判断基準の要件部分相互の関係が選択的か累積的か（このことは、いずれか一方を満たせば済むか、双方を充足する必要があるかと言換えることができる）という点に教授は触れていない。しかし、それ以上に、ここで問われなければならないのは、むしろ

る、判断基準①および判断基準②がそれぞれどのような根拠のもとに成立するのかという点である(この点は、判断基準①の形成基準如何および判断基準②の形成基準如何と言い換えることができる)。

フレスナー教授は、「牴触法」と「法比較」とが別の専門分野であることを示すべく、さらに次の三点、すなわち、①「ドイツの制度では、問題意識の方向性が両分野で異なるため、牴触法も法比較も互いにわが道を行くという結果が生じている」こと、②「両分野が学会組織(ドイツ「比較法学会」と「ドイツ国際関係法学会」(旧名「ドイツ国際法学会」)⁽¹⁶⁾)との区別、オーストリア(法比較・牴触法)学際協会の名称(「学際」という言葉がすでに両者が別異のものであることを示している。)として統一(一本化)されておらず、名称も異なること」、③「高名な大学教授の担当科目や著作が「明らかにどちらか一方に分類できる」こと、これらを挙げていた。こうした説明をみると、教授が「牴触法」と「法比較」とを別個の専門分野とみていることが明らかになる。

五 第三段落では、まず「オーストリア(法比較・牴触法)学際協会は法比較と牴触法を均等に取り扱おうとしている」ことに触れられる。同協会が「法比較と牴触法を均等に取り扱おうとしている」理由を、教授は、「牴触法と法比較をいつも一緒に考えなければならず、少なくとも牴触法の分野では法比較との関わりが考えられなければならない事象、つまり、両分野が互いに他方を参照するように仕向けられているという事象を避け」難いことに求めている。「法比較と牴触法を均等に取り扱おうとしている」という表現だけでなく、「牴触法と法比較をいつも一緒に考えなければなら」ないという言い方にも留意すると、ここでも、「法比較」と「牴触法」がそれぞれ独自の専門分野と位置付けられていることが明らかになる。それでも、右の理由付けでは、「牴触法と法比較をいつも一緒に考えな

ればなら……ない」という点が指摘されるにとどまり、一緒に考えなければならぬことがなぜ「法比較と牴触法を均等に取り扱おう」とするかの理由説明とはなり得ていない。この点を問うのは、「一緒に考える」ことと「均等に取り扱いおう」ことを同一視するのでなければ、右の指摘が成り立たないと考えるからである。ここでは、「一緒に考える」ことと「均等に取り扱いおう」ことをなぜ同一視できるのかという前提自体の成否も批判的に検証されなければならない。

六 以上の説明に続けて、論文構成が説明される。初めに「法比較と牴触法との間に旧くからみられたこのような関係」を明らかにするため、「牴触法と法比較の関係に関する従来の理解」が確認される(Ⅱ―後述2)。次に、「法比較」をめぐる「新たな特色」が示される(Ⅲ―後述3)。「そこでは、法比較は解釈方法のひとつにすぎないかという既存のテーマ」に加え、「牴触法が生まれ……広く普及するにあたり法比較が学問全体の中でどのような役割を果たしてきたか……牴触法の適用結果に関して法比較がどのような役割を演じたかという点」にも目が向けられ、「牴触法の適用過程のうち、法比較が行われるすべての段階が検討される」。「最後に、そうした新しい特色から、大学で法比較を講義する際、また、実務で牴触法を適用する際、どのような展望が開けるかが検討される」(後述Ⅳ)。

以上をまとめよう。「Ⅰ はじめに」では、「牴触法における法比較の意味」は何かという主題と論文構成が明示された点において、序論としての課題は満たされている。これに対し、若干の専門用語については、定義の不足が指摘されなければならない。そのひとつは、「牴触法(国際私法)」と述べて狭義の「国際私法」概念が採用されていないが、その趣旨が貫かれていない(「牴触法」に該当しない国際手続法等に言及されている)点であり、他のひとつは、「法

比較」概念の定義がまったく見られない点である。それは、「「牴触法」と「法比較」とが並列されている場合など、専門分野の意味で「法比較」という語が用いられている個所と、「……における法比較……」のように、「法比較」を方法の意味に解し得る叙述とが混在しているからである。このような定義の問題性は、以下の本論でも検討されなければならぬ。

2 「II 牴触法と法比較の關係に関する従来の理解」

一 次に、第二章「II 牴触法と法比較の關係に関する従来の理解」の内容を確認しよう。ここでは、以下のよう

に説明されている。

①「牴触法と法比較との間にいかに密接な關係があるか」という主題は旧くから論じられていただけでなく、今日でも繰り返して取り上げられている。ドイツ語圏の國際私法分野における現代的思考の創設者のひとり、フランツ・カーンは次のように書いていた。」

「方法としての法比較 (rechtsvergleichende Methode) という表現に新規性はない。というのは、國際私法と関わる時はいつでも、方法としての法比較が登場するからである。裁判官が國際私法上の問題を取り上げなければならぬときはいつも、必ずといってよいほど、裁判官は適用可能な複数の法と向き合い、どれかひとつを選ばなければならない状況に置かれる。このようなごく一般的な場面に限らず、國際私法研究者の業績をみると、それぞれの論述の基盤に必ずこの種の法比較が見出される。」

②カーンは、このことから、次のような帰結を導き出している。

以上の考察を纏めると、次のようになる。まず、どの抵觸規定をみても、二つの要請、つまり、一方における実質法秩序の形成当時の意味とその後における時代の趨勢との調整という時間的考慮、他方における複数の法律の間での国際的調和を求める努力という空間的配慮、これらを勘案して得られた結果が反映されている。「……」このことからすぐには明らかになるが、国際私法の登場、発展および解釈のいづれをとつてもつねに、不可欠の準備作業として法の比較が行われていたし、今後もそうあらねばならない。

③カーンがここで「新規性はない」と表現した趣旨を、彼は後に、一九〇〇年にパリで開催された有名な第一回法比較会議のために準備した報告用原稿に記していた。この原稿では、本講演と同様、抵觸法における法比較の意味 (Bedeutung der Rechtsvergleichung im Kollisionsrecht) という点に意識が集中的に向けられていたが、このような趣旨からみて、この原稿は、今日においても、抵觸法と法比較の両分野を通じて、必読の文献となっている。このような趣旨からみて、時期的にカーンの後を追って登場した、国際私法および法比較の大家、エルンスト・ラーベルの名を挙げるができる。彼は、アメリカへ亡命した後、四巻本の名著『The Conflict of Laws (抵觸法)』を著した。同書は、世界的規模で通用する抵觸法の記念碑的成果であつて、法比較に基づいていた。一九七八年にブダペストで行われた第一〇回国際〈法比較〉会議では、この主題が改めて統一テーマとされていたが、同会議で発表された、詳細で透徹した、今日でも有益な諸論稿はいずれも多くをラーベルの業績に負っている。ドイツ語圏をみると、国際私法のどの教科書でも独立した章が設けられ、そこで法比較が国際私法の不可避の伴走者である旨が記述されているが、このことは国際的な百科事典 (International Encyclopedia of Comparative Law) にもあつてはまる。

④その際、一般的にいえば、一方における抵觸規定の形成と他方における抵觸規定の解釈・適用とが区別されている。抵觸法を策定することは、特に中世から一九世紀に至るまで、当時の名声ある学者たち——一世紀から一三世紀にかけて、古代ローマ法(とくにその集大成であるユスティニアヌス法典など)の主要文言に註釈をつけて解釈を行った法学者の一派である註釈学派、註釈学派の集大成と呼べる『標準註釈』をさらに発展させた法学の一派である後期註釈学派(註解学派、オルレア

ン学派、助言学派、バルトールズ学派)、フランス法則学派、ホラント法則学派、そしてドイツ法則学派、一九世紀における碩学たち(サヴィニイ、ジョセフ・ストーリー、マンチーニ)——の主たる仕事であつたが、法比較という名称も法比較という専門分野もまだ存在していなかつた時代にあつても、彼らの活動の基礎にはいつも法比較があつた。彼らは、イタリアの諸都市、フランスの慣習、オランダの自治州、ドイツの領邦、アメリカの州、それにコモン・ローの諸国において、どれほど内容を異にする法が形成されていたかをよく知つていた。それぞれの状況をみると、暗黙裡ではあつたが、固有の環境のもとで法の多様性を直接に経験した著者たちの熟慮というかたちで、法比較が行われていた。こうみると、彼らは、決して最初の経験というわけではないが、法比較がひとつの独立した学問分野であることを感じとつていたに違いない。

⑤法比較は、その後、立法の準備を、さらに一九世紀以降になると国際条約、特にハーグ条約の準備を進める過程で、一層、明確かつ体系的なものとなつた。国際私立法法のこうした新しい動き——こうした動きは、二〇世紀末以降、世界的規模で見られるようになって(ロシア、中国、日本、トルコ、イタリア、オランダ、ルーマニア、ハンガリー等々)——の基礎には、もちろんヨーロッパ連合の新しい国際私立法法、特にローマI規則、ローマII規則、ローマIII規則等々をこれに加えてみると、当然のことながら、準備の過程で培われた法比較の実践経験があつたし、今でもそうである。

⑥国内立法や条約を準備する過程で行われてきた法比較は、主として、抵触規定と国際管轄権の分野で行われていた。そこでは、国際私法および国際手続法が他の諸国や条約締結地域で現在どのようになっているかがじつくりと観察され、その後、いずれかが優先されていた。これに対して、実体法の比較、言い換えれば、いわゆる実質法の比較は、抵触法の分野ではもはや行われておらず、法律や条約の起草者は、諸国の法秩序に関して法比較により獲得済みの既存の知識を利用して、こうみると、実質法の比較に関わる知識は、抵触法分野の準備作業では、どちらかといえば、背後に引いており、時として、立法者が具体的な活動を始めるきっかけを提供するにとどまる。

⑦これに対して、抵触規定を解釈し、適用する場合には、事情が異なる。ここでは、抵触規定を適正に働かせるうえで、しばしば、実質法の比較が必要となつてゐる。このような事項規定の比較は、抵触規定の法律要件を解釈する時点ですでに始まつてゐる。たとえば、抵触規定では、「Ehe(婚姻)は夫婦双方の住所地法による」と定められてゐるとしよう。同性間の生活共同体が、いずれか一方の当事者の住所地国ではとされかつ同国の実質法上も制定法のかたちで認められてゐるが、この種の生活共同体が法廷地で適用される抵触規定の単位法律関係として明記されていないとき、同性間の生活共同体を「Ehe(婚姻)」概

念のもとに含めることができるか。そして、他の地では「Domizil (住所)」とか「residence (居所)」とかと表記されている言葉はドイツ語の「Wohnsitz」という言葉に含まれるのだろうか。また、牝触規定上「Handelsgesellschaften (商事会社)」についてはその「Sitz (法人住所)」の法が適用されると仮定しよう。法人格を持たず、どこにも登録されていない人的結合も「Handelsgesellschaften」に含まれるか。さらに、義務違反を理由とする請求権が主張されているとしよう。この場合、そのような請求権について適用されるのは、契約外責任に関する牝触規定か、契約責任に基づく牝触規定か、それとも、契約締結上の過失に基づく責任に関する牝触規定なのだろうか。

⑧この点こそ、われわれが抱える、かの有名な、そしてとかく論じられてきた性質決定(Qualifikation)という問題である。われわれは牝触規定の連結対象概念を一体どのように理解すべきか。たとえば、適用される当該牝触規定が属する国家法秩序の体系と解釈方法によって解釈されるべきだろうか。しかしながら、当該牝触規定が国際条約に基づいて定められている場合や当該牝触規定が地域的に統一されている場合、たとえばヨーロッパ連合の牝触規定の場合、このように考えることはもともと無理である。そうであるとすれば、たとえば、牝触規定により準拠法として指定された国家法秩序の体系と解釈方法によって解釈されるべきだろうか。この場合、われわれはすぐに、循環論法という非難にさらされることとなる。エルンスト・ラベルが求めていたのは、個々の国家法秩序の体系と解釈方法から離れ、実質諸法を包括的に比較することによってのみ性質決定を行うことであった。しかし、そうした要求は、実務にとつてだけでなく、おそらくは学問研究にとつてもあまりに過大過ぎる要求であったようにみえる。それでも、今日、牝触規定の連結概念が、少なくとも、法廷地、法上の制度形態だけでなく、いろいろな法秩序にみられるさまざまな制度形態のすべてに適合するように策定されていなければならず、しかも、新たな制度形態を受け入れられるように開かれていなければならないという点については一致がある。しかし、そうするためには、すべての適用例において、法比較についての相当の知識を備えたいうえで、国際的にみて偏見を持たずに評価することが必要となる。最新のフランス法における同性婚がはたして[Ehe (婚姻)]と言えるか否か、同性婚は(たとえば、ドイツの民法典施行法第一四条やオーストリアの国際私法典第一八条のような)「Wirkung der Ehe (婚姻の効力)」に関する牝触規定の規律対象なのか、そうではなくて、どちらかといえば(たとえば、ドイツの民法典施行法第一七b条やオーストリアの国際私法典第二七a条のような)特設された牝触規定の意味での「eingetragene Lebenspartnerschaft (登録された生活パートナーシップ)」に当たるのかといった諸点は、周知のように、当該牝触規定の本国(法廷地の実質法)も同性者間の婚姻を許しているか否か

という点の評価だけで判断されるわけではない。

⑨このように、抵触規定の法律要件を素材として抵触法と法比較との関わりを考えると、多くの例がある。抵触規定によって外国法が準拠法に指定される場合、法律効果の側についても、これと同じことが当てはまる。準拠法に指定された外国法と内国法との違いが著しい場合、外国法の適用結果が内国の公の秩序——おそらく、どの国際私法も、公序の無条件の維持を留保しているはずである——と合致するか否かが審査されなければならない。準拠法が、法廷地国のいわゆる「介入規定」や場合によってはさらに第三国の「介入規定」に対して、その地位を明け渡さなければならない場合もあり得る。これに似たことは、消費者契約や国際労働法の場合がそうであるように、抵触規定が準拠法といずれか他の法との間で有利性の比較を行うよう求めるときにみられるし、また、いわゆる「択一（選択的）連結」の場合のように、抵触規定が特定の法的効力に有利になるように定めているときもみることができる。

⑩これらすべての事案に当てはまるが、抵触法それ自体が法比較を必要としている。しかし、その場合でも、どれか特定されたひとつの法秩序上の各法規を、もうひとつ別の特定の法秩序におけるこれと内容を異にする各法規と比較しかつ評価するだけでは足りない。評価を行うためには、当該法規が他の諸法規とどのように関連しているか、個々の法規が当該法秩序全体の中でどのような機能を持っているかという点もしばしば調査されかつ尊重されなければならない。さらに、状況により、実際的にみて適切な判断を下そうとすれば、もつと多くの法秩序における法状況がどうなっているかという点についても、調査しかつ尊重しなければならない。このようにみると、抵触規定の解釈に際して求められる法比較が明らかに高度なものであることが分かる。

⑪このような思考過程も他のいくつかの思考過程も古典的なテーマに属する。古典的なテーマという表現は、国際私法分野の著者たちが、法比較が抵触規定の法律効果の側でどのような役割を果たしているかという問題を取り扱うときに名付けたものである。しかしながら、往々にしてそうであるように、およそ外国法を適用する可能性があるとか、実際に外国法が適用されているといった事態は、もはや、ここで取り上げるべき「抵触法における法比較」というテーマには入らない。その際、「本来の」準拠法とは異なる法を指定するという方法で、抵触規定が法廷地法を指定すれば、抵触法は、最も強くその効果を發揮することができる。これに対して、抵触法が最初から法廷地法を指定していれば、法廷地法はさほど目立たないであろう。というのは、法廷地国では、どのみち、自国法への指定がもとも期待されているはずだからである。

⑫ 抵觸法が定めているように、外国法への指定は、ひとつの時点を表しており、国際私法における法比較が特に明確に必要とされるのも、この時点においてである。抵觸規定は、この時点において初めて、解釈する資格を本来付与されていない法を適用しなければならぬ立場に追い込まれた法律家に対し、法比較を実践するために不可欠の知識と能力を要求する。そのような立場に立たされた法律家は外国法を調査し、理解し、全体を関連させて展望し、確実に適用することができなければならぬ。その際、背後の安全を確保できるよう、慣れ親しんだ本国法と比較することは、——たとえそれが往々にして暗黙裡に行われるとしても——、いつも助けとなるし、そのように実行されている。言い換えれば、外国法が適用される時はつねに、法比較が行われている。この時点に着目して眺めてみると、国際私法と法比較との関係が、その後の新しい発展を通じて、最も強く変更されていることが分かる。そうした最近の新しい発展——この点については次の章で検討される——をみると、このことが明らかになる。¹⁸⁾

二 (1) この章は一二の段落から成る。第一段落では、まず「抵觸法と法比較との間にいかに密接な関係があるか」という主題が「旧くから論じられていただけでなく、今日でも繰り返して取り上げられている」旨、指摘される。むろん、「関係」という言葉の語義からして当然に、この問いは、「抵觸法」と「法比較」とが別個の概念であることを前提とする。フレスナー教授は、前述のように、「抵觸法」と「法比較」との差異を両者の関心（方向性）の違い（複数の法秩序間における相違の原因如何という事実面での探求に「法比較」が向かうのに対し、そうした相違を実社会で如何に調整するかという実践面の解決策を「抵觸法」が追求する点）に求めていた。このようにみると、教授は「法比較」を専門分野と位置付けているようにみえる。

第一段落と第二段落ではこの主題に関するフランツ・カーン¹⁹⁾の見解が紹介される。教授は、カーンが「方法としての法比較という表現に新規性はない」とみていた旨、指摘する。「新規性がないと判断」された理由は、「国際私法と

関わるときはいつでも、方法としての法比較 (rechtsvergleichende Methode) が登場するから」という点に求められていた。すぐ前の段落で「専門分野としての法比較」が想定されていたはずなのに、ここでは「方法としての法比較」へと、格別の説明もなのまま、視点がなぜか転換されている。「いつでも、方法としての法比較が登場する」という表現は、一方で、「国際私法上の問題を取り上げなければならないときはいつも、必ずといってよいほど、裁判官は適用可能な複数の法と向き合い、どれかひとつを選ばなければならない状況に置かれる」(このことは「選択」行為の存在を意味する。)と、また他方で、「国際私法研究者の業績をみると、それぞれの論述の基盤に必ずこの種の法比較が見出される」(このことは「選択」過程における「比較」行為の存在を意味する。)というように、「方法」にウェイトを置いて言い換えられていた。こうした認識は、「牴触法」の適用過程(牴触規定の抽象的な連結点概念の解釈を介して行われる準拠法決定過程)の中に、「方法」という意味での「比較」が内在(二体化)しているとみる理解に通じよう。留意されるのは、前述のように、教授が当初は専門分野という意味で「法比較」を考えていたのに、カーンが「方法としての法比較」を考えていたという相違点である。「法比較」を専門分野と位置付ける立場では、前提を異にするカーンの見解を取り上げる必要がなかったようにみえる。しかし、教授の場合、なぜここでカーンの見解に言及されたのかの説明はない。

(2) 第二段落では、カーンが、「どの牴触規定をみても……実質法秩序の策定当時の意味とその後における時代の趨勢という時間的考慮、……複数の法律の間での国際的調和を求める努力という空間的配慮、これらを勘案して得られた結果が反映されている」と考えていた点が紹介されている。併せて、「国際私法の登場、発展および解釈のいずれをとってもつねに、不可欠の準備作業として法の比較が行われていたし、今後もそうあらねばならない」とする

カーンの主張にも触れられている。「法の比較が行われ」という、行為（動作）を表す言い方からみて、カーンが「方法としての法比較」のみを考え、専門分野としての「法比較」を考えていないことは明らかである。

抵触規定を立法する段階でも解釈する段階でも「適用可能な複数の法と向き合い、どれかひとつを選ばなければならない」という表現には、むしろ、序列付け（優先順位決定）の過程が含まれている。ここでは、序列付けの判断基準が、「比較の第三項（*tertium comparationis*）」として（「比較」の対象とされた複数の法秩序とは別の次元で）、あらかじめ与えられていなければならない。このようにみると、「異同の確認」過程と「優劣の判断」過程が「方法としての法比較」にいう「比較」概念にも含まれていると考えられなければならない。そのことは、「国際私法の登場、発展および解釈のいずれ」の局面でも「優劣の判断」という意味での「方法としての法比較」が実践されていなければならないことを含意する。こうみると、「国際私法と関わる時はいつでも、方法としての法比較が登場する」という表現は、「抵触法」の中に「方法としての法比較」が取り込まれている（内在、一体化）という趣旨を述べたものとみざるを得ないであろう。「方法としての法比較という表現に新規性はない」というカーンの指摘は、おそらく、このような趣旨に理解することができるのではなからうか。むしろ、「法比較」を「方法」と解する立場で提起される「抵触法と法比較との間にいかに密接な関係があるか」という問いと、「法比較」を「専門分野」とみる立場が提起した「抵触法と法比較との間にいかに密接な関係があるか」という問いとは、その趣旨を異にしよう。

(3) それならば、カーンは「方法としての法比較」の具体的な実践過程をどのように考えていたのだろうか。「比較」という行為を複数のミクロ的行為の連鎖とみる私見⁽²⁰⁾と異なり、カーンは「比較」という言葉の意味について何も述べていない。むしろ、これら複数の行為の連鎖という事実を指摘するだけでは、それらが規範と直接に結び付くこ

とはない。法律学の中核を成す「規範(基準)」に着目すると、私見の三つの行為のそれぞれについて具体的判断基準が特定され、それら判断基準の要件および効果の組合せの当否に関わる形成基準およびそれら判断基準の要件および効果の解釈に関わる適用基準も確認される等、段階的かつ分析的な考察が行われ、関連する諸基準の排列が明示されて初めて、「法比較」の学問的体系性の是非に関する検討が行われるはずである。こうみると、「抵触法と法比較との間にいかに密接な関係があるか」という主題は旧くから論じられていただけでなく、今日でも繰り返し取り上げられている」という事実が文献等により形式的に実証されただけでは、「抵触法と法比較との間にいかに密接な関係があるか」という問いに対する実質的な解答が得られたことにはならないであろう。

三 (1) フレスナー教授は、さらに第三段落と第四段落において、カーンの見解の影響等を取り上げる。第三段落では、①「カーンがここで『新規性はない』と表現した趣旨を、彼は後に、一九〇〇年にパリで開催された有名な第一回法比較会議のために準備した報告用原稿に記していた」こと、②その報告用「原稿では、本講演と同様、抵触法における法比較の意味という点に意識が集中的に向けられていた」点が考慮されていたという「ような趣旨からみて、この原稿は、今日においても、抵触法と法比較の両分野を通じて、必読の文献となっている」こと、③「このような動きの頂点」を成すのが「時期的にカーンの後を追って登場した、国際私法および法比較の大家、エルンスト・ラーベル⁽²¹⁾」であること、④ラーベルの『The Conflict of Laws (抵触法)』が(方法としての)「法比較に基づいていた」こと、⑤この主題が統一テーマとされていた「第一〇回国際(法比較)会議⁽²²⁾で」「発表された、詳細で透徹した、今日でも有益な諸論稿はいずれもその多くをラーベルの業績に負っている」こと、⑥「ドイツ語圏をみると、国際私法

のどの教科書でも独立した章が設けられ、そこで法比較が国際私法の不可避の伴走者である旨が記述されているが、このことは国際的な百科事典にもあてはまる」こと、以上の六点が指摘されていた。「法比較」を「方法」とみるか「専門分野」と解するかという視点(区別説)からこの説明をみると、①と②は明らかに「方法」に分類される。⑥は、「私法比較」が「隣接領域」とされて⁽²³⁾いるところからみて、専門分野として位置付けられよう。これに対し、③ないし⑤がどちらに属するかを決める判断材料は右の文中に与えられていない。

(2) 第四段落でも、カーンの見解についての説明が以下のように補足される。⑦「一般的にいえば、一方における⁽²⁴⁾ 抵觸規定の形成、と他方における⁽²⁵⁾ 抵觸規定の解、釈・適用とが区別されている」こと(立法過程と裁判過程との区別)、⑧「⁽²⁶⁾ 抵觸法を形成することは、特に中世から一九世紀に至るまで、当時の名声ある学者たち……の主たる仕事であった」こと(当時の学者たちの努力により「⁽²⁷⁾ 抵觸法」分野の独自性が追求されたこと)、⑨「法比較という名称も法比較という専門分野もまだ存在していなかった時代であっても、彼らの活動の基礎にはいつも法比較があった」こと、「法比較」という専門分野(名称)が登場する以前から「方法」としての「法比較」が存在したこと、⑩「⁽²⁸⁾ 彼らは、イタリヤの諸都市、フランスの慣習、オランダの自治州、ドイツの領邦、アメリカの州、それにコモン・ローの諸国において、どれほど内容を異にする法が形成されていたかをよく知っていた」こと、「比較」の対象には、時代により差異があること、⑪「それぞれの状況を見ると、暗黙裡ではあったが、固有の環境のもとで法の多様性を直接に経験した著者たちの熟慮というかたちで、法比較が行われていた」こと(「比較」は法の多様性を経験した者の「熟慮」により行われていたこと——「比較」の内容はそれ以上つまびらかにされていない)、⑫「こうみると、⁽²⁹⁾ 彼らは、決して最初の経験というわけではないが、法比較がひとつの独立した学問分野であることを感じとっていたに違いない」こと(「法比較」という名称がなかった時

代にも、「法比較」がひとつの独立した「学問分野」であると学者たちが感じていたこと、これら六点がそうである。

それならば、これらの指摘はどのように評価されるか。まず、⑦にいう立法過程での「比較」と裁判過程での「比較」との区別は、それぞれの過程で実践される「比較」の内容にどのような違いがあるかという点が説明されていないれば、区別の意味は失われよう（この点は、後述の第七段落に譲らなければならない）。⑧では、「抵触法」の独自性確立に向けた歴史的背景が説明されていた。⑨では、「法比較」が専門分野（固有名称）として認知される前から、「方法」としての「法比較」が事実上存在していたことが指摘されるが、そこにいう「方法」や「法比較」という言葉の内容は一切説明されていない。⑩では、時代により、選択の対象とされた法秩序の内容が異なることが例示されるが、それぞれの時代に行われていたはずの「法比較」の内容（特に「方法」の実態）がどのようなものであったか、それらの間にどのような違いがあったかという点には触れられていない。⑪では、それらの間で「法比較が行われていた」ことが指摘されるが、ここでも、「法比較」の内容解明の手掛かりはまったく示されていない。⑫では、「彼らは……法比較がひとつの独立した学問分野であることを感じとっていたに違いない」と結ばれるが、⑦ないし⑪に示された脈絡のない説明がなぜ⑫の評価に結び付くのかという点の論証は少しも行われていない。

「方法」としての「法比較」が「専門分野」に昇華されるというためには、学問体系に必要な、専門分野としての独自性を実証する諸基準の継続的探求が必要である。その検討結果に基づいて学問体系に固有の諸点（目的、対象、方法等の相関関係を基礎としたパラダイムを説明する基礎理論編（原論）と基礎理論を社会的諸事象に応用する実践編との区別、実践編では、応用対象に共通する総論と応用対象に固有の事象を扱う各論との区別）が明らかにされていなければ、「法比較」という専門分野を、世代を超えて継承される学問と認めることはできないであろう（経験的技術の集積に体系性が付随

していない場合、それらは「秘伝」や「極意」、「名人芸」とはなり得ても、誰もが継承し得るスキルとはなり得ない。このようにみると、カーンの見解はもとより、フレスナー教授の理解でも、「法比較」という概念の内容が空白のまま残されていることとなり、「法比較」が方法なのか専門分野なのかという点について、いまだ判断を下せる段階にはないと分かる。

四 (1) 第五段落と第六段落は、「抵触法」の立法過程で行われる「法比較」の説明に充てられている。第七段落から第九段落までは、抵触規定の立法過程における「法比較」と抵触規定の解釈・適用過程における「法比較」との相違に触れられる。

第五段落では、まず①「法比較は、その後、立法の準備を、さらに一九世紀以降になると国際条約、特にハーグ条約の準備を進める過程で、一層、明確かつ体系的なものとなった」ことが指摘される。国内立法でも条約作成の場合でも、複数の選択肢（立法例）を対照してそれぞれの長所と短所を確認し、単位法律関係概念と連結点概念との最善の組合せを実現しようと考えられていることであろう。しかし、選択肢をどのように選び出し、どのように対照するのかという作業過程が開始時から終了時まで（判断基準の形成過程からその適用過程の終結まで）具体的に説明されていないければ、そこにいう「法比較」の内容が不明のため、「法比較」がどの点において「一層、明確」になったのか、どのような意味で「体系的なもの」となったのかという点を誰も理解することができないであろう。教授は、これに続けて、「国際私法立法のこうした新しい動き……の基礎には……準備の過程で法比較の実施経験があったし、今でもそうである」旨を指摘する。しかし、ここでも、「準備の過程で……経験」された「法比較」の内容がどのような

ものであったかという点は何も説明されていない。

(2) 第六段落では、「国内立法や条約を準備する過程で行われてきた法比較は、主として、抵触規定と国際管轄権の分野で行われていた」と述べて、「法比較」が行われた主要な領域が列挙され、それらの領域で何が行われていたかが説明される。すなわち、「国際私法および国際手続法が他の諸国や条約締結地域で現在どのようなようになっているかがじっくりと観察され、その後、いずれかが優先されていた」とする説明がそうである。とはいえ、ここでも、これから二つの領域で行われていたはずの「法比較」の内容については、何も述べられていない。「現在どのようなようになっているかがじっくりと観察され」という表現に格別の問題はないようにみえるかもしれないが、この表現を正確に理解しようとすれば、「観察」という行為の内容（どのような基準に基づいてどのような素材を選び出し、どのような基準を用いてどのように行動すれば「観察」という定義にあてはまるかという点）が、種々の判断基準の体系的排列とともに、明らかにされ、しかも、それら諸基準の適用過程が段階的に明示されていなければならないであろう。けれども、この点も説明されていないため、誰もその趣旨を正確に理解することはできない。次に、教授は、「これに対して、実質法の比較、言い換えれば、いわゆる事項規定の比較は、抵触法の分野ではもはや行われておらず、法律や条約の起草者は、諸国の法秩序に関して法比較により獲得済みの既存の知識を利用して」と指摘する。第七段落では、逆に、「抵触規定を解釈し、適用する場合」、立法過程で行われる「法比較」とは「事情が異なる」旨、述べられる。それでは、立法過程における「法比較」をめぐる事情と解釈・適用過程の「法比較」をめぐる事情はそれぞれどのようなものか。この点が説明されていなければ、二つの事情がどのように異なるかという点も理解することができない。抵触規定を解釈する場合、「抵触規定を適正に働かせるうえで、しばしば、実質法の比較が必要となっている」とい

う説明からは、その反対解釈として、抵触規定の立法段階では「実質法の比較が必要となつて」いないという趣旨にも読めるが、その真偽は定かではない。

(3) 周知のように、抵触規定の立法過程でも解釈過程でも、個別具体的事案における実質法の適用結果がどうなるかを考えることなく、ただ闇雲に「連結点」概念が抽象的レヴェルで形成されたり解釈されたりすることはない。実務が示すように、訴訟上の請求の認否という事案の最終結果から逆算して、個々の論点について適用可能な諸国実質法の具体的な解釈結果を確認した後でなければ特定の実質法が準拠実質法として選ばれることはなく、準拠実質法が選ばれなければ、連結点概念の解釈も行われず、まして単位法律関係概念の解釈にも至らない（利益衡量）。一見してこれと対立するようにみえる概念法学的な説明（法比較により獲得済みの既存の知識）が外見上は実務的思索の結果として類型化された公式（当該問題が法廷地のどの独立抵触規定の単位法律関係概念に包摂されるかがまず決定され、次に連結点概念の解釈が行われ、その結果、準拠法が指定され、準拠実質法の解釈を経て、当該論点に対する法的評価が確定するという説明）に機械的に従っているようにみえるかもしれないが、当該公式に依拠した結果が不適切と判断される場合には、右の結果選択的思考による修正が行われることであろう。このようにみると、「実質法の比較に関わる知識は、抵触法分野の準備作業では、どちらかといえば、背後に引いており、時として、立法者が具体的な活動を始めるきっかけを提供するにとどまる」とする教授の主張に直ちに賛同することはできない。

五 (1) 教授は、「このような実質法の比較は、抵触規定の法律要件を解釈する時点ですでに始まっている」旨指摘する。この指摘はどのような意味なのだろうか。この問いを解く手掛かりとして、三つの例が紹介されている。

抵触規定の法律要件を解釈する時点で実質法の「比較」がすでに始まっているとされる最初の例は、一方で、法廷地に「Ehe（婚姻）」は夫婦双方の住所地法による「旨の双方的独立抵触規定があるが、「同性間の生活共同体」を単位法律関係とする独立抵触規定がなく（おそらくは実質法上「同性間の生活共同体」が否定されていないが）、他方、「いずれか一方の当事者の住所地国」（準拠法として指定される可能性のある法秩序）に「同性間の生活共同体」を単位法律関係とする独立抵触規定があり、実質法上も「同性間の生活共同体」が是認されている場合である。この事例に示された抵触法上の解釈問題は、法廷地独立抵触規定の単位法律関係概念の解釈上、「同性間の生活共同体」を法廷地独立抵触規定の単位法律関係概念「Ehe」に包摂することができるか否かである（第一の論点）。教授の説明の要点は、肯定説か否定説かを分ける判断基準が「比較」実質法に求められるという点にある（こでも、「比較」実質法の内容、すなわち、どのような判断基準が用いられているかという点は、空白のまま残されている）。実質法（よりよく言えば、当該関係国実質規定の適用結果）の次元で「同性間の生活共同体」を認めようとするれば、「いずれか一方の当事者の住所地」法を準拠法に指定する必要がある、そのためには、「同性間の生活共同体」を法廷地独立抵触規定の単位法律関係概念「Ehe」に包摂するという解釈が採用されなければならない。逆に、実質法上「同性間の生活共同体」を否定しようとするれば、「いずれか一方の当事者の住所地」法を準拠法に指定してはならず、その前提として、「同性間の生活共同体」を法廷地独立抵触規定の単位法律関係概念「Ehe」に包摂しない解釈が優先される。この場合、「同性間の生活共同体」の成否は（「同性間の生活共同体」を単位法律関係とする独立抵触規定を欠く）法廷地の抵触法上、どの独立抵触規定の単位法律関係概念に包摂されるのかという論点が別に提起されるはずであるが、この点の説明はない。なお、教授は、右の「Ehe（婚姻）」は夫婦双方の住所地法による」という双方的独立抵触規定の連結点、つまり、ドイツ語の

「Wohnsitz」という言葉に、外国法上の「Domizil (住所)」とか「residence (居所)」とかという言葉が含まれるか否かという論点(第二の論点)を付記する(これは、第一の法律効果である連結点(同時に、第二の法律要件)の解釈に関わ⁹⁰⁾。

フレスナー教授は、牴触規定の法律要件解釈時に「比較」実質法が始まる第二の例として、「Handelsgesellschaften (商事会社)」についてはそのSitz (法人住所)の法による」旨の双方的独立牴触規定しか定められていないとき、法人格を持たず、どこにも登録されていない人的結合(Personenvereinigung)が⁹¹⁾の「Handelsgesellschaften」という単位法律関係概念に包摂されるか否かという論点(第三の論点)を挙げている。この点も最初の例と同様に処理されよう。すなわち、右の独立牴触規定の連結点とされた法人住所地の実質法上、法人格を持たず、どこにも登録されていない人的結合にも法的地位が認められている場合において、そうした法的地位を認めようとすれば、この独立牴触規定を適用する必要があるため、当該人的結合を「Handelsgesellschaften」概念に包摂する解釈が行われなければならない。逆に、その法的地位を否定しようとすれば、「Handelsgesellschaften」概念に包摂しないとする解釈が行われなければならない(ここでも、どの独立牴触規定の単位法律関係概念に包摂されるかという代替案は検討されていない)。

右の趣旨を示す第三の例としては、訴訟当事者が、義務違反に基づく損害賠償請求権を主張している場合、この請求権は、義務違反の態様に応じて、法廷地の契約外責任に関する独立牴触規定、契約責任に関する独立牴触規定、契約締結上の過失に基づく責任に関する独立牴触規定、これらのうちの単位法律関係概念に包摂されるかという論点(第四の論点)が挙げられている。ここでも、関連する複数の実質法の間で、当該損害賠償請求権の認否に関わる諸論点の解決策が最初に対比され、どの実質法を適用することが好ましいかという政策的判断結果に合わせて、どの独立

抵触規定が適用されるかが後知恵のかたちで決定され、それに見合うように、各独立抵触規定の単位法律関係概念の解釈が行われることとなろう（むろん、実定法の解釈形式は、これとは逆に、単位法律関係概念の解釈↓連結点概念の解釈↓準拠実質法の解釈の順に表現される）。先の二つの場合、例示された独立抵触規定がひとつしかないため、当該規定の単位法律関係概念に包摂されない場合の代替規定を探索しなければならないが、第三の例では三つの独立抵触規定が列挙されているため、他の二つが代替案となり得よう（三つの単位法律関係概念すべてに包摂されないときは、さらなる代替案の探求が必要となる）。

これら三つの例を通じて指摘されているのは、抵触規定の最初の要件（「単位法律関係」概念）に用いられている文言の解釈（第一の論点、第三の論点および第四の論点）、また、第二の要件（「連結点」概念）に用いられている文言の解釈（第二の論点）それぞれ必要とされる場合、実質法（その適用結果）次元での「比較」の結果が決め手となるという点であった。とはいえ、肝心の「比較」が実質法レヴェルでどのように行われるかという点にはまったく触れられていない。どの国の実質規定についても解釈が分かれる場合があり得ることを考慮すると、各規定の複数の解釈可能性のうち、どのような判断基準をどのように適用して、特定の選択肢を優先するかという点についての説明がなければ、法的論証を行ったことにはならない。

(2) 第八段落では、①「この点こそ……とかく論じられてきた性質決定という問題である」と述べて、抵触規定の要件（「単位法律関係」概念）の解釈に際して「法比較」が行われる旨、指摘される。国際私法分野の理解によれば、法律関係の性質決定⁽²⁴⁾という言葉は単位法律関係概念の解釈問題を表し、連結点概念の解釈を含まない。

フレスナー教授は、この点に関して、「われわれは抵触規定の連結対象概念を一体どのように理解すべきか」とい

う問題、および、「適用される当該抵触規定が属する国家法秩序の体系と解釈方法」によるべきかという問題を提起し、後者の問いに対する解答として否定説を主張する。その理由は、以下のように述べられている。

最大の理由は、ここでは「法比較」という行為が行われていないという点に求められている。これは、抵触規定の解釈を通じて準拠法が指定されていなくても実行可能な解釈、つまり、法廷地実質法説に対する非難とみることができ。通例、「当該抵触規定が属する国」は法廷地国を意味する。この場合、「当該抵触規定が属する国家法秩序の体系と解釈方法」は、法廷地国内実質法上の概念をそのまま法廷地法抵触法上の概念として受け入れる立場を意味する。一国の法のみの解釈に専念する（つまり、「法比較」を行わない）立場と複数の選択肢を念頭において「法比較」の実施を要求する立場とは、考慮される法秩序が単数か複数かという違いがあるという点からみて、その出発点において相容れない。しかし、留意しなければならないのは、「法比較」の実施を求める立場からみると、「法比較」が行われていないという指摘はその主張の内容そのものであり、「比較の第三項」たり得ないという点である。こうみると、第一の理由自体が成り立たないこととなる。教授は、次に、「当該抵触規定が国際条約に基づいて定められている場合や当該抵触規定が地域的に統一されている場合、たとえばヨーロッパ連合の抵触規定の場合、このように考えることはもともと無理である」と述べて、特定の国家ではなく、ヨーロッパ連合が「当該抵触規定が属する国」となる場合に言及する。統一法の場合、内容を異にする法秩序が併存する状況にはない。こうみると、「法比較」の対象を欠くために「法比較」を実施できないこの種の事案は、もともと、この理由の適用範囲外にあると考えなければならない。

次に、教授は、「抵触規定により準拠法として指定された国家法秩序の体系と解釈方法」による「場合、われわれ

はすぐに、循環論法という非難にさらされることとなる」と述べて、この方法によることを否定する。「循環論法」という非難は、——この点も周知の事柄であるが——、法廷地牴触規定によって準拠法指定が行われた後でなければ、「準拠法として指定された国家法秩序」が決まらないのに、結果から発想する立場の矛盾を意味する。これは、準拠法を決定する前の段階で必要な判断基準に、当該判断基準を使わなければ決定できない結果を含めることができないという主張に他ならない。この非難は「準拠法所属国実質法説」に向けられたものである。こうみると、第一の指摘も第二の指摘も実質法説に向けられたものであることが分かる。

フレスナー教授は、このように、「適用される当該牴触規定が属する国家法秩序の体系と解釈方法」を実質法説の意味で理解してはならないという立場から、代替案として、ラーベルが主張する「個々の国家法秩序の体系と解釈方法から離れ、実質諸法を包括的に比較することによってのみ性質決定を行うこと」(自主的比較法説)を提案するが、同時に、この方法にも難点のあることにも触れている。それは、「そうした要求は、実務にとつてだけでなく、おそらくは学問研究にとつてもあまりに過大過ぎる要求であった」と考えられたためである。「過大過ぎる」という表現は、「実質諸法を包括的に比較する」という提言を実行することが容易ではないからである。その真意は、どのような行動すれば、「包括的に比較」したことになるか、その趣旨が少しも具体的かつ客観的に示されていないという点にある。このようにみると、右の提案が機能しないため、さらなる代替案が探求されなければならない。けれども、提唱者ラーベルだけでなく、その後の学理もフレスナー教授もこの点を解決する成果を示し得ていない。⁽²⁶⁾

(3) フレスナー教授は牴触法上の単位法律関係概念の解釈方法如何というこの論点を傍らに置いたまま、なぜか、立法に際して単位法律関係概念をどのように表現するべきかという立法問題へと話題を転換する。教授は、立法時に

も「実質諸法を包括的に比較する」よう提言し、「そうするためには、すべての適用例において、法比較についての相当の知識を備えたうえで、国際的にみて偏見を持たずに評価することが必要」となると述べているが、ここでも、どのように行動すれば、「国際的にみて偏見を持たずに評価する」ことになるかという点についてまったく説明がない。

フレスナー教授はこの点の解明を先送りし、またも論点を変更する。先に、牴触規定の法律要件を解釈する時点ですでに実質法の「比較」が始まっているとして挙げられた最初の例が連想されようが、ここでの設例は、法廷地に二つの独立牴触規定が併存している点で、先の例とは状況を異にする。紹介されているのは、「最新のフランス法における gleichgeschlechtliche Ehe（同性婚）がはたして『Ehe（婚姻）』と言えるか否か、……（ドイツの民法典施行法第一四条やオーストリアの国際私法典第一八条のような）『Wirkung der Ehe（婚姻の効力）』に関する牴触規定の規律対象なのか、……（ドイツの民法典施行法第一七b条やオーストリアの国際私法典第二七a条のような）特設された牴触規定の意味での『Eingetragene Lebenspartnerschaft（登録された生活パートナーシップ）』に当たるのか」という例である。ここでは、右の三つの単位法律関係概念、すなわち、『Ehe（婚姻）』、『Wirkung der Ehe（婚姻の効力）』、『Eingetragene Lebenspartnerschaft（登録された生活パートナーシップ）』の間での配分だけでなく、「gleichgeschlechtliche Ehe（同性婚）」がその成立（この単位法律関係は、さらに、実質的成立要件と形式的成立要件（方式）とに分割される余地がある）と効力とに分別されるか否かも考慮されなければならない。というのは、右の例では単位法律関係が『Ehe（婚姻）』と『Wirkung der Ehe（婚姻の効力）』とに二分されているため、『Ehe（婚姻）』を『Eheschließung（婚姻の成立）』の意味に解することができるはずだからである。フレスナー教授は、この説明に続けて、「フランス法における

gleichgeschlechtliche Ehe (同性婚) が……『Ehe (婚姻)』と言えるか……『Wirkung der Ehe (婚姻の効力)』に関する²⁷ 牴觸規定の規律対象なのか……特設された牴觸規定の意味での『Eingetragene Lebenspartnerschaft (登録された生活パートナーシップ)』に当たるのかといった論点は、「当該牴觸規定の本国(法廷地の実質法)も同性者間の婚姻を許しているか否かという点の評価だけで判断されるわけではない」と主張する。これは、「当該牴觸規定の本国(法廷地の実質法)」の法しか考慮されていないわけではないという点で、性質決定の基準如何に関する法廷地実質法説の不採用を意味する。教授の主張は、前述のように、「実質諸法を包括的に比較する」という方法で解釈するべきであるとするラーベルの自主的比較法説に回帰することに他ならない。しかし、教授自身が指摘していた同説の難点克服へ向けた提言はここでも放置されたままである。

(4) 第九段落では、まず「牴觸規定の法律要件を素材として牴觸法と法比較との関わりを考えると、多くの例がある」とされる。この指摘は、単位法律関係概念の解釈問題を素材として「牴觸法」と「法比較」との関わりを考えることができるという先の指摘の繰り返しを意味する。次の「牴觸規定によって外国法が準拠法に指定される場合、法律効果の側についても、これと同じことが当てはまる」という文章は、連結点概念の解釈問題を素材として「牴觸法」と「法比較」との関わりを考えることができるという先の指摘の反復に当たる。次いで、教授は、「牴觸法」分野で「法比較」が現れる場面として、公序条項(²⁷ 従属牴觸規定——ドイツ民法典施行法第六条は「mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist」と規定する。)を取り上げる。「準拠法に指定された外国法と内国法との違いが著しい場合、外国法の適用結果が内国の公の秩序……と合致するか否かが審査されなければならない」という指摘がそうである。

それでは、この指摘はどのように評価されるか。この点を問うのは、準拠外国法の適用結果が法廷地従属抵触規定上の「公序」に反するか否かの審査が行われる過程に「比較」が含まれていないのではないかと、この疑念が浮かぶからである。法廷地公序条項適用時の中心的論点は、(準拠外国実質法規の適用結果が法廷地抵触法上の公序に反するか否かという) 第二要件具備の有無である。もしかすると、教授は右の表現で「準拠外国実質法の適用結果」と「法廷地抵触法上の公序」との「比較」を考えていたのかもしれない。しかしながら、ここでも、「比較」の本義が確認されなければならぬ。もともと「比較」という行為は、同一の判断基準(複数の比較対象物からまったくの等距離にあるという意味での「比較の第三項」)を用いて優劣を判定できる場合でなければ、機能しない。このことは、比較対象物が当該判断基準による評価(序列付け)が可能な同一次元に併存していなければならない(比較対象物相互の間に同質性が求められる)ことを意味する。公序条項が適用される場合の「準拠外国実質法の適用結果」の例としては、法律関係の成否や法的効力の有無が挙げられよう。これに対して、「法廷地抵触法上の公序」——これは「絶対的に強行すべき内国法」と言い換えられることもある——の本体は、法廷地の基本的な価値概念(離婚の許容性、消滅時効制度の採用等)である。このようにみると、公序違反の有無の審査で行われる作業は、「準拠外国実質法の適用結果」が「法廷地抵触法上の公序」に合致するか否かの実体判断であって、同じ次元に位置付けられる複数の事象を対象として優劣を判定する「比較」には当たらないことが明らかにする。

(5) フレスナー教授は、これに続けて、「準拠法が、法廷地国のいわゆる『介入規定』や場合によってはさらに第三国の『介入規定』に対して、その地位を明け渡さなければならない場合もあり得る」状況を挙げている。教授は、準拠外国法上の実質規定(その内容および適用結果、介入行為の客体(対象)と法廷地国(または第三国)の『介入規定』⁽²⁸⁾

(その内容および適用結果、介入の結果として投入される代替物)との間で「法比較」が行われていると考えているのかも
しれない。しかしながら、ここでも、「比較」という行為の本義が想起されなければならない。すなわち、法廷地国
(または第三国)の「介入規定」の適用の可否が判定される場合の作業過程は、法廷地国(または第三国)の政策判断に
基づいて当該介入規定が適用されるか否かの実体判断であって、準拠外国法上の実質規定と法廷地国(または第三国)
の「介入規定」を同一次元に配置し、「比較の第三項」を用いていずれが優先するかを決定するという意味での「比
較」ではない。

教授は、さらに、「これに似たことは、消費者契約や国際労働法の場合がそうであるように、抵触規定が準拠法と
いずれか他の法との間で有利性の比較を行うよう求めるときにみられ……、いわゆる「択一連結(選択的連結)」の場
合のように、抵触規定が特定の法的効力に有利になるように定めているときもみることができると主張する。「有
利性の比較」という表現は、いずれの選択肢が有利であるかという論点につき、「比較の第三項」として、金額や期
間のように客観化が可能な指標を基礎とする量的判断基準や法律効果の有無といった主観的判断を基礎に置く質的判
断基準を採用することを意味しよう(ここでは、「……とき」(要件)↓「……」[有利]と判定する「効果」といった「有利性
の有無の判断基準」があらかじめ明示されていなければならない)。また「択一連結」という言い方は、連結点となる空間
的要素相互の間で「選択」が行われることを述べるにとどまるが、それでも、いずれの選択肢を採用すべきかとい
う論点につき、「比較の第三項」という名の共通判断基準を用いて優劣を判定する過程が含意されている。このよう
にみると、この例は「法比較」の素材となり得よう。

六 第一〇段落では、まず「これらすべての事案に当てはまるが、抵触法それ自体が法比較を必要としていた」旨、述べられる。「抵触法それ自体が法比較を必要」とするという指摘には、内容を異にする諸国法秩序間での選択という過程が含まれている。教授は、「その場合でも、どれか特定されたひとつの法秩序上の各法規を、もうひとつ別の特定の法秩序におけるこれと内容を異にする各法規と比較しかつ評価するだけでは足りない」と述べられる。

それでは、何が不足しているのだろうか。教授は、「評価を行うためには、当該法規が他の諸法規とどのように関連しているかや個々の法規が当該法秩序全体の中でどのような機能を持っているかという点もしばしば調査されかつ尊重されなければならない」旨を指摘し、「状況により、国際的にみて適切な判断を下そうとすれば、もっと多くの法秩序における法状況がどうなっているかという点についても、調査しかつ尊重しなければならない」ことにも触れられる。しかしながら、文中に用いられた種々の行為類型を表す言葉（「比較する (vergleichen)」、「評価する (bewerten)」、「調査する (ermitteln)」、「尊重する (würdigen)」) についての説明が行われていないため、どのように行動すれば、これらの行為に該当し、その結果、右の「足りない」点をどこでどのように補えるのかという点を正確に理解することができない。それは、やはり、「……が……しているとき」(要件) ↓ 「……とは関連している」(効果) とする判断基準や「……が……しているとき」(要件) ↓ 「……は……という機能を有する」(効果) という判断基準が事前に明示されていなければ、法規相互の関連性や個々の法規が当該法秩序全体の中でどのような機能を果たしているかという問いに答えることができないからである。

教授は、最後に、「このようにみると、抵触規定の解釈に際して求められる法比較が明らかに高度なものであることが分かる」と指摘される。「高度な」「法比較」を實踐できるようにするためには、ここでも、そこにいう「法比

「較」の内容が客観性を担保された具体的行動マニュアルのかたちで示されていなければならないであろう。学問としての「法比較」には、抽象的な理念を語るだけでなく、実践に堪え得る方法論の提示が求められている。

七 (1) 第一段落では、「このような思考過程も他の若干の思考過程も古典的なテーマに属する」こと、「古典的なテーマという表現は、国際私法分野の著者たちが、法比較が抵触規定の法律効果の側でどのような役割を果たしているかという問題を取り扱うときに名付けたものである」こと、これらが述べられる。「古典的なテーマ」という表現は、旧くから提起されていながら、今なお、定説として受け入れられるような解決策が見出されていないという趣旨にも受け取れる。しかしながら、ここでも「思考過程」という言葉の意味内容が具体的に示されていないため、その真意を掴むことはできない。次いで、教授は、「およそ外国法を適用する可能性があるとか、実際に外国法が適用されているといった事態は、もはや、ここで取り上げるべき『抵触法における法比較』というテーマには入らない」という。それは、適用法規として外国法が決定されるまでの過程には「選択」が含まれているために「法比較」が行われる余地があるのに対して、「外国法を適用する可能性がある」場合も「実際に外国法が適用されている」場合も、そこに登場する法秩序は準拠法として選ばれた当該外国法のみだと考えられているからであろう。それでも、当該外国法上の個別規定の解釈過程で複数の解釈可能性(判例法、学説法等)が対比される余地があるとみると、そこには「選択」の過程が登場するため、「法比較」が行われているとみられよう。

教授は、「『抵触法における法比較』というテーマには入らない」例として、法廷地法が準拠法に指定される場合に言及する。しかし、「『本来の』準拠法とは異なる法を指定するという方法で、抵触規定が法廷地法を指定すれば、抵

触法は、最も強くその効果を發揮することができる」と説明される場合、本来の準拠法を指定する最初の独立牴触規定と法廷地法を指定する別の独立牴触規定との間で選択が行われている（たとえば、「特別連結」の場合）ようにもみえる（ここでは、第一段階でどのような優劣判定基準のもとに「本来の」準拠法が優先されたかの説明と第二段階でどのような修正基準のもとで法廷地法が優先されたかの説明が追加されなければならない）。あるいは、この点は、どちらの独立牴触規定を適用するかが当該国の従属牴触規定によつて法定（序列付け）されているため、「選択」の余地がないと考えられているのだろうか。他方、「これに対して、牴触法が最初から法廷地法を指定していれば、法廷地法はさほど目立たないであろう」と指摘される場合も、独立牴触規定の解釈過程で、どのような優劣判定基準のもとで最初から法廷地法が優先されたかの説明が行われなければならない。「……目立たない」と判断された理由については、「法廷地国では、どのみち、自国法への指定がもともと期待されているはずだから」と説明されているが、「期待」という行為の主体が原告なのか被告か、それとも裁判所かという点については何も説明されていないため、教授の真意を理解することはできない。

(2) 最後に、第一二段落では、「外国法への指定は、ひとつの時点を表しており、国際私法における法比較が特に明確に必要とされるのも、この時点においてである」と述べられる。これは、牴触規定の解釈過程で「法比較」が行われるかについて説明したものとみられよう。「外国法への指定」は連結点の解釈を通じて行われている。立法上、連結点の決定にあたっては、「……の当時における」という限定を付す不変更主義（立法による固定）とそうした限定を付さない変更主義（裁判による固定）とがある。後者の場合、むしろ一般原則により、事実審の口頭弁論終結時が基準となる。「比較」を単数の行為ではなく、対象物の選定、異同の確認、優劣の判定等、個別行為から成る一連

のプロセスとみる筆者の理解では、この基準時は最終段階に位置する優劣判定時という意味に捉えることができる。

次の「抵触規定は、この時点において初めて、解釈する資格を本来付与されていない法を適用しなければならない立場に追い込まれた法律家に対し、法比較を実践するために不可欠の知識と能力を要求する」という文章中の「解釈する資格を本来付与されていない法」という表現は、むしろ、外国法を指す。外国法が準拠法に指定された場合、「そのような立場に立たされた法律家は外国法を調査し、理解し、全体を関連させて展望し、確実に適用することができなければならない」。その際、背後の安全を確保できるよう、慣れ親しんだ本国法と比較することは、——たとえそれが往々にして暗黙裡に行われるとしても——、いつも助けとなるし、そのように実行されている」とする説明と「外国法が適用される時はつねに、法比較が行われている」という文章とを併せ考えてみると、準拠外国法と法廷地法との「比較」が常に行われているという趣旨に理解できる。けれども、準拠法に指定された外国法を適用する裁判所がここでなぜ法廷地法との「比較」を行わなければならないのかという点については何も説明がない（ここでは「自国本位的傾向 (homeward trend)」が想定され得る。——あるいは、公序条項による準拠外国法の適用排除の場面がそこで想定されているのかもしれないが、前述のようにみる立場では、公序条項の適用過程に「法比較」が入り込む余地はない。）。

八 この章では、まず、「抵触法と法比較との間にいかに密接な関係があるか」という主題が旧くから繰り返し取り上げられてきた点が確認されていた。教授は、右の主題に関連させて、「方法としての法比較」説に立つカーンの見解を紹介し、カーンの見解が及ぼした影響にも触れていた。ここでは、ラーベルの著作が法比較に基づいていたこと、ラーベルの業績が第一〇回国際法比較会議での報告等に大きな影響を与えたこと、ドイツ語圏では法比較が国際

私法の不可避の伴走者であるとの理解が共有されていること等も指摘されていた。また、抵触規定の立法過程における「法比較」と抵触規定の解釈・適用過程における「法比較」とが異なること、「法比較」が単位法律関係概念の解釈に関わる性質決定問題、連結点の解釈問題、公序条項や介入規定の適用、消費者契約や国際労働法の分野における有利性の比較や択一連結等と関わること、抵触法それ自体が準拠法決定過程に「選択」行為を内包しているところから、「法比較」が不可欠であること、その際、法廷地法との対比過程も考慮されていること等にも触れられていた。

3 「Ⅲ 新たな特色」

前章の末尾では、「この時点に着目して眺めてみると、国際私法と法比較との関係が、その後の新しい発展を通じて、最も強く変更されていることが分かる」と述べて、国際私法と法比較との関係が変化したことに触れられていた。それでは、両者の関係はどのように変わったのだろうか。この第三章「Ⅲ 新たな特色」は、「A 当事者自治と準拠法選択の自由 (Parteiautonomie und Wahlfreiheit)」「B ヨーロッパ抵触法 (Europäisches Kollisionsrecht)」および「C 新しい法比較 (Neue Rechtsvergleichung)」これら三つの節に分かたれている。

(1) 「A 当事者自治と準拠法選択の自由」

— 最初の節は、「A 当事者自治と準拠法選択」と題されている。

①これらの発展のうちで最初の特徴は、この二〇年ないし三〇年の間に当事者自治が一層広く普及したことである——當事者自治とは、この場合、法律行為として規律される法律関係について準拠法となる私法を行為者が選ぶ権能をいう。この権能は準拠法選択の自由と呼ばれることもある。當事者自治は、前世紀中葉以降、契約法について最も広く承認されてきた。近年は、特にヨーロッパ連合の立法が契約外責任法に、その後は家族法と相続法にも取り入れられている。こうした動きは無体財産法のほか、資本市場で流通する証券の一括保管に関する法にも同じように見出される。ヨーロッパ裁判所は、準拠法選択の自由を広範囲に亘って会社法についても押し進めている。

②法律行為による準拠法選択には、間接的な準拠法選択を含めることができる。間接的な準拠法選択と呼ぶのは、明文の抵觸法に定められた連結点、たとえば、常居所（旅行の自由や居住移転の自由があるため、常居所を変更することができる）、物の所在地（物流が自由に行われるため、物の所在地も変更される余地がある）、団体の本拠や利益集計地（居住移転の自由に加え、競争にさらされるため、団体の本拠や利益集計地も変更される可能性がある）、これらがしばしば自由意思に基づいて選択されているからである。実際に、常居所、所在地、本拠、それらに行動地、これらを新たに設ければ、間接的にはあるが、当該国の家族法、相続法、物権法および会社法（もちろん、当該国の租税法を含む）、これらを意識的に選び取ることもできる。

③これに追加されるのが国際民事訴訟法である。国際民事訴訟法では、住所地という国際的に認められた裁判籍といわゆる自由選択が可能な裁判籍とが用意されているほか、合意管轄が国際的に保護され、仲裁裁判の合意も認められている。最後に、特にヨーロッパ連合にみられるが、いわゆる選択的技法という、やや新しい動きが目につく。この技法では、国際的な利用に供される統一法（——実際、ここで触れられるのは、「成文法」についてである——）が作成されるが、この統一法は現に存在する各国の法と並び立つ関係にあり、ただ各国は自国法に代えてこの統一法を優先して適用させることができる。ヨーロッパ連合では、この間に、ヨーロッパ経済利益団体、ヨーロッパ株式会社、ヨーロッパ協同組合という新しい団体形式が登場しているだけでなく、「ヨーロッパ民事会社」および「ヨーロッパ共通売買法」に関する複数の提案・草案が公表されている。さらに、知的所有権法や工業所有権法、特許法に至るまで、選択的技法が用いられるようになっていく。ほかの国際的な分野としては、このほか、ウイーン統一売買法条約が挙げられる。統一売買法は客観的要件を充たせば当然に適用されるが、当事者双方は統一売買法の適用を回避する（opt out）ことができる。このように適用を否定することと適用を肯定することとは逆の場面を示しているが、ここで取り上げた「選択的技法」もこれと同様の機能を有する。

④こうした新しい動きを纏めると、格別の制限が設けられていない国際的状况で望ましい私法秩序を求める者にとっては、明らかに、自由な選択が認められるという長所がある。ある者は、この事態を短く「長い尾を引きながら天空を駆けていく彗星になぞらえられるほど急激な当事者自治の発展」と呼んでいた。しかし、そうした表現は不適切であり、むしろ過剰に過ぎる。というのは、選択の自由は、彗星のように、どこか知らないところから突然に降って湧いたものではなく、生活の国際化やグローバル化という、きわめて現実的で十分に説明できる動きから生まれたものだからである。しかも、選択の自由は、そうした動きが過去のものとなった後も消えてはいない。むしろ、選択の自由は、国際的な私法分野における立法時の原則としてますます定着して行くことであろう。

⑤このことは国際私法の理論構成にも当てはまる。前世紀末頃まで、たとえば国際契約法の分野で準拠法選択の自由について触れなければならなかった教科書は、好意的にみても、説明に困っていたようにみえる。私人の準拠法選択がもたら実務の必要性から受け入れられてきた理由は、そうした準拠法選択によつて、両当事者がより大きな法的安定性を得られるという点にある。しかし、その後の状況を見ると、理論構成をめぐる状況はすっかり変わっている。準拠法選択の自由は今の社会でますます頻繁に用いられるようになり、国際的な私法秩序を形成する基本思想の筆頭に躍り出ている。そうした動きをもたらした事情はひとつではないが、どの事情にも一致してみられるように、その意図は、法的安定性の確保および多様な法の適切な活用という、国際的な場で活動する自然人や法人の基本的要請を満たすことに向けられている。

⑥このようにみると、準拠法選択の自由は、単純に、私法の中核的思想に基づいて発展したものと説明することができる。私人の法律行為を通して行われる生活関係の規律は、実定私法を介して、確固たる法的枠組みを与えられることである。しかし、実定私法は世界的規模で統一されていないため、国際的な場で活動しようとする者にとつて、その目標を完全に達成することはできない。それでも、実定私法は、少なくとも、行為者が——まさしく法律行為を通じて——多くの私法の中からひとつを選び取るというやり方で、行為者自身が主体的に秩序を形成する役割を果たしているという点を正当に評価しなければならない。

⑦もうひとつの事情は、国家と個人との関係、言い換えると、国家が個人に自由を与え、個人が主体的に責任を負うという点に関する啓蒙主義哲学（ロック、ルソー、カント）に起因する。この哲学は、今日では、民主主義憲法および多様な人権の中に反映されている。法の世界はどうしても多元的にならざるを得ないので、自由に準拠法を選ぶことで、他者の権利が侵害

されたり、公共の福祉や行為者自身が害されたりしない限り、行為者は原則として準拠法選択の自由を持たなければならぬという考えは、こういった基本方針の反映とみることができよう。特にヨーロッパでは、ヨーロッパ連合の諸条約に基本的自由が定められたことで、こうした見方の正しさが証明されている。経済活動に法的枠組みを与える準拠法選択の自由が原則的に認められるという点も、域内市場における移動の自由という概念に含められなければならない。

⑧最後に、準拠法選択の自由を承認する理論構成を支える最近の動きとして、法の経済的分析という考えが挙げられる。というのは、国際的にみて多様な法が併存する状況を利用する者がみずからの進退をどの法に委ねるかを自由に判断できるとすれば、法の経済的分析が実現しようとしている付加価値が得られるからである。

⑨このようにみると、実定法的根拠を備えた準拠法選択の自由に対する理論的基礎付けはますます強化されていることが分かる。主観的な意思を考慮する準拠法選択の自由は、ついには国際私法の複数の教科書で、客観的連結に関する諸原則を補充する付録のような立場から第一順位の連結原則へと高められ、その結果、実定法たる抵触法を補充的な地位へと追いやってしまった。こうみると、二一世紀の抵触法文献では、準拠法選択の自由が、かつて実質私法の教科書類が一九世紀の法律行為理論を出発点としていたような重要な地位を占めることとなる。

⑩それならば、以上に述べたことははたして法比較とどのように関係しているのだろうか。抵触法分野において準拠法選択の自由の比重が高まったことは、抵触法にとつての法比較の意義を、なぜ、そして、どのように変えたのだろうか。その答えは単純に聞こえるかもしれないが、選ぶととする者は賢く選ばなければならず、そのためには、選択可能な解決策のすべてを知ることができなければならない、という点に尽きる。選択可能な複数の解決策、それらの特性、長所および短所、これらの情報を提供するのが法比較である。というのは、法比較によつて考慮を要する複数の法秩序を総合的にみることが可能となり、総合的にみること、実定抵触規定により準拠法に指定される特定の法秩序に対する見方とは多少とも異なる見方が得られるからである。国際私法は、この分野でこれまで判断の基礎とされてきた過去の事実に目を向けることに代えて、このように法比較の助けを借りながら、どちらかといえば、視線を前に向け、将来どのような立法が必要となり、法をどのように適用することが求められるかといった諸課題に取り組まなければならない。国際私法のこうした予防的機能を考慮すると、法律問題を扱う法律家にとつて、いかに法比較が重要であるかが明らかになる。法比較は、法律問題を扱う法律家に対し、法の知識を必要とする者が正しく選べるよう助言する能力を与えることができなければならない。当事者自治の役割が格段に重要となった

現状に鑑みると、この点に新規性があるといえよう。このことが大学における法比較の研究教育にどのような意味を持つかという点については後述する。⁽²⁹⁾

二 (1) この節は、一〇の段落から成る。通常の理解⁽³⁰⁾によれば、「当事者自治」とは、立法者が、「当事者の意思」という文言を連結点として採用する立法主義（主観主義）をいう。「準拠法選択」とは、法律行為の当事者が準拠法を任意に選択する自由を有することを意味する。フレスナー教授自身、「この権能は準拠法選択の自由と呼ばれることもある」と補足するように、「当事者自治」と「準拠法選択」とは、視点（行為主体）の相違による表現上の差に過ぎず、その内容に本質的な違いはない。

「法比較」の過程に「選択」が含まれている点に留意すると、抵触規定の立法者は、諸国の関連法制を参照し、それらを「比較」したうえで、「当事者の意思」を連結点とすべきか否か、その際に何か特別の条件を付すべきか否か、これが肯定される場合、どのような条件を付すべきかといった諸点について判断することであろう。また、涉外契約の当事者は、契約準拠法を自ら決めるか否か、どの法を契約準拠法とするべきか、準拠法指定を実質法的指定とするか抵触法的指定とするか等の諸点を決めるに際して、諸国の関連規定を参照し、それらを「比較」することができよう。それでは、「当事者自治と準拠法選択」に関して、「国際私法と法比較との関係」はどのように「変更されている」のだろうか。

(2) 第一段落では、「最初の特徴」として、「前世紀中葉以降、契約法について最も広く承認されてきた」当事者自治が「一層広く普及したこと」が挙げられている。また、「近年は、特にヨーロッパ連合の立法が契約外責任法に、

その後は家族法と相続法にも取り入れられ、「こうした動きは無体財産法のほか、資本市場で流通する証券の一括保管に関する法にも同じように見出される」ことにも触れられる。教授は、さらに進んで、「有利性の比較」が登場する余地があることを根拠に、当事者自治の定義（「法律行為として規律される法律関係について準拠法となる私法を行為者が選ぶ権能」）にいう「法律行為」に会社設立行為も含まれるとみて、「ヨーロッパ裁判所は、準拠法選択の自由を広範圏に亘って会社法についても押し進めている」点に言及する。

「当事者自治」が「一層広く普及した」とみる教授の主張には、「当事者の意思」が連結点とされる場合のほか、「間接的な準拠法選択」と名付けられた事象も含まれている。「間接的な準拠法選択」とみなされているのは、「常居所、物の所在地、団体の本拠や利益集計地」、これらの連結点に該当する地が「しばしば自由意思に基づいて選択されている」場合である。ここでは、「実際に、常居所、所在地、本拠、それに行動地、これらを新たに設ければ、間接的にはあるが、当該国の家族法、相続法、物権法および会社法（もちろん、当該国の租税法を含む）、これらを意識的に選ぶこともできる」とする説明が追加されている。このような見方は「当事者自治」概念の拡張に他ならない。むしろ、「準拠法選択（当事者自治）」概念をどのように定義するかは、論者に委ねられた、ひとつの政策判断事項ではある。しかしながら、ここでは、——第一段落末尾で触れられた会社設立の自由を含めて——、連結点に関する立法主義の違いが確認されなければならない。立法者がみずからの意思で特定の地を連結点とする客観主義と、立法者が特定の地を選び取ることを断念し、連結点の内容を成す地の特定を当事者に委ねる旨を立法者が採用する主観主義とは、基本的に、連結点決定の仕方を異にする。客観主義か主観主義か（連結点をどのように決定すべきか）の判断過程に現れる中心的な論点は、立法者自身が特定の地を選ぶか否かであり、当事者の意思決定に委ねられるという

点は、立法者の政策判断から導かれる派生的な結果に過ぎない。このようにみると、「間接的な準拠法選択」という表現で客観主義立法の一部を主観主義に組み入れることは、客観主義の立脚点を没却することとなる。国際私法分野の伝統的理解によれば、このような当事者の自由意思による「連結点」の人為的操作は、「準拠法選択」概念への組込みとはみなされず、その恣意的操作の行過ぎが問題となる局面に限って、「法律回避論」⁽³¹⁾による規制の可能性が論じられてきたに過ぎない。

(3) フレスナー教授は、「間接的な準拠法選択」と同様、結果において当事者の自由意思が尊重された例をさらに追求する。第三段落では、「国際民事訴訟法では、住所地という国際的に認められた裁判籍といわゆる自由選択が可能な裁判籍とが用意されているほか、合意管轄が国際的に保護され、仲裁裁判の合意も認められている」と説明されている。「当事者自治」および「準拠法選択」という表現はもともと実体法分野で形成されたものである。フレスナー教授はこの点に触れていないが、この概念に手続法的事項を組み入れることは、この抵觸法的概念を希釈化させる恐れがある。

確かに、「自由選択が可能な裁判籍」(普通裁判籍とされる「住所地という国際的に認められた裁判籍」のほか、任意の操作が可能な所在地等、特別裁判籍を含む)、合意管轄や応訴管轄、それに仲裁付託合意等、当事者の自由意思が結果的に尊重される事象は手続法的事項にも見出される。それでも、この論文の表題(「抵觸法における法比較の意味」)および本文冒頭の限定表現(「抵觸法(国際私法)」)が想起されなければならない。すなわち、「抵觸法(国際私法)」に含まれない国際民事訴訟法分野がなぜここで取り上げられたのかという点である。

しかし、フレスナー教授はこの点に触れないまま歩を進め、段落後半で、当事者の自由意思が結果的に認められる

第三のモデル（「統一法」）に言及する。「特にヨーロッパ連合に……選択的技法という、やや新しい動きが目につく」として、若干の立法例が列挙される。教授は、さらに、「知的所有権法や工業所有権法、特許法に至るまで、選択的技法が用いられるようになっていく」こと、ウィーン統一売買法条約は「客観的要件を充たせば当然に適用されるが、当事者双方は統一売買法の適用を回避（opt out）」できること等を指摘する。それは、統一売買法を適用するか否かの判断過程に「選択」行為が含まれているため、「適用を否定することと適用を肯定することとは逆の局面を示しているが、ここで取り上げた『選択的技法』もこれと同様の機能を有する」と考えられたためである。ただ、そこで実質的な「選択（比較）」の対象とされているのは、統一条約と国家法であつて、国家法秩序間での「選択」ではない。それにも拘らず、統一法がここで考慮されているのは、「国際的な利用に供される統一法……は現に存在する各国の法と並び立つ関係にあり、ただ各国は自国法に代えてこの統一法を優先して適用させることができる」と考えられていることによる。この点を、統一条約の適用除外の可否という条約法上の解釈問題と捉えるか、「法比較」の一例とみるかという点は、「比較」概念の定義如何に還元されよう。

(4) 第四段落では、準拠法決定基準としての「当事者自治」、手続法的事項に関する当事者意思の尊重、統一法適用過程における当事者意思の尊重、これら三分野に共通する印象が新しい動きとして紹介される。まず、「望ましい私法秩序を求める者にとって……自由な選択が認められるという長所がある」旨、述べられ、次に、当事者の自由意思の尊重という趨勢が急激にみられるようになった原因が、「生活の国際化やグローバル化という……動きから生まれた」点に求められ、そして、「選択の自由は、国際的な私法分野における立法時の原則としてますます定着して行くことであろう」と述べて、このような傾向が今後も続くという展望が示される。

しかしながら、注意を要するのは、教授の場合、「比較」（選択）が行われる場面が列挙されているものの、それ
（その場における「比較」（選択）の過程については何ひとつ説明されていないという点である。われわれの私的経
験を省みても、もともと差異のあるものしか「比較」の対象とされていない。このことは、比較対象物選定段階です
で、差異の有無を確認する一般的判断基準を判断主体が体得しており、それに基づいて比較対象物が選定（特定）
されていることを意味しよう。また、異同確認後に「選択」という形式で優劣の判定を行うのであれば、優劣判定基
準が判定行為前に判断者に明示されていなければ、予見可能性を欠くこととなり、法的安定性を確保することもでき
ない。それでは、優劣判定基準はどの時点で判断行為者に自覚されるのだろうか。異同確認基準の後に優劣判定基準
が現れるのか、それとも、異同確認基準に先んじて優劣判定基準が存在しているのか。このようにみると、「選択」
というにせよ「比較」というにせよ、関連する諸基準の解明とそれらの体系的位置付けに関する包括的な説明が必要
となる。

三 (1) 第五段落では、当事者の意思を尊重することが「国際私法の理論構成にも当てはまる」旨、指摘される。
ただ、そこにいう「国際私法の理論構成」とは何かが明記されていないため、その趣旨を正確に理解することはでき
ない（むしろ、「理論構成」には、信仰告白のように情緒的な意思表示に代えて、同語反覆に陥らないよう、「比較の第三項」が求
められる）。

フレスナー教授は、「前世紀末頃まで……国際契約法の分野で準拠法選択の自由について触れなければならなかつ
た教科書は、好意的にみても、説明に困っていたようにみえる」と述べて、「当事者自治」主義採用の根拠付けの難

しさが実感されていた点を指摘する。それにも拘らず、「私人の準拠法選択がもつばら実務の必要性から受け入れられてきた理由は、そうした準拠法選択によつて、両当事者がより大きな法的安定性を得られるという点にある」ことが指摘される。教授は、法的安定性の重視という視点を強調し、「準拠法選択の自由は今の社会でますます頻繁に用いられるようになり、国際的な私法秩序を形成する基本思想の筆頭に躍り出ている」と述べ、最後に「そうした動きをもたらした事情はひとつではないが、……その意図は、法的安定性の確保および多様な法の適切な活用という、国際的な場で活動する自然人や法人の基本的要請を満たすことに向けられている」と主張する。

(2) 「両当事者がより大きな法的安定性を得られる」という表現をみると、当事者自治主義を正当化する根拠は、結局、契約当事者側の便宜に尽きるようにみえる。しかし、「法的安定性」という言葉は、通例、各行為に対する評価をめぐる司法判断が一定期間継続する事態（第一の条件）を前提として、後の行為者がみずからの行為についても同旨の司法判断が下されると考える予測を是認する状況（ある行為の法的効果がどのようなものとなるかの予測が可能な状態）（第二の条件）と解されている。⁽³²⁾ こうみると、当事者間の準拠法選択行為が有効であるとの司法判断が一定期間継続している状況が確認されていなければ、法的安定性を正当化の根拠に挙げることはできない。つまり、「当事者自治」が（判例法として）規範化した段階に至っていないければ、事後に続く別の事案の当事者は準拠法の予見可能性を確保することができず、対外的効果として法的安定性があるとは言い得ない。さらに言えば、法的安定性は、当事者自治主義の存在を前提として得られるひとつの結果に過ぎないため、法的安定性を当事者自治に前置することはできないという意味で、法的安定性は当事者自治主義の採用根拠たり得ない。このようにみると、教授がいう「法的安定性」は、個別事案における当事者への配慮であつて、一般的妥当根拠ではなく、同教授の説明には、結論先取りとい

う意味で、「循環論」が含まれていることが分かる。

(3) それにも拘らず、第六段落では、「準拠法選択の自由は、単純に、私法の中核的思想に基づいて発展したものと説明することができる」とされる。しかし、ここでも、そのような評価を下す根拠は何ひとつ述べられていない。次の「私人の法律行為を通して行われる生活関係の規律は、実定私法を介して、確固たる法的枠組みを与えられる」という指摘は、実定法規範に基づく司法を通じて、法的安定性を確立することができるという一般の説明とみることができよう。「実定私法は世界的規模で統一されていないため、国際的な場で活動しようとする者にとって、その目標を完全に達成することはできない」とする記述は、世界的規模での統一法がない以上、誰にも、世界的規模で法的安定性を望み得ないという趣旨のように読める。これに対して、末尾の「実定私法は、少なくとも、行為者が——まさしく法律行為を通じて——多くの私法の中からひとつを選び取るというやり方で、行為者自身が主体的に秩序を形成する役割を果たしているという点を正当に評価しなければならない」という説明については、行為者が法廷地を選ぶことで、法廷地実定法のもとでも得られる法的安定性を確保することができるという趣旨であろうが、そのような行為態様をなぜ「正当に評価しなければならない」という点についての論拠が欠けている。

四 (1) 第七段落では、「当事者自治」推進論を支える思想的背景が「国家と個人との関係、言い換えると、国家が個人に自由を与え、個人が主体的に責任を負うという点に関する啓蒙主義哲学……に起因する」ことが指摘される。そこでは、「法の世界はどうしても多元的にならざるを得ないので、自由に準拠法を選ぶことで、他者の権利が侵害されたり、公共の福祉や行為者自身が害されたりしない限り、行為者は原則として準拠法選択の自由を持たない

ればならないという考えは、こういった基本方針の反映とみることができよう」と説明されている。「行為者は原則として準拠法選択の自由を持たなければならないという考え」の基盤が「啓蒙主義哲学」にあるとする右の主張の立論過程をみると、一方の、そうした考え（自由な意思決定を認め、尊重すること）が生まれることと、他方の、原因・理由を示す、「ので」という接続助詞（「ので」の前に述べた内容を根拠に、「ので」の後の内容が生じたことを示す）の前に置かれた記述、すなわち、「法の世界はどうしても多元的にならざるを得ない」（自由な意思決定を認めるか否か、どの程度認めるか等の判断が分裂すること自体、自由な意思決定を認めた結果に他ならないこと）という指摘が啓蒙主義哲学の成立根拠となり得るといふ政策的評価とはなんら直結していないことが分かる。それは、「ので」で区切られた前後の記述内容が同語反覆に過ぎないからである。

フレスナー教授は、「当事者自治」の正当性をさらに補強しようとして、「ヨーロッパでは、ヨーロッパ連合の諸条約に基本的自由が定められたことで、こうした見方の正しさが証明されている」とも述べる。しかし、この説明にも直ちに賛同することはできない。というのは、「ヨーロッパ連合の諸条約に基本的自由が定められた」という事実は確かに右の考えへの賛同を示す例となり得るが、政策的意思表示の正当性を決める基準を、賛同事例の数量的多寡に求める立場（多数決制）を採るのでない限り、「こうした見方の正しさが証明されている」とは言い得ないからである。教授は、当事者自治推進論を支える思想的背景となった啓蒙主義「哲学は、今日では、民主主義憲法および多様な人権の中に反映されている」と述べられ、「経済活動に法的枠組みを与える準拠法選択の自由が原則的に認められる」という点も、域内市場における移動の自由という概念に含められなければならない」と主張する。しかし、一方における、個人の自由を尊重することの要否（個人の自由を尊重する）旨の判断基準の要否）と、他方における、その自由を制

限することの要否（右の判断基準の必要性を肯定したうえで、当該判断基準の適用範囲を限定するという意味での適用基準の要否）とは、前者が判断基準それ自体の内容の是非を扱い、後者が当該判断基準の適用基準の内容の是非を論じるという意味で議論の次元を異にするため、各解答の根拠付けも区別されなければならないであろう。

(2) 第八段落では、さらに、「準拠法選択の自由を承認する理論を支える最近の動き」として、「法の経済的分析」⁽³³⁾に言及される。フレスナー教授が「法の経済的分析」を「準拠法選択の自由を承認する理論」の根拠となり得ると判断した理由は、「国際的にみて多様な法が併存する状況を利用する者がみずからの進退をどの法に委ねるかを自由に判断できるとすれば、法の経済的分析が実現しようとしている付加価値が得られる」という点に求められている。それでは、「法の経済的分析が実現しようとしている付加価値」とは何か。この点が説明されていなければ、当該「状況を利用する者がみずからの進退をどの法に委ねるかを自由に判断できる」ようなやり方がそうした「付加価値」を実際にもたらし得るか否かを決定することができない。ここでも、教授の補足説明が求められよう。

第九段落では、「このようにみると、実定法的根拠を備えた準拠法選択の自由に対する理論的基礎付けはますます強化されている」と述べられる。しかし、前述のように、当事者自治主義を採用した立法例の存在が当事者自治原則の正当性を示すという立場を採らない以上、当事者自治主義の正当化根拠は立法例以外に求められざるを得ない（当事者自治を採用する正当な根拠が実在するから立法者が当事者自治主義を採用するのであって、立法者が当事者自治主義を採用したから当事者自治が正当となるということではない）。このようにみると、当事者自治主義の正当化根拠の当否が原理的基盤に遡って探求されなければならないであろう。

教授は、さらに、「主観的な意思を考慮する準拠法選択の自由は、ついには……客観的連結に関する諸原則を補充

する付録のような立場から第一順位の連結原則へと高められ、その結果、実定法たる抵触法を補充的な地位へと追いやってしまった」、「こうみると、二二世紀の抵触法文献では、準拠法選択の自由が、かつて実質私法の教科書類が一九世紀の法律行為理論を出発点としていたような重要な地位を占めることとなろう」とも述べている。たとえば、不法行為準拠法の決定に際して、当事者自治主義が部分的に採用されている点は、ドイツの法制（民法典施行法第一編第二章「国際私法」第四二条）やわが国の法制（法の適用に関する通則法第二二条）をみても、確かに確認することができる。しかし、これらの法では、不法行為準拠法決定における第一順位の連結点が「賠償義務者が活動していた国の法」（ドイツ民法典施行法第四〇条第一項）や「加害行為の結果が発生した地の法」（法の適用に関する通則法第一七条）と定められていること等を考慮すると、決して当事者自治主義が「第一順位の連結原則へと高められ」ているわけではないことが分かる（尤も、ドイツ民法典施行法第一四条第一項では、ヨーロッパ連合規則二〇一六年第一一〇三号の適用範囲外にあるとき、婚姻の一般的効力は夫婦により選択された法によることとされ、選択可能な法が列挙されている）。このようにみると、当事者自治が「客観的連結に関する諸原則を補充する付録のような立場から第一順位の連結原則へと高められ、その結果、実定法たる抵触法を補充的な地位へと追いやってしまった」と断言するフレスナー教授の主張は余りに過大な評価だと言わなければならない。

五 (1) 以上の検討を経て、最後の第一〇段落では、二つの論点が示される。そのひとつは、「以上に述べたことははたして法比較とどのように関係しているのだろうか」という点であり、他のひとつは、「抵触法分野において準拠法選択の自由の比重が高まったことは、抵触法にとっての法比較の意義を、なぜ、そして、どのように変えたのだ

ろうか」という点である。

「どのように関係しているか」という第一の問いに対する答えと、「どのように変えたか」という第二の問いに対する答えとは、論点を異にするだけに、別物でなければならぬ。それにも拘らず、フレスナー教授は、「その答えは単純に聞こえるかもしれないが、選ばうとする者は賢く選ばなければならず、そのためには、選択可能な解決策のすべてを知ることができなければならない、という点に尽きる」と述べる。この答えは、「比較（選択）」を行う者がどのように行動しなければならないかという疑問視型の問いに対する答えであつて、第一の疑問に対する解答でもなければ第二の疑問に対する答えでもない。

「どのように関係しているか」という第一の問いに答えようとすれば、そこで求められている「関係」の内容をあらかじめ確認する必要がある。「選択可能な解決策のすべてを知る」という表現から読み取れるのは、「比較」を行う主体が「比較」対象とされる選択肢のすべてを知らなければならないということであつて、それ以上には及ばない。このようにみると、「当事者自治」が連結点に採用される範囲が拡大した結果、「法比較」が行われる機会が増大したことが、「法比較」との「関係」如何という問いに対する解答であるようにも見える。また、準拠法選択の自由の比重が高まったことが、抵触法にとつての法比較の意義を、なぜ、そして、どのように変えたのかという第二の問いに対しては、「比較」対象となる選択肢の数が「選択可能な解決策のすべて」に拡大されたという解答も考えられよう。いずれにせよ、ここでも、右の二つの問いの趣旨（どのような解答が求められているかという点）に関する補足説明が求められなければならない。

(2) 教授は、その後、「法比較」の役割如何へと論点を転換し、「選択可能な複数の解決策、それらの特性、長所お

よび短所、これらの情報を提供するのが法比較である」と述べる。この文章では、「法比較」の役割が「選択可能な複数の解決策、それらの特性、長所および短所、これらの情報を提供する」とことと捉えられている。こうみると、選択肢間での異なる確認までが「法比較」の内容とされ、優劣判定（優先順位の設定過程）は「法比較」の内容に含まれていないようにみえる。このように考えるのは、教授が理由付けとして挙げた文章で、「というのは、法比較によって考慮を要する複数の法秩序を総合的にみることが可能となり、総合的にみること、実定抵触規定により準拠法に指定される特定の法秩序に対する見方とは多少とも異なる見方が得られるからである」と述べられるにとどまり、序列付けには触れられていないからである。

他方、「法比較」が実施される場としての「抵触法」については、「国際私法は、この分野でこれまで判断の基礎とされてきた過去の事実に目を向けることに代えて、このように法比較の助けを借りながら、どちらかといえば、視線を前に向け、将来どのような立法が必要となり、法をどのように適用することが求められるかといった諸点に取り組みなければならぬ」と指摘される。その趣旨は、「法比較」が、過去の事象を説明するための技法というよりも、国際私法分野における今後の立法および解釈に実際に役立てられるよう、求めたものとみることができると。それに続く、「国際私法のこうした予防的機能を考慮すると、法律問題を扱う法律家にとって、いかに法比較が重要であるかが明らかになる」という指摘も、「法比較は、法律問題を扱う法律家に対し、法の知識を必要とする者が正しく選べるよう助言する能力を与えることができなければならない」とする指摘も、「法比較」が実務法曹に不可欠の技能であることを強調する趣旨と解される。

最後に、「当事者自治の役割が格段に重要となった現状に鑑みると、この点に新規性があるといえよう」と述べら

れている。「当事者自治（準拠法選択）」の拡大を「新たな特色」と捉える教授の指摘は、量的拡大という形式的変化に目を向けたものであり、「法比較」の過程に現れる「選択」行為の実態解明という質的変化にまでは及んでいない。

六 この節では、まず、立法上、当事者自治（準拠法選択）が、一方では契約法以外の分野に、他方では統一法にも採用されたという意味で広く普及したことが指摘された。また、当事者の自由意思が結果的に考慮された形態として、「間接的な準拠法選択」（「当事者自治」概念の拡張）、国際手続法および統一法が追加されていた。これら三つの場面を通じて得られる新しい印象として、「望ましい私法秩序を求める者にとっては、明らかに、自由な選択が認められるという長所がある」こと、当事者の自由意思の尊重という趨勢が急激にみられるようになった原因が、「生活の国際化やグローバル化という……動きから生まれた」こと、そして、「選択の自由は、国際的な私法分野における立法時の原則としてますます定着して行くこと、これらが挙げられていた。さらに、当事者の意思を尊重する傾向が国際私法の理論構成にも当てはまること、準拠法選択によって当事者がより大きな法的安定性を得られるという実務の必要性から私人の準拠法選択が受け入れられてきたこと、国際的な場で活動する法主体の基本的要請（法的安定性の確保および多様な法の適切な活用）に心える必要があること、これらが指摘されていた。

準拠法選択の自由を認める根拠については、「単純に、私法の中核的思想に基づいて発展したものと説明することができる」とされ、当事者自治推進論を支える思想的背景が「国家と個人との関係……国家が個人に自由を与え、個人が自己規律を行うという点に関する啓蒙主義哲学に起因する」ことにも触れられていた。フレスナー教授は、「当事者自治」の正当性をさらに補強しようとして、「特にヨーロッパでは、ヨーロッパ連合の諸条約に基本的自由が定

められたことで、こうした見方の正しさが証明されている」旨を指摘し、「準拠法選択の自由を承認する理論構成を支える最近の動き」として、「法の経済的分析」にも言及する。教授が「法の経済的分析」を「準拠法選択の自由を承認する理論」の根拠に追加した理由は、「国際的にみて多様な法が併存する状況を利用する者がみずからの進退をどの法に委ねるかを自由に判断できるとすれば、法の経済的分析が実現しようとしている付加価値が得られる」ことであつた。教授は、このように、「実定法的根拠を備えた準拠法選択の自由に対する理論的基礎付けはますます強化されている」と述べ、「主観的な意思を考慮する準拠法選択の自由は、ついには国際私法の複数の教科書で、客観的連結に関する諸原則を補充する付録のような立場から第一順位の連結原則へと高められ、その結果、実定法たる抵触法を補充的な地位へと追いや」り、「準拠法選択の自由が……重要な地位を占めるようになる」と断言される。

最後に、「以上に述べたことは……法比較とどのように関係している」か、「抵触法分野において準拠法選択の自由の比重が高まったことは、抵触法にとつての法比較の意義をどのように変えた」かという二つの問いに触れられる。しかし、教授はこれらの問いに対して直接には答えず、「法比較」の役割が「選択可能な複数の解決策、それらの特性、長所および短所、これらの情報を提供する」ことにあり、「抵触法」は、法比較の助けを借りながら、「将来どのような立法が必要となり、法をどのように適用することが求められるかといった諸点に取り組まなければならない」ことが示されていた。末尾では、「当事者自治の役割が格段に重要となった」点に新規性があると結ばれていた。

(2) 「B ヨーロッパ抵触法」

一 第二節は、「B ヨーロッパ抵触法」と題されている。まず、その説示を確認しよう。

①もうひとつの重要な発展は、ヨーロッパ連合がみずからの抱える諸問題を規律する抵触法を設けるうえでいくつもの規則を定めてきたという点にある。わたくしの念頭にあるのは、抵触法にはその内容を形づくる別の立法根拠があるとはいえず、独立抵触規定の構造的特性——古典的な分類に基づく双方的抵触規定——自体はまったく変わっておらず、それゆえ、この種の双方的抵触規定の枠内で行われる法比較の意義にも何ら変わりがないという点である。しかしながら、ヨーロッパ抵触法が実体法と訴訟法の両面に亘って及ぼす影響は、同じ内容を有する各加盟国の抵触法が及ぼす影響とは遥かに異なっている。

②そうした違いは、ヨーロッパ抵触法が裁判所からみてまったく異質な外国法の適用を受訴裁判所に要求するという点に現れている。異質な法の適用は、担当する法律家、すなわち、裁判官や弁護士が法曹教育および日常業務を通じて慣れ親しんできた自国法の、つまり、法廷地法の適用に比して、遥かに厄介で、手間がかかり、ミスをしがちで、割高につくことであろう。こうした違いは、たぶん、オーストリア、スイスおよびドイツの間ではさほど強くは感じられないし、コモン・ローの系譜に属する連合王国、アメリカ合衆国およびその他の諸国相互の間でもさほど強くは感じられないであろうが、違う言語で書かれた他国の法を適用する場合には明らかに事情が異なる。どの加盟国も、これまでに多かれ少なかれ、自国の双方的抵触規定が有するこのような負の影響を受け、いずれにせよそうしたマイナス面を甘受してきたのであり、それゆえ、どの国も、他国法も適用されるようなやり方で、自国の双方的抵触規定を定めてきた。ヨーロッパ連合も、抵触規定を設ける際、このような負の影響をみずから引き受ける責任を担わなければならない。このことから、もうひとつ別の違いが生まれる。というのは、加盟国は、国際的管轄権を規律する権限をヨーロッパ連合に委ねているからである。法的紛争が、国際的管轄権を規律する諸規定(二〇〇〇年十一月二二日の民事商事事件における裁判所の裁判および裁判の承認執行に関するヨーロッパ共同体規則二〇〇一年第四四号(EuGVO (EuGVVO oder Brüssel-I-Verordnung))) および管轄権をも規律する複数のローマ規則)に基

づいていづれかの加盟国に提訴され、しかも提訴国の法が準拠法とされる場合には、外国法適用上の問題は無いが、準拠法所属国とは別の加盟国で提訴されているときは、外国法適用上の問題が現実のものとなる。こうして、ヨーロッパ連合自身も、管轄権規定を定める際に、個々の管轄権のもとで、ヨーロッパ連合の管轄規定があるときは法廷地法の適用をもたらし、別のときには法廷地にとって異質な外国法の適用をもたらすといった事態に配慮してきた。こうした状況を見ると、ヨーロッパ連合がヨーロッパ法の空間的適用範囲内でもともと実現しようとしていた管轄権法および管轄権法の統一という構想とは異なり、諸国の法的条件には違いがあることが分かる。

③ こうした状況を見ると、ヨーロッパ管轄権法のもとでは、外国法の適用によつて蒙る不利益を自ら除去する権利と法廷地法の適用で満足する権利、これらが法的紛争の当事者に認められなければならない。言い換えれば、ヨーロッパ連合の管轄権法は、しなやかで、「当事者の意思で変更できるものである」と同時に、「ひとつの選択肢となり得るもの」でなければならない。そのように考えることのできる根拠は、いくつものヨーロッパ条約の中に見出される。もちろん、逆に、当事者双方（あるいは、少なくとも当事者の一方）が管轄規定の指定する外国法の適用の方に価値を見出すということもあり得る。こうみると、どの当事者も、一体どのようにして外国法が法廷地国で訴訟の場に現れ、調査され、理解され、そして適用されるのかという点で、想像以上の不平等に晒されていることが分かるはずである。ヨーロッパ連合機能条約第八一条第二項 f 号によれば、ヨーロッパ連合は、「必要な場合、加盟諸国で適用されている民事法分野の手續に関する諸規定の合致を促進することを通じて、民事手續の審理についての障害を除去するための措置を講じてもよい。」しかし、ヨーロッパ連合がこの権限を行使できるような事態が近い将来に訪れるようにはみえない。というのは、法廷地において外国法の適用を選択肢のひとつとしかみていない加盟諸国からの強い政治的抵抗が予見されるからである。

④ それでは、どうすべきか。ここでは、法比較の存在意義が改めて強調されなければならない。というのは、自国法を適用する場合と外国法を適用する場合との違いをすべて消し去ることはできないからである。しかし、ヨーロッパ連合がこれまでに管轄権規定と管轄権法を定めることで外国法を適用する責任を引き受けてきた状況を考慮すると、ヨーロッパ連合は、種々の利益を慎重に考慮したうえで、ヨーロッパ連合の法体系を公正に運用できるような能力をヨーロッパの法律家に付けさせるべく、さらに新たな一歩をも踏み出さなければならぬであろう。法律家は可能な限り外国法にも習熟していなければならぬし、少なくとも、習熟するよう努める必要がある。そのためには、十分に整備された図書館を含め、アクセスの容易な情報源

が整備されていなければならない。とはいえ、まず必要となるのは、学問研究や講義において法比較が占める比率を一定程度確保することである。言い換えれば、ヨーロッパにおいて、いわば上から、法規範の整備が進められれば進められるほど、法比較の知識を求める需要はますます大きいものとなり、法律家は、ヨーロッパにおいて、いわば下から、自己の行動を決定するために法比較を準備するようになる。こうみると、ヨーロッパ法域では、実務上不可欠の「万人のための法比較」こそが必要とされていることが分かる。³⁴

二 この節は四つの段落から成る。第一段落では、国家法からヨーロッパ連合法へと舞台が変わっても、「独立抵触規定の構造的特性——古典的な分類に基づく双方的抵触規定——自体はまったく変わっておらず、……双方的抵触規定の枠内で行われる法比較の意義にも何ら変わりがない」ことが確認される。フレスナー教授が、新規性という点からみた第二の特徴として「ヨーロッパ抵触法」を挙げるのは、加盟国の立場からみて、他国の国家法の影響力よりも、自らが加盟する条約法の影響範囲の方がずっと大きいと考えているためかもしれない。このようにみるのは、国家法が及ぼす影響力とヨーロッパ連合法が与える影響力との「違いは、ヨーロッパ抵触法が裁判所からみてまったく異質な外国法の適用を受訴裁判所に要求するという点に現れている」と述べて、両者の影響力の相違に触れられていることによる。相違の一例として、「異質な法の適用は……裁判官や弁護士が法曹教育および日常業務を通じて慣れ親しんできた自国法の、つまり、法廷地法の適用に比して、遙かに厄介で……割高につくこと」が挙げられている。確かに、抵触規定の制定主体が国家であれヨーロッパ連合であれ、裁判所が負うべき職務の内容において違いがあるとは言いが得ない。しかし、「外国法の適用」という表現は同じでも、法廷地法と法系上近い関係にある外国法と、法系を異にしかつ違う言語で書かれた他国法の適用とは、裁判所が負うべき職務の内容において違いがあり得る。

三 第三段落では、「ヨーロッパ牴触法のもとでは、外国法の適用によって蒙る不利益を自ら除去する権利と法廷地法の適用で満足する権利、これらが法的紛争の当事者に認められなければならない」と指摘される。この指摘は、「法廷地法」（ヨーロッパ連合の実質法）と外国法のうちのどちらかを選ぶ牴触法上の権利が当事者に付与されることを意味する。先に確認された（前章参照）ヨーロッパ連合法における「当事者自治（準拠法選択）」の部分的採用の前提にこのような見方があったことに間違いはない。ヨーロッパ連合では、加盟諸国間で実質法を統一する技法がすでに用意されている（必要な場合、加盟諸国で適用されている民事法分野の手續に関する諸規定の合致を促進することを通じて、民事手續の審理についての障害を除去するための措置を講じてよい）旨を規定する、ヨーロッパ連合機能条約第八一条第二項（号）。しかし、フレスナー教授自身は、「法廷地において外国法の適用を選択肢のひとつとしかみていない加盟諸国からの強い政治的抵抗が予見される」ため、「ヨーロッパ連合がこの権限を行使できるように将来に訪れるようにはみえない」と推測する。第四段落では、ヨーロッパ連合条約法上、どの法を適用するかを牴触法的選択権が当事者に与えられるようにするために、どのような方法があるかが検討される。フレスナー教授はそのための手段として「法比較」の効用に言及する。しかし、「法比較」の具体的な思考過程がここでも明確に示されていないため、「法比較の存在意義」がいくら強調されていても、法廷地法の適用結果と外国法の適用結果との間に生じ得る差をどのように克服できるのかという問いに対する解決策を見出すことはできない。

それでは、フレスナー教授の場合、どのように行動すれば「法比較」の効用を活かすことができるのだろうか。この問いには大きな意味があるはずであるが、教授はこの問いに答えず、誰が「法比較」の効用を活かすのかという別の視点に関心を移していた。「ヨーロッパ連合がこれまでに管轄権規定と牴触法を定めることで外国法を適用する責

任を引き受けてきた状況を考慮すると、ヨーロッパ連合は、種々の利益を慎重に考慮したうえで、ヨーロッパ連合の法体系を公正に運用できるような能力をヨーロッパの法律家に付けさせるべく、さらに新たな一步をも踏み出さなければならぬ」とする文章では、ヨーロッパの法律家が備えるべき能力に触れられている。この点が強調されるのは、ヨーロッパの「法律家は可能な限り外国法にも習熟していなければならないし、少なくとも、習熟するよう努める必要がある」こと、「学問研究や講義において法比較が占める比率を一定程度確保する」「ため、十分に整備された図書館を含め、アクセスの容易な情報源が整備されていなければならない」こと、これらが考慮されているからである。その背景には、ヨーロッパにおいて、「法規範の整備が進められれば進められるほど、法比較の知識を求める需要はますます大きいものとなり」、それに見合うよう、「法律家は……自己の行動を決定するために法比較を準備するようにな」という状況分析がある。教授が「ヨーロッパ法域では、実務上不可欠の『万人のための法比較』こそが必要とされている」と述べて、「法比較」の重要性を再度指摘するのもこのために他ならない。

四 それならば、以上の内容をどのように整理することができるか。ヨーロッパ連合法が取り上げられたのは、前節で触れられたように、(軋触法、国際手続法と並んで)統一法の領域でも、当事者の自由な意思決定が考慮される点に着目されたためであろう。

第一段落では、国家法からヨーロッパ連合法へと舞台が変わっても、軋触規定の法構造は維持されるため、双方的軋触規定の枠内で行われる法比較の意義にも変わりがないことが指摘される。次いで、教授は、国家法の影響力と条約法の影響力との相違に触れ、両者の「違いは、ヨーロッパ軋触法が裁判所からみてまったく異質な、外国法の適用を

受訴裁判所に要求するという点に現れている」と述べる。その趣旨は「異質な法の適用」が「法廷地法の適用に比して……割高につく」という点にある。法廷地法と法系上近い関係にある外国法の適用とそうではない外国法の適用とを対比すると、裁判所の職務内容には質量とも違いがあり得る。第三段落では、「ヨーロッパ抵触法のもとでは、外国法の適用によって蒙る不利益を自ら除去する権利と法廷地法の適用で満足する権利、これらが法的紛争の当事者に認められなければならない」旨、主張される。この主張は、先に確認されたヨーロッパ連合法における「当事者自治（準拠法選択）」の採用に帰着する。

ヨーロッパ連合機能条約では、前述のように、加盟諸国間で実質法を統一する可能性が用意されているが、実際には政治的事情から加盟諸国の抵抗が予想されるため、教授は、代案として「法比較」の活用を提案する。彼の関心は、「ヨーロッパ連合の法体系を公正に運用できるような能力をヨーロッパの法律家に付けさせる」ことに置かれている。それは、ヨーロッパ連合の立法機関が主体的に法規範の整備を進めれば進めるほど、法比較の知識が一層必要となり、将来そのような職に就こうとする者がみずからの商品価値向上を目指して「法比較」の知識と技能を習得する準備を始めることが見込まれるため、「万人のための法比較」が必要と考えられたからである。教授が、ヨーロッパの「法律家は可能な限り外国法にも習熟していなければならないし、少なくとも、習熟するよう努める必要がある」と考え、「学問研究や講義において法比較が占める比率を一定程度確保する」「ためには、十分に整備された図書館を含め、アクセスの容易な情報源が整備されていなければならない」と主張するのは、このような事情による。

(3) 「C 新しい法比較」

一 最後の節、「C 新しい法比較」は、以下のように述べられている。

①さらに、法比較と牴触法との関係を変更する第三の観点がある——この観点は法比較それ自体に由来するものである。法比較によって、ひとつの新しい活動形式が発展することとなった。学術研究活動という意味での法比較は伝統的にひとりひとりの学者の研究という形を採っており、彼らの研究の成果はそれぞれが取り上げた個別テーマの研究書として結実している。しかしながら、この二〇年ないし三〇年来の特徴的な活動としてグループ研究がみられるようになってきた。グループ研究の目的は、一方では、一定の主張を有する勧告的意見や綱領、さらには特定の法領域全般に亘る体系的なルール作りを共同で行うことにあり、他方では、そのことを通じて全ヨーロッパ的規模で、ひいては全世界的な規模での共同成果を具体的に示したり、そうするよう仕向けたりすることにある。その先駆けはヨーロッパ契約法基本原則を作成した有名なランドロー委員会である。これに続いて、ローマの私法統一国際協会 (UNIDROIT) によるユニドロワ国際商事契約原則が公表された。その後公表されたのが「ヨーロッパ共通枠組会議草案 (DCEC)」である。ヘルムート・コツィオルが主導する「ヨーロッパ不法行為法保険法センター」が行ったヨーロッパ不法行為責任法原則のプロジェクトが示すように、ヴァイン大学もこうしたグループ研究にとって重要な機関となっている。最近の動きとしては、ヴァイン大学に設置されたヨーロッパ法研究所が挙げられる。この研究所は、私法に限らず、刑法や公法をも含め、それゆえ、すべての法分野に亘ってグループ研究を推進してきた。国際連合国際商取引法委員会 (UNCITRAL) も、ヴァインの地で、モデル法と立法政策の手引きを作成してきた。

②これらのグループ研究が行う法比較には、いくつもの特徴がある。まず、参加メンバーの出身地が法秩序を異にする多くの国にまたがっている。参加メンバーは出身国の法体系に関する情報を相互に交換し合い、概してラフな第一次案を作成する。このような知識の集積によって多少とも共通分母が広がるため、共通性を有するルールの策定が容易になる。そして、最後に、法案が完成して出版される。これらの法案には、多くの場合、各法秩序が法案と合致しているか否か、どのように合致してい

るか、明らかに合致していないのはどこかといった諸点に関する詳しい記述を含め、しかるべき説明が付加されている。

③この種の法案には、いつもながら、共通の法見解という基盤を国際的法意識へ高めようとする傾向、言い換えれば、さまざまな法見解の濫立を回避しようとする傾向がみられる。国家法として併存する諸国の^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴^㊵^㊶^㊷^㊸^㊹^㊺^㊻^㊼^㊽^㊾^㊿^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴^㊵^㊶^㊷^㊸^㊹^㊺^㊻^㊼^㊽^㊾^㊿^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴^㊵^㊶^㊷^㊸^㊹^㊺^㊻^㊼^㊽^㊾^㊿^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴^㊵^㊶^㊷^㊸^㊹^㊺^㊻^㊼^㊽^㊾^㊿^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴^㊵^㊶^㊷^㊸^㊹^㊺^㊻^㊼^㊽^㊾^㊿^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴^㊵^㊶^㊷^㊸^㊹^㊺^㊻^㊼^㊽^㊾^㊿^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴^㊵^㊶^㊷^㊸^㊹^㊺^㊻^㊼^㊽^㊾^㊿^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴^㊵^㊶^㊷^㊸^㊹^㊺^㊻^㊼^㊽^㊾^㊿^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴⋯

④これらの法案が十分に活用されるものであるという事実が示しているように、新しい法比較が生み出した成果から、^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦^⑧^⑨^⑩^⑪^⑫^⑬^⑭^⑮^⑯^⑰^⑱^⑲^⑳^㉑^㉒^㉓^㉔^㉕^㉖^㉗^㉘^㉙^㉚^㉛^㉜^㉝^㉞^㉟^㊱^㊲^㊳^㊴⋯

⑤^①^②^③^④^⑤^⑥^⑦⋯

とで現れるさまざまな変形と位置付けられているようにみえる。たとえば、アメリカ合衆国やカナダの英語圏地域でも事情は同様であり、多少その程度が弱いとしても、こうした事情はコモン・ローに属する領域のすべてにあてはまる。アメリカの国際私法学説において、より良い法という思考が広まっているのもこうした事情による。抵触法は、抽象的文言で表現された指定規定を用いて、関連する法秩序中のどれかに当該法律関係を「服せしめる」という型通りの試みで満足するというよりもむしろ、裁判所が、関連する複数の法秩序に現れた多くの解決策のうち、それらに共通の法文化に照らして理性的かつ有意義で、しかも適切なものを選ぶように手助けしたり提案したりすべき分野であるといえよう。

⑥このような思考方法はながらくヨーロッパにはみられなかった。今日、ヨーロッパでは、むしろこれとは逆に、準拠法とその他の法とを明確に区別する方法、すなわち、個別具体的事案で適用できるようにいわば「絞り込む」方法、つまり、抽象的な指定規定を設けるという方法が採用されている。これに対して、ヨーロッパのグループ研究で考えられてきた新しい法案では、単一の共通法文化圏が構想されている。こうみると、二つの活動はまったく正反対の方向に向かっているようにみえる。しかし、外国法を適用するように抵触法が裁判所に求めている場合でも、抵触法だけで準拠法を完全に絞り込むことはできないことが確認されなければならない。というのは、準拠法がその本来の所属国では十分な法制度のもとで維持され、大切に取られ扱われているとしても、準拠法に習熟していない外国裁判所では、必然的に、準拠法がその本国で得られる完全な姿とは別物となりかねないからである。こうみると、事案が外国の法廷に係属する場合、準拠法はどのみち純粹なかたちで解釈適用されず、むしろ、準拠法と法廷地法とが混ざり合った混合法に変形されざるを得ないこととなる。混合法を適用する場合、理性的にみると、左右に目を向けるように、近い関係にあるその他の法秩序をみたり過去の法に目配りしたりして、法廷地法における解決策と、当初から問題とされていた他の複数の法秩序における解決策を併せ考慮する必要がある。その場合、ヨーロッパの複数の法案も、正当な補助資料として、考慮されよう。というのは、新しいヨーロッパ抵触法のもとで外国法が適用される場合、どの法案も、あたかも鎮痛剤のように、新しいヨーロッパ抵触法のもとで生じ得る難問を解決する効果を持ち得るからである。³⁵⁾

二 (1) この節は六つの段落から成る。第一段落では、「法比較と牴触法との関係を変更する第三の観点」として、グループ研究の進展が挙げられている。グループ研究の目的は、「一定の主張を有する勧告的意見や綱領、さらには特定の法領域全般に亘る体系的なルール作りを共同して行うこと」、「そのことを通じて全ヨーロッパ的規模で、ひいては全世界的な規模での共同成果を具体的に示したり、そうするよう仕向けたりすることにある」。「法比較」研究を正確かつ迅速に行うためには、伝統的に行われてきた個人研究に代えて、各国を代表する研究者を網羅したグループ研究が必要となる。「この二〇年ないし三〇年来の特徴的な活動としてグループ研究がみられるようになってきた」理由はこのような社会的背景に求められている。第二段落では、グループ研究の特徴として、「メンバーの出身地が法秩序を異にする多くの国にまたがっている」こと、「メンバーは出身国の法体系に関する情報を相互に交換し合い、概してラフな第一次案を作成すること」、「このような知識の集積によって多少とも共通分母が広がるため、共通性を有するルールの策定が容易になる」こと、「法案が完成して出版される」こと、「これらの法案には、多くの場合、各法秩序が法案と合致しているか否か、どのように合致しているか、明らかに合致していないのはどこかといった諸点に関する詳しい記述を含め、しかるべき説明が付加されている」こと、これらが挙げられている。

(2) 第三段落では、グループ研究には、「さまざまな法見解の濫立を回避」するため、共通の法見解という基盤を国際的法意識へ高めようとする傾向があるため、どの国家法も「これらの法案から、多くの利点を学ぶことができる」旨、述べられる。ここでは、各国の実務家が「法案の解説や国別報告書にみられる個々の法秩序についての情報」から、個々の法律問題が単位法律関係概念の解釈上どのように性質決定されるか、「内国公序による外国法の適用制限」の限界、国家法間での相違を調整する方法等に関する参考指針を得られることも指摘される。第四段落で

は、実際にも、「これらの法案が十分に活用され」、諸国の¹ 抵觸法は「グループによる法比較研究が生み出した成果から……有益な情報と教訓を得ることができ」、「² 抵觸法の基本問題を改めて見直す契機となっている」ことにも触れられる。

三 第五段落では、³ 抵觸法の構造の確認に続けて、「どの法域も地域的に分割されたそれぞれの立法により統治されているが、法律家の意識では、逆に、どの法域も法文化からみると統一性を保ち、各法秩序におけるそれぞれの解決策は、あたかも言語における方言のように、ひとつのテーマのもとで現れるさまざまな変形と位置付けられているようにみえる」ことが指摘される。この指摘は、まずは、前述のような法系上の近接性を念頭に置いたものとみることができよう。教授は、このような法秩序間の類似性に着目し、「アメリカの国際私法学説において、より良い法という思考が広まっているのもこうした事情による」と説明する。「⁴ 抵觸法は、抽象的文言で表現された指定規定を用いて、関連する法秩序中のどれかに当該法律関係を『服せしめる』という型通りの試みで満足する」概念法学ではなく、「⁵ 裁判所が、関連する複数の法秩序に現れた多くの解決策のうち、それらに共通の法文化に照らして理性的かつ有意義で、しかも適切なものを選べるように手助けしたり提案したりすべき分野である」と説明されるのも、こうした認識による。

第六段落では、「より良い法という思考」方法がみられなかった「ヨーロッパでは、これとは逆に、⁶ 準拠法とその他の法とを明確に区別する方法、すなわち、個別具体的事案で適用できるようにいわば『絞り込む』方法」、⁷ 準拠法決定のために「抽象的な指定規定を設けるという方法が採用されている」という現状の確認に加え、「ヨーロッパの

グループ研究で考えられてきた新しい法案では、単一の共通法文化圏が構想されている」と述べて、グループ研究の特徴が「単一の共通法文化圏」に基づく「統一法」による規律を志向している点が確認される。

フレスナー教授は、「より良い法という思考」方法と「単一の共通法文化圏」を前提とする統一法的規律方法、これら「二つの活動はまったく正反対の方向に向かっているようにみえる」としても、実際はそうではないとする。そのように考える理由を彼は次のように述べている。すなわち、準拠法として指定された外国法は必ずしもそのままの形で適用されていない。「準拠法がその本来の所属国において十分な法制度のもとで維持され、大切に取扱われているとしても、準拠法に習熟していない外国裁判所では、必然的に」、「準拠法はどのみち純粹なかたちで解釈適用されず、むしろ、準拠法と法廷地法とが混ざり合った混合法に変形されざるを得ない」と。

フレスナー教授は、混合法への変形、つまり、準拠外国法と法廷地法との接近を「単一の共通法文化圏」への入口と考えているのだろうか。彼は、「混合法を適用する場合、理性的にみると、左右に目を向けるように、近い関係にあるその他の法秩序をみたり過去の法に目配りしたりして、法廷地法における解決策と、当初から問題とされていた他の複数の法秩序における解決策を併せ考慮する必要がある」と述べる。その趣旨は、準拠法と法廷地法だけでなく、「ヨーロッパの複数の法案も、正当な補助資料として、考慮され」ることで、「法比較」の成果を活かした包括的な秩序が混合法のの名のもとに適用されるという点にあるのかもしれない。

フレスナー教授のこのような主張は、諸国司法の全面的な協力が得られる場合には、国家法間にみられる分裂を解消するための一方策となり得よう。しかし、ここでも、国際私法分野における伝統的理解との整合性の有無が確認されなければならないであろう。というのは、国際私法では、外国法は、それが当該国の裁判所が適用するのと同じよ

うに、適用されなければならないとする説明が繰り返して行われてきたはずだからである。現に実在する外国法をそのまま適用するという前提を否定するのであれば、このような混合法という概念は認められないことであろう。むしろ、外国法の内容をそのまま受け入れて解釈し適用する場合であっても、外国法の解釈過程において、他国の学説等、複数の選択肢が現れるときは「法比較」が行われる余地がある。

四 それならば、この節の内容をどのように整理することができるか。第一段落では、「法比較と抵触法との関係を変更する第三の観点」として、グループ研究が挙げられていた。グループ研究の目的が、全ヨーロッパ的、ひいては全世界的な規模で、勧告的意見や綱領、さらには特定の法領域全般に亘る体系的なルールの共同策定にあるとみると、この種の活動を正確かつ迅速に行う上で、各国を代表する研究者を組織したグループ研究が効果的であると異論はない。第二段落では、「法比較」分野におけるグループ研究の特徴が列挙されていた。法秩序を異にする多くの国から参加したメンバーが出身国の法体系に関する情報を交換し合いながら統一法案を作成することで、諸国法制間の異同が明らかになり、統一法採用のための共通基盤が形成されるという点がそうである。第三段落では、統一法案の解説や国別報告書から、個々の法律問題が単位法律関係概念の解釈上どのように性質決定されるか、外国法の適用結果が内国公序によってどのように制限されているか等の解釈に関する異同が明らかになり、国家法間での相違を調整する方法等に関する参考指針も得られることが指摘されていた。第四段落では、実際にも、「これらの法案が十分に活用され」、「グループによる法比較研究が生み出した成果から、抵触法は、有益な情報と教訓を得ることができ」ており、「抵触法の基本問題を改めて見直す契機となっている」ことにも触れられていた。

第五段落では、国民国家制のもとで国家法が併存していても、法比較の結果、特に法系上近い関係にある諸法の場合、法文化の面では統一性を保ち、各法秩序におけるそれぞれの解決策は、あたかも言語における方言のように、ひとつのテーマのもとで現れるさまざまな変形と位置付けられているようにみえる点が指摘されていた。特に、アメリカの「より良い法」という思考が普及した背景にこうした事情があることも説明されていた。第六段落では、概念法学の影響を受けて、「牴触法」が、抽象的文言で表現された指定規定を用いて、関連する法秩序中のいずれかに当該法律関係を「服せしめる」分野と考えられてきたヨーロッパでも、グループ研究を通じて、法文化的統一性が確認されるようになる、「牴触法」を「裁判所が、関連する複数の法秩序に現れた多くの解決策のうち、それらに共通の法文化に照らして理性的かつ有意義で、しかも適切なものを選ぶように手助けしたり提案したりすべき分野」とみることができるようになり、「単一の共通法文化圏」に基づく「統一法」による規律という方法が生まれることも指摘されていた。フレスナー教授は、アメリカ法における「より良い法」という思考」方法とヨーロッパにおける「単一の共通法文化圏」を前提とする統一法的規律方法、これら二つの活動を止揚する方法として混合法の適用を挙げている。それは、準拠外国法と法廷地法とが混ざり合った混合法に変形される過程を通じて、準拠外国法と法廷地法とが接近し、「単一の共通法文化圏」への入口が開かれると考えられているためであろう。

一 第四章「IV 展望」は、以下のようにまとめられている。

① 準拠法選択の自由が国際的規模で認められるようになったこと、国家法から地域全体を対象としたヨーロッパ法化への動きがみられること、それに、グループ研究によって法案が作られるようになったこと、これら三つの特徴によって、法比較と抵触法との関係が変わってきたことは、法比較からみて、も抵触法からみても、新しい展望が開けることを意味しよう。

② 国際的にみると、法的解決策の提案でも立法でも、法比較の有用性はますます強まっているに違いない。それゆえ、法比較は、法律問題を扱う実務家をも同時に満足させるようなものでなければならぬ。実務家は、選択の対象となる複数の実質法に関して、これまでより、もつとずつと簡単な方法で多くの知識を得る能力を必要としている。複数のグループ研究が完成した法案があるため、こうしたニーズは確かに部分的には満たされている。それでも、ヨーロッパでは今後も、ヨーロッパ連合自身が、自己の資金と組織を活用し、法的ニーズを有する法律家がヨーロッパ連合の管轄権と抵触法に関する法体系を慎重かつ有効に活用できるように配慮しなければならないであろう。

③ それならば、涉外実務にとって、法比較はどのような意味を持つのだろうか。この点について考えようとするれば、われわれは、法律学の学修において法比較がどのような地位を占め、どのような内容を有するかという点を検討せざるを得ないであろう。すべての学生が基本科目を学修する段階ですでに国際的な法律問題と取り組まなければならないという点は、教育の本来的要請でもある。しかし、法比較の学修という点では、弱点もある。それは、多くの大学で、法比較が今なお特殊な科目とみなされており、全員が履修するわけではないからである。最近、ドイツ国際法学会が、ドイツ語圏諸大学の法学部を対象として、国際法、ヨーロッパ法、国際私法および法比較、これら四科目の講義時間数と教授スタッフに関するアンケートを行った結果、法比較だけが削減の対象とされていたことが、そして、オーストリアの方がスイスとドイツにおける状況よりもまだマシであることが明らかになった。ここでは、法比較が一般的な教養科目でしかなく、すぐに役立つような具体的内容を提供

できていないという理由で、学生たちが法比較にさほど関心を示していないという点も報告されている。

④このアンケート結果には、大学で講義を担当する法比較学者が真剣に反省しなければならない内容が含まれている。法比較学者は、これまで、基本科目を学修するにあたり必要な知識を得られるようなものとして、法比較の講義内容を考えていた。この内容を実行するためには、具体的に目に見えるような、しかも、実務に役立つような内容が法比較の講義で提供されなければならない。しかも、学生が学ぶ素材には、時として、外国の資料（法律、判例、学術文献）も含まなければならない。このこと自体は国内法の学修と変わらないが、外国語の知識をどれだけ備えているかに応じて、外国の資料を利用できる範囲も異なり得る。しかも、ヨーロッパ諸大学の法学部における法律学の学修には、必修科目たる外国語の履修（読解力の習得を最少目標とする）も含まれている。たとえば、フランス語を知る者は、フランス破毀院の裁判や法律雑誌『*Dalloz Sirey*』に掲載される判例評釈を探し出して読み込み、理解することができるだけでなく、そこに記載された一連の法規、裁判例および学術文献を用いてフランスの法状況を調査することができる。英語を知る者は、連合王国最高裁判所の判決で五人の裁判官が述べた意見から、当該裁判の判決理由を調査できるし、また、イタリア語を知る者は、『*Massimario*』（イタリア最高裁判例集）を利用して判例を分類したり、イタリア語で書かれたスイス連邦最高裁判所の裁判を理解したりすることができる。以上を纏めると、法学部における法比較の講義は、法の世界においてなぜ種々の違いが生まれるのかを学生に伝え、納得させることで終わらせるのではなく、外国語の法源や原典を用いて何度も練習を繰り返し、学生が独力で外国の資料を使いこなせるような能力の修得を目指すものへと改められなければならないことが分かる。法比較の講義が開設されている法学部は確かにいくつもあるし、法比較に関する学修用教材も存在するが、それでも、遺憾ながら、ここに述べたようなやり方を内容とする法比較教育はいまだ一般化していないようにみえる。

⑤法学部で講義される法比較の現状をみると、このように、目標の達成までははるかに遠く、とうてい展望できる状況にはないことが分かる。これに対し、国際私法・国際訴訟法は、法比較が抱えているこのような問題を抱えていない。国際私法・国際訴訟法の場合、教師はいつでも、裁判例と鑑定実務——関連する素材を見つけ、実際に手に入れることを含む——を用いて興味を呼ぶ具体例を学生に提供することができるし、学生が自力で問題事案を解決できるように導くこともできる。むしろ、法比較分野におけるいくつもの発展の跡を辿ってみると、そのいずれもが法比較分野における基本的な概念の理解と結び付いていることが分かる。当事者自治の興隆を理論的に支えること、国家法のレヴェルからヨーロッパ連合法のレヴェルへと法比較

法の内容を転換すること、こうした方向に向けての共同討議はすでに始まっている。しかし、国際私法分野の成果をみると、国際私法が全体として、法比較という観点からまとめ上げられた複数の新しい法案とどのように関連しているかという点はまだ十分に意識されていない。どの法案も、一方で、統一された連合法を創り出そうという野心を示しながら、それと同時に、他方で、指定規定を用いて準拠法をひとつに絞り込むことで最初は念頭にあった他の複数の法を段階的に消し去る (fade-out) という希望まで弱めてしまっている。現在の国際私法は、遺憾ながら、いまだ伝統的な理解のもとにとどまっているようにみえる。以上に述べたことがさらに発展させられるならば、小稿のテーマの枠を超えて、「新たなステージ」へと移ることができよう。³⁷⁾

二 (1) この章は、五つの段落から構成されている。第一段落では、「当事者意思」を連結点とする規定の増加に伴って「法比較」が行われる局面が増えたこと、ヨーロッパ連合³⁸⁾の登場によって「法比較」の対象にヨーロッパ法が加わったこと、グループ研究による蓄積を経て「法比較」の素材が飛躍的に増大したこと、これら三つの特徴によって、法比較と³⁹⁾牴触法との関係が変わってきたこと⁴⁰⁾で「法比較からみても⁴¹⁾牴触法からみても、新しい展望が開けることを意味」すること、これらが指摘される。「新しい展望」とは、結局、「牴触法」に不可避の法選択の場面で「法比較」の機会が拡大したことを表すものと考えられる。

このような視点から、教授は第二段落においてこれまでの「法比較」が抱えていた問題点を指摘する。すなわち、「国際的にみると、法的解決策の提案でも立法でも、法比較の有用性はますます強まって」おり、そうした需要に添えるべく、「法比較は、法律問題を扱う実務家をも同時に満足させるようなものでなければならぬ」。つまり、「実務家は、選択の対象となる複数の実質法に関して、これまでよりもっと簡単な方法でもっと多くの知識を得る能力を必要としている」。それなのに、これまでの「法比較」が実務家の需要を満たすものではなかった、と。

第三段落では、渉外実務にとつて「法比較」がどのような意味を持つかという別の論点が挙げられている。それについて、教授は、この問いには答えず、「法律学、法学の学修において法比較がどのような地位を占め、どのような内容を有するかという点を検討せざるを得ない」と述べて、「法比較」に関する渉外実務の需要とそうした需要に應えるべき法学教育（法律学、学修）において法比較がどのような地位を占め、どのような内容を有するかという点との落差に目を向け、現状は、「法比較の学修という点では、弱点もある」と主張する。

教授は、右の主張の根拠として、「法比較が一般的な教養科目でしかなく、すぐに役立つような具体的内容を提供できていない」ため、「学生たちが法比較にさほど関心を示していない」点を挙げ、その背景に、「法比較」教育担当者がこの講義科目の実用性を考慮していないという状況があることを指摘する。「法比較が一般的な教養科目」と考えられた理由については、「法比較学者は、これまで、基本科目を学修するにあたり必要な知識を得られるようなものとして、法比較の講義内容を考えていた」（「法比較」が実定法諸科目を学修する上で参考になるような入門科目として位置付けられていた）という認識が挙げられている。ドイツ語圏諸大学の法学部を対象としたドイツ国際法学会のアンケート調査結果では、「国際法」、「ヨーロッパ法」、「国際私法」および「法比較」のうち、「法比較」の講義時間数だけが削減されていた点への言及も、このような「法比較」教育の現状に対する否定的評価の表れとみられよう。

(2) それでは、「法比較」の講義内容をどのように変えれば、渉外実務の需要に応じられるのだろうか。フレスナー教授は、「法学部における法比較の講義は、法の世界においてなぜ種々の違いが生まれるのかを学生に伝え、納得させることで終わらせるのではなく、外国語の法源や原典を用いて何度も練習を繰り返し、学生が独力で外国の資料を使いこなせるような能力の修得を目指すものへと改められなければならない」ず、「学生が学ぶ素材には……外国の

資料（法律、判例、學術文献）も含まなければならない」旨を提案する。このように考える今ひとつの事情として、彼は、「法比較」と対比される「牴触法」の現状認識を挙げている。というのは、「国際私法・国際訴訟法の場合、教師はいつでも、裁判例と鑑定実務——関連する素材を見つけ、実際に手に入れることを含む——を用いて興味を呼ぶ具体例を学生に提供することができるし、また、学生が自力で問題事案を解決できるように導くこともできる」ため、「国際私法・国際訴訟法は、法比較が抱えているこのような問題を抱えていない」と彼が考えていたからである。

最後に全体のまとめが行われる。まず、「牴触法」の分野では、「当事者自治の興隆を理論的に支えること、国家法のレヴェルからヨーロッパ連合法のレヴェルへと牴触法の内容を転換すること、こうした方向に向けての共同討議はすでに始まっている」ことが確認され、現下の課題が指摘される。すなわち、現在の国際私法と、法比較という観点からまとめ上げられた複数の新しい法案（統一法案）とがどのように関連しているかという点がまだ十分に意識されていないという点がそうである。彼がこのように考えた背景には、一方で、どの法案もヨーロッパ連合法という統一法の形成を目指しながら、他方で、指定規定を用いて準拠法をひとつに絞り込むことで、最初は念頭にあった他の複数の法の適用可能性を段階的に消し去るという希望を弱め、準拠法選択というかたちで複数の法を残してしまっているという認識がある。「現在の国際私法は、遺憾ながら、いまだ伝統的な理解のもとにとどまっているように見える」と評価するフレスナー教授は、加盟諸国の法制を「比較」することを通じて、相違点を調整し、統一法を形成することで加盟諸国間での法律牴触を減少させることを意図する。彼のこうした理解からみると、ヨーロッパ牴触法に当事者自治を導入し、適用可能な法を複数認めることは、法の統一に逆行することになる。このようにみると、両者の関係をどのように調整するかという課題を避けて通ることができないであろう。

三 それならば、この章の内容をどのように整理することができるか。第一段落では、準拠法選択の自由が国際的規模で認められるようになったこと、国家法から統一法（ヨーロッパ連合法）への動きがみられること、それに、グループ研究によって法案が作られるようになったこと、これら三つの特徴によって、法比較と抵触法との関係が変わってきたことが確認される。両者の関係の変化を示す新しい展望として、「当事者意思」を連結点とする規定の増加に伴って「法比較」が行われる局面が増えたこと、ヨーロッパ連合抵触法の登場によって「法比較」の対象にヨーロッパ法が加わったこと、グループ研究による蓄積を経て「法比較」の素材と研究成果が飛躍的に増大したこと、これらが指摘される。第二段落では、国際的にみると、法的解決策の提案でも立法でも、法比較の有用性が強まっていること、そうした需要に応えて、「法比較は、法律問題を扱う実務家をも同時に満足させるようなものでなければならぬ」ということ、これらが指摘される。「法学部における法比較の講義は、法の世界においてなぜ種々の違いが生まれるのかを伝え、納得させることで終わらせるのではなく、外国語の法源や原典を用いて何度も練習を繰り返して、学生が自力で外国の資料を使いこなせるような能力の修得を目指すものへと改められなければならない」¹と、学生が学ぶ素材には……外国の資料（法律、判例、学術文献）も含まなければならない²と考える彼は、「国際私法・国際訴訟法の場合、教師はいつでも……学生が自力で問題事案を解決できるように導くこともできる」³の、「法比較」の担当者が、実用性を考慮せず、基本科目の学修上必要十分な知識を得られるようなものに講義内容をとどめていた点を疑問視する。

最後に、全体のまとめとして、「抵触法」では、「当事者自治の興隆を理論的に支えること、国家法のレヴェルからヨーロッパ連合法のレヴェルへと抵触法の内容を転換すること、こうした方向に向けての共同討議はすでに始まって

いる」こと、これらが確認される。次いで、現下の課題として、どの法案も、一方では統一法の形成（法の分裂の回避）を目指しているながら、他方では準拠法選択というかたちで複数の法を残しているため、現在の国際私法と、法比較という観点からまとめ上げられた複数の新しい法案（統一法案）とをどのように関連付けるかという点がまだ十分に意識されていない点が強調されていた。それは、加盟諸国の法制を「比較」することを通じて相違点を調整し、また統一法を形成すれば、加盟諸国間での法律抵触が減少するはずであるが、適用可能な法の併存を認め、当事者自治を採用することは、法の統一に逆行することとなるため、両者の関係をどのように調整するかという課題を避けて通ることができないからである。

三 総括的評価

一 小稿ではフレスナー教授の論説を素材として、国際私法と比較法との関係如何に関する先の研究を補完することが試みられた。長文に亘った引用を含め、同論文における主張を改めて要約すれば、以下のようになる。

(1) 「I はじめに」では、「抵触法における法比較の意味」は何かという問題が提起された。「II 抵触法と法比較の関係に関する従来を理解」では、抵触法と法比較との密接な関係が旧くから繰り返し取り上げられていた点が確認されるとともに、「方法としての法比較」説に立つカーンの見解とこの見解が及ぼした影響が紹介されていた。そこでは、ラーベルが法比較を基礎に『The Conflict of Laws』を完成させたこと、ラーベルの影響が後世にも及んでいること、ドイツ語圏では法比較が国際私法の不可避の伴走者である点が強調されていること等が指摘されていた。ま

た、「牴触法」の立法過程にみられる「法比較」について説明が加えられ、牴触規定の立法過程における「法比較」と牴触規定の解釈・適用過程における「法比較」との相違にも言及されていた。そこでは、「法比較」が単位法律関係概念の解釈に関わる性質決定問題、連結点の解釈問題、公序条項や介入規定の適用、消費者契約や国際労働法の分野における有利性の比較や択一連結等と関わることも触れられていた。さらに、準拠法決定過程に「選択」プロセスが内包（一体化）されているため「法比較」が不可欠であること、その際、法廷地法との対比過程が考慮されるという意味で、準拠法選定段階で「自国本位的傾向」への誘因があり得ること等も指摘されていた。

(2) 「Ⅲ 新たな特色」の第一節「当事者自治と準拠法選択」では、涉外契約について最も広く承認されてきた連結点（当事者自治（準拠法選択）が、法源の点でヨーロッパ連合法に、単位法律関係の点で契約以外の分野に拡大されたことが指摘された。当事者が自由意思で連結点の内容を操作できる場合も、「間接的な準拠法選択」という表現でそこに含まれた（「当事者自治」概念の拡張）うえ、当事者の自由意思が尊重される分野として国際手続法と統一法も追加されていた。教授は、牴触法を含む三分野を通覧して、①生活の国際化やグローバル化を通して自由意思が一層尊重されるようになったため、選択の自由が国際私法立法上の原則として定着したこと、②国際的に活動する法主体の需要（法的安定性の確保および多様な法の適切な活用）を満たすために準拠法選択が是認されたこと、③当事者自治推進論を支える思想的背景が啓蒙主義哲学（私法の中核的思想）にあったこと、④「当事者自治」の正当性を補強する材料としてヨーロッパ連合諸条約の基本的自由が挙げられること、⑤「最近の動き」として、法の経済的分析が準拠法選択の自由を支える根拠に加えられたこと、⑥当事者自治は、客観的連結に関する諸原則を補充する立場から第一順位の連結原則へと高められ、実定法たる牴触法を補充的な地位へと追いやってしまったこと、これら六点を指摘され

る。それに続けて、「以上に述べたことは法比較とどのように関係しているのか」、そして「牴触法分野において準拠法選択の自由の比重が高まったことは、牴触法にとつての法比較の意義を、なぜ、そして、どのように変えたのか」という二つの問題が提起されるが、これらの問いに直接に答えることなく、「法比較」の役割如何へと論点が転換され、「法比較」の役割が「選択可能な複数の解決策、それらの特性、長所および短所、これらの情報を提供する」ことにある旨、指摘される。その後、彼は、国際私法は、法比較の助けを借りながら、「将来どのような立法が必要となり、法をどのように適用することが求められるかといった諸点に取り組みなければならない」と述べ、「当事者自治の役割が格段に重要となった現状に鑑みると、この点に新規性がある」と主張する。

(3) 牴触法および国際手続法に加え、統一法でも、当事者の自由な意思決定が考慮されている点に着目して、第二節「ヨーロッパ牴触法」では、国家法からヨーロッパ連合法へと舞台が変わっても、牴触規定の構造自体が維持されるため、準拠法選定過程で行われる法比較の意義に変わりがなく指摘される。次いで、法廷地法と法系に近い関係にある外国法の適用より、法系を異にしかつ違う言語で書かれた他国の法の適用が法廷地法の適用に比して手間がかかること、「こうした状況をみると、ヨーロッパ牴触法のもとでは、外国法の適用によって蒙る不利益を自ら除去する権利と法廷地法の適用で満足する権利」のどちらを準拠法とするかの選択権が紛争当事者に認められなければならないこと、これらが主張される。

ヨーロッパ連合機能条約には、加盟国間での実質法統一の可能性が規定されている（第八一条第二項f号）が、政治的事情から統一の試みはさほど進んでいない。教授は、統一法実現に向けた活動に代わる現実的な方策として、「法比較」の活用を提案する。「法比較」を実践するためには、その行為主体となるべきヨーロッパの法律家自身が「ヨ

ロッパ連合の法体系を公正に運用できるような能力」を体得していなければならない。というのは、「法比較」の知識を有する法律家が主体的に立法活動を担えば、実質法統一に近い機能を果たし得ると考えられるからである。彼らは、ヨーロッパの法律家が外国法にも習熟するためには、「万人のための法比較」が実施される必要があり、その一環として、「学問研究や講義において法比較が占める比率を一定程度確保する」べく、図書館等の情報源が整備されなければならない、と述べていた。

(4) 第三節「新しい法比較」では、「法比較と牴触法との関係を変更する第三の観点」として、グループ研究が挙げられていた。全ヨーロッパ的、ひいては全世界的な規模で、勧告的意見や綱領、さらには特定の法領域全般に亘る体系的ルールを策定する作業を正確かつ迅速に行う目的で各国の代表的研究者を網羅して組織されたグループの成果には、諸国法制間の異同に関する情報が明記され、統一法採用に向けた共通基盤が形成され、国家法間での相違を調整する方法等に関する参考指針が得られるという長所がある。ここでは、法系上近い関係にある法秩序間の相違は、それが言語における方言のように位置付けられるために、さほど強調されず、法文化面での統一性が重視されること、アメリカ法における「より良い法」という思考¹⁾方法とヨーロッパの統一法的規律方法(「単一の共通法文化圏」)は、対立軸ではなく、準拠外国法と法廷地法とが混ざり合った混合法に変形される過程を通じて、準拠外国法と法廷地法が接近し、「単一の共通法文化圏」への入口が開かれること等が指摘される。

(4) 第二章(過去)および第三章(現在)では、準拠法選択の自由が国際的規模で認められるようになったこと(「当事者意思」を連結点とする規定の増加に伴って「法比較」が行われる局面が増えたこと)、国家法から地域全体を対象としたヨーロッパ法化への動きがみられること(ヨーロッパ連合牴触法の登場によって「法比較」の対象にヨーロッパ法が加わった

こと)、グループ研究を通じて法案が作られるようになったこと(グループ研究による蓄積を経て「法比較」の素材が飛躍的に増大したこと)、これら三つの動きを通して、法比較と牴触法との関係が変化したことも指摘された。第四章(今後への展望)では、これら三つの事情によって、法比較からみても牴触法からみても、「新しい展望が開ける」ことが指摘されていた。「新しい展望」とは、「牴触法」に付随する選択の場面で「法比較」の機会が拡大し、法比較の有用性が増します強まっていること、そうした状況に因應するべく、「法比較」の講義も、独力で外国語の法源や原典資料を使いこなせるような能力を学生に付けさせるように改められなければならないこと、これらを指す。最後に、加盟諸国の法制を「比較」することで相違点を調整し、統一法を形成すれば法律牴触が減少するはずなのに、適用可能な複数の法の中での選択を当事者に認めることは、法の統一に逆行するため、両者の関係をどのように調整するかという課題が残される旨、指摘される。

二 それでは、フレスナー教授のこの論文をどのように評価することができるか。ここでは、以下の諸点が挙げられる。

(1) まず、同論文の表題、「牴触法における法比較の意味」という表現をどのように受け止めるべきか。この問いに答える上で、フレスナー教授が「意味」という言葉で何を考えていたかという点が解明されなければならない(むしろ、この点については、教授自身の説明を待たなければならない。)が、ここでは、同論文の結論ともみられ得る第四章「IV 展望」の内容を手掛かりに若干の論点を指摘しておこう。

まず、われわれは「牴触法」という言葉をどのように定義するべきなのだろうか。教授は「牴触法」を伝統的な意

味で捉えていた。国際私法を「関連する複数の法秩序に現れた多くの解決策のうち、それらに共通の法文化に照らして理性的かつ有意義で、しかも適切なものを選ぶように手助けしたり提案したりすべき分野」と定義する教授の説明もこのような理解を変えるものではない。他方で、教授は、「法比較」の役割を「選択可能な複数の解決策、それらの特性、長所および短所、これらの情報を提供する」と説明し、さらに、当事者自治と準拠法選択の拡大、ヨーロッパ抵触法、グループ研究、これら三点を「新たな特色」と述べていた。以上を総合すると、法比較には、「ヨーロッパの法律家に対し、抵触法の各分野で、選択可能な複数の解決策を提示し、それらに共通の法文化に照らして理性的で、有意義かつ適切なものを選ぶ際に必要な情報を提供し、また、そのような選定能力を付与する役割がある」という理解も、この「抵触法における法比較の意味」という表現に含まれていることが分かる。フレスナー教授のこのような認識の前提には、「法比較」の講義内容が涉外実務に対応したものとなっていない現状への批判的見方がある（この点は、基礎法学と総称される他の分野についても、それが実定法から乖離している場合、転用される余地がある。）。

(2) 困惑するのは、フレスナー教授の場合、「法比較」という言葉が、一方では「専門分野」として説明されながら、他方では「方法」という意味でも観念されていたという点である。前者の例としては、「いずれかひとつの法秩序に慣れ親しんでいると、その法とは『異質な』法秩序を不思議に思い、もつとよく知りたいという意欲が湧くことであろう。その結果として生まれたのが法比較という分野である」とする説明や「法比較と抵触法が互いに緊密な関係にあ(り)……通例、教授職も研究所もこれら二つの分野を纏めて担当して」いるとする説明、また「抵触法も比較法も、世界的規模で統一された唯一の私法は存在せず、多数の私法秩序が併存するという事実に基づいて生まれ、しかも、この事実を最も身近に受け止めている分野」という説明などが挙げられよう。⁽³⁸⁾ 後者の例としては、「方法と

しての法比較という表現に新規性はない」と述べるカーンの見解の引用や「外国法が適用されるときはつねに、法比較が行われている」という説明、また「法比較によって考慮を要する複数の法秩序を総合的にみることが可能となり、総合的にみること、実定抵触規定により準拠法に指定される特定の法秩序に対する見方とは多少とも異なる見方が得られる」という説明を挙げることができる。

このようにみると、フレスナー教授が、「法比較」という言葉を、「専門分野としての法比較」(狭義の概念①)と「方法としての法比較」(狭義の概念②)とに二分し、「法比較」(広義の概念)という上位概念を設ける立場を採っていたようにもみえる。しかし、このような段階的理解はそもそも可能なのだろうか。というのは、専門科目の場合、その学問体系の中に、対象・方法・目的の三位一体的理解に裏付けられた学問的方法論を示す基礎理論編(原論(Grundlagen))と基礎理論の応用を扱う実践編(Anwendungen)がともに含まれていなければならないと考えられるからである。そうすると、基礎理論編に含まれる「方法」と「方法としての法比較」にいう「方法」との異同が確認されなければならない。両者の内容に重なる部分があるとすると、「専門分野」という見方と「方法」という理解とは両立不能な説明とみられよう(むろん、この点についても、フレスナー教授の補足説明を待たなければならない)。

(3) しかし、これよりもっと大きい問題は、フレスナー教授の場合、「方法」という言葉の意味内容に関する説明がまったく行われていないという点にある。教授は、「法比較には、ヨーロッパの法律家に対し、抵触法の各分野で、選択可能な複数の解決策を提示し、それらに共通の法文化に照らして理性的で、有意義かつ適切なものを選ぶ際に必要な情報を提供し、また、そのような選定能力を付与する役割がある」と述べていた。ここでは、「選択」、「選定」、「選ぶ」、「共通」、「理性的」、「有意義」、「適切」、「必要」といった抽象的な言葉が頻繁に使われている。しか

し、これらの名詞、形容詞および動詞の意味内容が説明されていないため、その趣旨を正確に理解することができない。たとえば、「選択可能な複数の解決策」という言葉には、「複数の解決策」を見出す過程でそれらの異同確認過程が含まれているはずであるが、どのような基準を用いて異同を確認するのかという点が明らかではない。たとえば、大陸法系における消滅時効制度とアメリカ法における出訴期限制度とは、請求権行使阻害事由と訴権行使阻害事由という点で制度上の違いがあるが、法による満足を得られないという点で共通する。この場合、法の「機能」という表現で両者の共通性を優先させる理解もあれば、法の「制度」に着目して両者の相違点を強調する立場もあり得よう。こうみると、「法比較」の「方法」という表現だけでは、「方法」に関わる具体的な行為類型をまったく理解できないことが分かる。

(4) 他方、「専門分野」という言葉の意味についても、同種の疑問が生じ得る。教授は、この論文の冒頭部で、「抵觸法（国際私法）こそは、法比較との関わりが最も旧くかつ最も緊密な分野である」と述べていた。また、「抵觸法も比較法も、世界的規模で統一された唯一の私法は存在せず、多数の私法秩序が併存するという事実に基づいて生まれ、しかも、この事実を最も身近に受け止めている分野」とも記していた。「抵觸法と法比較との間に密接な関係があるか」という主題が旧くから繰り返し取り上げられてきた点が確認されていたのも、「法比較」を専門分野とみる点が考慮されていたためかと推測される。しかしながら、教授が考える「専門分野」としての「法比較」がどのような学問的体系を有するかという点についてはなら説明がない。こうみると、「法比較」がどのような意味で「専門分野」といえるのかという論点自体が教授自身の先決的課題とされなければならないであろう。

三 「抵触法」と「法比較」との関係如何という論点が国際私法でも比較法でも繰り返し問われてきた一因は、察するに、専門分野として広く定着している「抵触法」領域——ここでは、国際私法固有の「方法」が抵触法的規律というかたちで明示されている——との対比において、「法比較」が、大方の承認を得られるほどには、専門分野としての学問的体系をまだ備えていないという点にあるのではないかと考えられる。筆者はかつて、「法比較」の目的や対象との関係において「法比較」固有の「方法」(マニユアル)をどのようなかたちで示すことができるかという点との関連で、「関係」という言葉の二義性(「状態」に着目した静態的把握と「影響」からみた動態的把握)に言及したことがある。⁽⁴⁰⁾この指摘に対する反応ははまだ皆無であるが、そのことは、われわれが「法比較」概念の解明を求める難路を今も歩み続けていることの証しとみてよいであろう。ここで取り上げたフレスナー教授の研究は、「国際私法と比較法との関係如何」という筆者の問題意識からみる限り、見るべき点に乏しいと言わざるを得ないが、このような消極的評価も、「国際私法と比較法との関係如何」を問う旅路にあつては、不可欠の一步であつたといえよう。

* サー・ポール・G・ヴィノグラドフ著(末延三次・伊藤正巳訳)『法における常識』(岩波文庫、一九七二年)一三頁。

- (1) 小室金之助『法律家シエイクスピア』(新潮社、一九八九年)、長尾龍一『文学の中の法新版』(慈学社出版、二〇〇六年)、岩瀬達哉『裁判官も人である—良心と組織の狭間で—』(講談社、二〇二〇年)他参照。この点は、種々のドラマ(「最佳利益 Best Interest」(台湾、日本語版タイトル)「リーガル・サービス—最大の利益—」(<https://www.bs4.jp/legal-service/>)や「The Good Fight」(アメリカ合衆国、日本語版タイトル)「グッド・ファイト」(<https://www4.nhk.or.jp/goodfight/>))等によっても確認することができよう。

- (2) その成果の一端として、山内『比較法研究第二巻 比較法と国際私法』(日本比較法研究所研究叢書105)(中央大学出版社、二〇一六年)がある。

- (3) アクセル・フレスナー教授(一九三五年二月二日生)は、ハンブルク大学、アルベルト・ルートヴィヒ大学(Freiburg)、ルートヴィヒ・マクシミリアン大学(München)およびテュレーン大学(New Orleans, USA)で法律学を修めた後、ハンブルク大学のコンラート・ツヴァイゲルトの指導のもと、一九六八年に法学博士学位取得論文(Wegfall der Bereicherung: Rechtsvergleichung und Kritik, Tübingen 1970 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 37))を、一九七九年に大学教授資格取得論文(Sanierung und Reorganisation: Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung, Tübingen 1982 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 48))をそれぞれ提出した。一九八四年、フンボルト大学(Berlin)のドイツ私法・ヨーロッパ私法・国際私法・法比較担当講座の正教授に就任。現在は同大学名誉教授の地位にある。
- (4) Axel Flessner, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung im Kollisionsrecht, in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Wien 2013, SS. 11ff. の論文は、オーストリア〈法比較・抵触法〉学際協会(Interdisziplinäre Gesellschaft für Komparatistik und Kollisionsrecht/Interdisciplinary Association of Comparative and Private International Law (IGKK/IACPIL): <https://www.igkk.org/ueber-uns/>)が、「実定法解釈方法における法比較(Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode)」という統一テーマを掲げて二〇一三年五月六日にウィーン大学で開催した研究大会における同教授の報告をまとめたものである。同大会の成果は、Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Wien 2013 (IGKK [Band IV]) にて刊行されている。
- (5) ドイツ家族法に造詣の深い野沢教授の業績については、本号末尾掲載の著作目録参照。野沢教授との親交は、同氏が中央大学大学院法学研究科民法専攻へ進学され、桑田三郎博士の指導下に国際私法の研究を開始された時期に遡る。爾来、四五年もの長きに亘って友情を深め、筆者の退職時には貴重な御論稿を御執筆戴いた(「ドイツにおける『表見上の父の求償』問題について——扶養法と実親子法との交錯——」比較法雑誌五二巻一号)。特に、教授が岩手大学人文社会科学学部より中央大学法学部に移籍されてから、法科大学院制度発足に伴う中央大学法科大学院への転籍(二〇〇四年)までは、中央大学法学部における身近な同僚として親しく接する幸運に恵まれた。ミュンスター大学との法学者交流事業におけるデルナー教授の共同受入(その成果として、ハインリッヒ・デルナー著(野沢・山内編訳)『ドイツ民法・国際私法論集』(日本比較法研究所翻訳叢書50、中央大学出版部、二〇〇三年)等、懐かしい思い出が蘇る。これまでの御芳情に深謝するとともに、

教授の一層の御健勝と御活躍を改めて祈念したい。

- (6) 本文中に示すように、「抵触法」も「法比較」もともに、対等の地位に立つ専門科目と位置付けられるとする場合には、このような表現による問い掛けがその他の専門分野についてもそのままではまると考えなければならぬであろう。たとえば、「国際私法における民法の意味 (Die Bedeutung des Zivilrechts im Kollisionsrecht)」とか「民法における国際私法の意味 (Die Bedeutung des Kollisionsrechts im Zivilrecht)」とか「表現がそうである。あるとは」、「法学における経済学の意味 (Die Bedeutung der Wirtschaftswissenschaft in der Rechtswissenschaft)」とか「経済学における法学の意味 (Die Bedeutung der Rechtswissenschaft im Wirtschaftswissenschaft)」とか「表現の場合はどうであろうか。この種の表現によってどのような問題 (中心的論点) が提起されているかという点が誰にも誤解の余地のないほど明確になっているといえるのであればともかく、そうでないというのであれば、「抵触法における法比較の意味 (Die Bedeutung der Rechtsvergleichung im Kollisionsrecht)」という表現自体の問題性が問われなければならないであろう。

- (7) 齊藤孝・西岡達裕著『学術論文の技法 新訂版』(日本エディタースクール出版部、二〇〇五年)、近江幸治著『学術論文の作法 第2版』(成文堂、二〇一六年)、山内『比較法研究 第三卷』(日本比較法研究所研究叢書Ⅲ)(中央大学出版部、二〇一七年) 第三部「法学教育の方法に関する法文化」一八九頁以下、金沢大学国際文化資源学研究中心「文化資源情報論(基礎編) 参考資料①学術論文の書き方」(http://crs.w3.kanazawa-u.ac.jp/other/publication/008_siryopdf#search=%27%E5%AD%A6%E8%A1%93%E8%AB%96%E6%87%E3%81%A6%E6%9B%B8%E3%81%8D%E6%96%B9%27) 他参照。
- (8) 序論の内容については、たとえば、「論文で取り上げる問題が何であるのか。その背景、先行研究などを明らかにし、本論で取り上げる論点をあげて、論文全体の見通しを示す」と記されている(「参考資料①学術論文の書き方」前注(7))。
- (9) 本論の内容については、たとえば、「問題設定から結論を導き出すために必要な論点を設定し、論理的な順序でそれぞれの問題を説明し……論点に応じて複数の章で構成される」と記されている(「参考資料①学術論文の書き方」前注(7))。
- (10) 結論の内容については、たとえば、「論文を執筆したことによって何が明らかになったかを、簡潔かつ明瞭に示し……考察を深めることのできなかった問題や……導き出された結論から派生する問題などについても述べ……」と記されている(「参考資料①学術論文の書き方」前注(7))。

- (11) Flessner, a. O. 前注(4) SIT

国際私法と比較法との関係に関する一考察(山内)

- (12) 邦語文献については、江川英文『国際私法（改訂増補）』（有斐閣、一九七〇年）一頁以下、折茂豊『国際私法講話』（有斐閣、一九七八年）、一頁以下、山田鎌一『国際私法（第3版）』（有斐閣、二〇〇四年）二頁以下、溜池良夫『国際私法（第3版）』（有斐閣、二〇〇五年）一〇頁以下、櫻田嘉章『国際私法（第6版）』（有斐閣、二〇一二年）一四頁、横山潤『国際私法』（三省堂、二〇一二年）五頁、奥田安弘『国際家族法』（明石書店、二〇一五年）一九頁、澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門（第8版）』（有斐閣、二〇一八年）六頁、神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法（第4版）』（有斐閣、二〇一九年）二頁、松岡博編『国際関係私法入門（第4版）』（有斐閣、二〇一九年）四頁他、ドイツ語文献については、Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Band I, München 1977, S. 4, Kropholler, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Tübingen 1997, S. 1ff, Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2004, S. 4他。
- (13) Flessner, a. O. 前注(4), S. 10.
- (14) Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Wien 2013 (IGKK [Band IV]) 前注(4)
- (15) 比較法学会(Gesellschaft für Rechtsvergleichung e. V. = Deutsch Landesgruppe im Internationalen Verband der Rechtswissenschaft)の活動等については、<http://www.gfr.jura.uni-dayreuth.de/index.html> 参照。
- (16) ドイツ国際関係法学会(Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht; German Society of International Law) (1101) 一年までの旧名称「ドイツ国際法学会(Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht)」の活動等については、<http://www.dgfr.de/> 参照。
- (17) オーストリア〈法比較・抵触法〉学際協会(Interdisziplinäre Gesellschaft für Komparatistik und Kollisionsrecht [IGKK]) (英語名: Interdisciplinary Association of Comparative and Private International Law [IACPIL]) の活動等については、<https://www.igkk.org/> および <https://www.igkk.org/en/> 参照。
- (18) Flessner, a. O. 前注(4) SS. 3-9
- (19) 川上太郎・五十嵐清「カーン」国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』（三省堂、二〇〇五年）一六〇頁以下。
- (20) 「比較」の過程は、大別すると、以下の三つの行為群の連鎖（ある瞬間を切り取った写真のような単数の行為ではなく、時の連続を捉えた動画のような複数の行為が連続するプロセス）から成る。①「比較」対象物の選定―複数の法的素材（内

外諸国の実質法、抵触法、それらの解釈例等)を選び出す行為、②対象物間の異同の確認——それらの間の相違を確認する行為、③対象物間での優劣判定——それらの間で優劣判定基準を介していずれかひとつを選択する行為。①ないし③の行為は、同様に、それぞれ右の三段階に区分され、以後、同種の区分行為が繰り返される。この点については、山内『比較法研究 第一巻 方法論と法文化』(日本比較法研究所研究叢書(79)、中央大学出版部、二〇一一年)、二五頁以下、山内『地球社会学への誘い』(信山社、二〇一八年)二五三頁以下。

(21) 五十嵐清「ラーベル」国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年)八七〇頁以下。

(22) Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest 1978, Tübingen 1978 (Materiaien zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 29).

(23) Kropholler, a. a. O. 前注(12), S. 69f.; Kegel/Schurig, a. a. O. 前注(12), S. 88 他。

(24) 河野俊行「法律関係の性質決定」『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年)八〇一頁、江川・前掲書前注(12)五六頁以下、山田・前掲書前注(12)四七頁以下、溜池・前掲書前注(12)一二五頁以下、櫻田・前掲書前注(12)七一頁以下、澤木・道垣内・前掲書前注(12)一八頁以下、神前・早川・元永・前掲書前注(12)三〇頁以下、松岡・前掲書前注(12)三二頁以下他、ドイツ語文献に於ては、Raape/Sturm, a. a. O. 前注(12), S. 275ff. Kropholler, a. a. O. 前注(12), S. 98ff. Kegel/Schurig, a. a. O. 前注(12), S. 325ff. 他参照。

(25) ラーベル「性質決定の問題」(桑田三郎『国際私法の諸相』(中央大学出版部、一九八七年)、五〇三頁以下) 自主的比較法説にいう「比較」の過程がどのようなものかという点は、提唱者とされたラーベル自身によっても、その後の研究によっても、誰もが共有できるようなかたちで具体化されていないため、この方法は必ずしも実務に浸透していない。

(26) たとえば、債権の消滅時効の準拠法については、——一定の期間徒過を理由とする請求権の行使不能という状況(これを「事実関係」と呼ぶか、「法律関係」というか、また「法律問題」と名付けるかという点は、性質決定の対象如何という論点についての解答の仕方に左右される——を法廷地独立抵触規定のどの単位法律関係概念に包摂するかという点については、周知のように、実体法上の債権が時効により消滅したと説明する大陸法上の制度と訴権の剥奪により手続法上不能と解説するコモン・ロー上の制度との相違を反映して、複数の見解が対立している。これについては、田辺信彦「消滅時効」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選(第二版)』(有斐閣、一九八六年)一一〇頁以下他。しかしながら、「わが国際私法上、消滅時

- 効の制度をどう性質決定するかについて学説・判例は一致して実体法上の制度として扱っており、消滅時効の準拠法については一致して債権の効力の問題として当該債権の準拠法によるとしている。」(田辺・前掲一―一頁)という理解が自主的比較法説とどのように結び付くのかという点について傾聴に値する解説はいまだどこにも見出されない。田辺氏は「消滅時効の制度は権利の得喪に関する制度であるから、わが国際私法上実体の問題と解することが妥当と思われる」(田辺・同上)旨、解説されるが、これは実体法説(債権の準拠法主義)を採用する立場そのものであり、およそ「比較の第三項」たり得ない。
- (27) 坪場準一「公序」『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年)二三八頁以下。
- (28) 佐藤やよひ「強行法規の特別連結論」『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年)一八一頁以下。
- (29) Flesner, a. a. O. 前注(4) SS. 9-14.
- (30) 横山教授は、当事者自治に関して、「法律関係に適用されるべき準拠法を法律関係の当事者自ら選択することができる。原則。契約の準拠法の決定についてはほぼ普遍的にこの原則は承認されているが、近時の国際条約や各国の立法は家族あるいは相続の領域においてもこれを認める傾向にある。」と説明される(横山潤「当事者自治の原則」『国際法学会編』『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年)六四五頁)。江川・前掲書前注(12)二〇七頁以下、山田・前掲書前注(12)三二一頁以下、溜池・前掲書前注(12)三五〇頁以下、櫻田・前掲書前注(12)二一九頁以下、澤木・道垣内・前掲書前注(12)一七四頁以下、奥田安弘「国際財産法」(明石書店、二〇一九年)五八頁以下、神前・早川・元永・前掲書前注(12)一三三頁以下、松岡・前掲書前注(12)九四頁以下他、ドイツ語文献については Kropholler, a. a. O. 前注(21), S. 409ff; Kegel/Schurig, a. a. O. 前注(21), S. 652ff. 他。
- (31) 山本敬三「法律回避」『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年)八〇〇頁以下。
- (32) 法的安定性の概念については、ラートブルフ(碧海純一訳)『法学入門』(ラートブルフ著作集第3巻)(東京大学出版会、一九六一年)三六頁以下、ラートブルフ(野田良之・阿南成一訳)『法哲学入門』『実定法と自然法』(ラートブルフ著作集第4巻)(東京大学出版会、一九六一年)六三頁以下他。
- (33) これについては、小林秀之著/神田秀樹『法と経済学』入門(弘文堂、一九八六年)、林田清明『法と経済学』の法理論(北海道大学図書刊行会、一九九六年)、宍戸善一/常木淳『法と経済学——企業関連法のミクロ経済学的考察』(有斐閣、二〇〇四年)、法と経済学会の活動等については <<http://www.jleap.jp/>> 他参照。

- (34) Flessner, a. a. O. 前注(4) SS. 14-16.
- (35) Flessner, a. a. O. 前注(4) SS.16-20.
- (36) 江川・前掲書前注(12) 一一一頁、山田・前掲書前注(12) 一三三-四七頁以下、溜池・前掲書前注(12) 二四八頁、櫻田・前掲書前注(12) 一二七頁、澤木・道垣内・前掲書前注(12) 五三頁、神前・早川・元永・前掲書前注(12) 二九三頁他、ド
イツ語文献については、Kropholler, a. a. O. 前注(12), S. 193; Kegel/Schurig, a. a. O. 前注(12), S. 505f. 他参照。
- (37) Flessner, a. a. O. 前注(4) SS. 20-22.
- (38) このような理解を示すものとして、Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015 他がある。
- (39) 山内・前掲『地球社会法学への誘い』(前注(20)) 一五四頁以下。
- (40) 山内・前掲書前注(2) 五六九頁以下および六二五頁以下。

(本学名誉教授)