

# 社会の変遷における国際私法の任務と方法の多様性

ユルゲン・バーゼドー（著） 大橋 エミ（訳）

島大法学第67巻第1・2号抜刷〔翻訳〕

2024年3月



## 社会の変遷における国際私法の任務と方法の多様性

ユルゲン・バーゼドー (著) 大橋 エミ (訳)

### I. はじめに

未来を見据える者は、必然的に、*現状 (status quo)* から出発しようとするであろう。国際私法の場合、それは、特別な方法による伝統の積み上げである。サヴィニー (*Savigny*) がこの分野における発展の道を切り開いて以降<sup>1</sup>、当該分野は、次第に実質的私法 (*materielles Privatrecht*) から分離されていった。先決問題 (*Vorfrage*)、性質決定 (*Qualifikation*)、隠れた反致 (*versteckte Rückverweisung*)、過剰管轄 (*exorbitante Zuständigkeit*) といった固有の概念は、この分野の異化効果 (*Verfremdungseffekt*) を生み出し、*renvoi* (反致)、*ordre public* (公序)、あるいは、*lex fori in foro proprio* (自らの裁判所における法廷地法) といった外国語表記により、このような効果は一層強くなっていった。この分野における固有概念や外国語表記等はすべて、知識人による秘密結社の結成 (*intellektuelle Geheimbündelei*) という印象を与え、国際私法上の社会的任務を狂わせてきた。しかし、まさにこの社会的任務こそ、繰り返し思い起こさねばならないものである。サヴィニーはそれを、歩み寄り (*Annäherung*)、調整 (*Ausgleichung*)、意思の疎通への努力 (*Verständigung*) という言葉によって表している<sup>2</sup>。ここでは、*法秩序の調整 (Koordination)* が社会的任務とされ、その目的は、越境的要素に関する紛争が法的安定性を伴って解決されることにある。

これが、社会的任務の第一の目的である。法秩序の調整方法は、二次的なものにすぎない。国際私法は、その対象を構成する上記の任務によって定

1 *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 8, 1849.

2 *von Savigny* (Fn.1), Vorrede, IV.

義される。その任務が、法統一 (Rechtsvereinheitlichung)、管轄権の明確な指定 (Zuweisung) 又はその他の協同方式 (Kooperationsform)、指定法 (Verweisungsrecht)、あるいは相互承認の原則 (Anerkennungsprinzip) のうち、いずれの方法によって成し遂げられるのかについては、二次的なものである。国際私法という分野は、具体的事案において、法的安定性を伴った紛争の解決がもたらされるよう様々な法秩序を調整することができるかどうか、という観点から図られる。

以下では、国際私法の社会的及び経済的背景を明らかにすることを通じて、国際私法の方法の変遷を示すことを目的としている。まずは、サヴィニーをその出発点とする指定規範 (Verweisungsnormen) の展開を示す (Ⅱ.)。次に、当初は国際的な規則集 (Regelwerk) として構想されていた指定規範が、次第に国内の実質法としての規則集へと展開していった点を述べる (Ⅲ.)。第二次世界大戦以降に国際民事訴訟法が台頭したことにより、国際私法は少しずつ補完され、また、部分的には排斥されてきた (Ⅳ.)。さらに、法の統一に関するいくつかの試みもなされてきた (Ⅴ.)。本稿の最後では、将来に向けた新しい2つの調整方法として、協同 (Kooperation) と等価性審査 (Gleichwertigkeitsprüfung) についての推測的展望を提示することにしたい (Ⅵ.—Ⅷ.)。

## Ⅱ. 指定規範の展開

国際私法は、双方的抵触規範体系 (System allseitiger Kollisionsnormen) として、サヴィニーによって初めて提示された。かつての論者にとって、比較可能な事案における内国法と外国法の適用は、完全に区別されなければならないものであった。周知のとおり、民法典編纂以前の時代における地方特別法は断片的であり、個々の点に関する個別規定が設けられていた。複数の管轄権 (Jurisdiktion) が競合する紛争においては、補充的法規 (Auffangrecht) あるいは参考枠組みとして、二次的法規 (subsidiäre Rechtsmasse) であるローマ法へと立ち戻ることもよくあることであった。

そして、神聖ローマ帝国が滅亡するまで、このような方法が用いられていたのである。自己の領域（Territorium）において妥当する地方特別法上の規範をどうしても適用したい場合に限って、条例理論（Statutentheorie）に依拠して、当該規範の適用請求権（Anwendungsanspruch）の射程が問題とされた。一旦、当事者の一方が、それに相応する外国法の個別規定（punktuelle Vorschrift）を主張した場合には、*礼讓*（*comitas*）に基づき、当該規定を、事実関係の決定において考慮することができるかどうか慎重に検討された。

各々の立法ではなく個々の法律関係（Rechtsverhältnis）を中心に据えたことで、サヴィニーは、ノイハウス（*Neuhaus*）の言葉を借りれば、国際私法におけるコペルニクス的転換を遂げたといえる<sup>3</sup>。どうしてそのような転換が生じたのであろうか。この点については、3つの理由が考えられるであろう。第一に、ドイツが分断していたこと、第二に、自由主義的な底流が支配していたこと、第三に、交通網の発達による移動範囲の著しい拡大が見込まれていたことである。

サヴィニーが『現代ローマ法体系』の第8巻を出版した1849年当時、ドイツにおいては、中央集権的な国家権力の存在——そのような考え方そのものすら——が欠けていた。ドイツ語圏及びドイツ文化圏の境界すら、1841年にフォン・ファラーズレーベン（*Hoffmann von Fallersleben*）が作曲したドイツ国歌の第一節が示すように、明確にはいなかった。いずれにせよ、共通の国家（*gemeinsame Staatlichkeit*）は存在せず、また、——王政復古から随分と時間が経過していたものの——それを期待することもできなかったのである。民法の地図は、まるでパッチワークのようであった。確かに、西部の大部分においてはフランス法が妥当していた。しかし、その他の地域においては、村ごとに適用法が異なることもよくあることであった。例えば、ギーセン地方裁判所の管轄区域では、10以上もの異なる属地

3 *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Auflage 1976, 94.

法 (Territorialrecht) が妥当していた<sup>4</sup>。今日、単体の共同体を成す村落であっても、当時は法の境界によって区切られていた。例えば、ヴィリンゲン (Villingen) ではバーデンのラント法であるフランス法が、それに対してシュヴェニンゲン (Schwenningen) では普通法が、ハンブルクでは1603年の都市法が、アルトナ (Altona) ではシャウムブルク伯爵の法 (Recht der Grafschaft Schaumburg) が適用されていた。徒歩圏内にいる別の商人のところへ行くにも、法の境界に行き当たることがあった。このように、地域ごとに異なる民法が妥当していたものの、当時の人々は、それを偶然のことだとみなして、当該法が自己の属地においても認められると考えていたのではなかろうか。

このような事情のもと、かつての領邦から受け継いだことで入り乱れていた様々な規則 (Statut) に秩序をもたらすことを目的として、双方的牴触規範という考えが生まれたのである。この双方的牴触規範という考えは、自由主義における基本的立場に親和的であった。プロイセンでのシュタインとハルデンベルグの基本改革やバイエルンでのモンテラスの基本改革の後、この自由主義的な基本的立場は各地でその価値を認められ、経済的イニシアチブを促進させていったのである。この自由主義における基本的立場、そして、多数の属地法や民法が適用される状況に直面する者は、共通して、法的安定性——双方的牴触規範のための有益な基盤——を必要とした。

双方的牴触規範という考え方が発展した背景には、属地ごとに異なる法が妥当していたということよりは、もっぱら、ドイツ国内における地域際法 (interlokales Kollisionsrecht) に対する法社会学的な考えがあったといってよいであろう。サヴィニーもまた、著書の冒頭において、地域際上の法的紛争に関して言及している<sup>5</sup>。もちろん、1840年代にはすでに、国際的な法的紛争の急増は明確であった。産業化に伴い、一方で遠く離れた地での販

4 Klippel, Deutsche Rechts- und Gerichtskarte, 1896, Neudruck 1996, VII.

5 von Savigny (Fn.1), 19-23: „Widerstreitende Territorialrechte in demselben Staate“; 23-30: „Widerstreitende Territorialrechte in verschiedenen Staaten“.

路の拡大が求められ、他方で蒸気船や鉄道の発達により、遠隔地にある市場を利用することもまた可能となった。交通網の発達は、誰の目にも明らかであった。駅馬車の時代には、フランクフルトからシュトゥットガルトまでは早くても25時間を要し、通常であれば40時間必要であった<sup>6</sup>。もちろん、1840年代には、すでに鉄道建設が始まっていた。当時の地図によれば、すでに1849年には、ベルリンからケルン及びブリュッセルを經由してパリまでの、さらに、ベルリンからシュレージエンを經由してウィーンとトリエステまでの直通列車が通っていたことが分かる<sup>7</sup>。わずか数年の間に、以前は各々の法的考えに距離のあった都市や地方が、非常に近い存在となっていたのである。法秩序の調整に対する要請は一層強いものとなり、サヴィニーによる双方的抵触規範は、解決策を提示してくれるように思われた。その際、哲学的観念論（philosophischer Idealismus）の影響のもと、法学が一貫して出発点としていたのは、各裁判所が同一の国内法（nationales Recht）を適用する場合には同様の結論に至り、それによって判決の一致（Entscheidungsharmonie）がもたらされる、という点であった。

### Ⅲ. 国際的な指定法から国内の指定法へ

サヴィニーは、国家に拘束されない学識法（Gelehrtenrecht）として、国際私法を構想していた。彼の時代には、法律という形で定められた国際私法は存在していなかった。ナポレオン法典（Code Napoleon）は、いくつかの一方的抵触規範を定めていただけであった。それらの規範は、ナポレオン法

6 *Beyrer*, Das Reisesystem der Postkutsche - Verkehr im 18. und 19. Jahrhundert, in: *Zug der Zeit - Zeit der Züge*. Deutsche Eisenbahn 1935-1985, Band 1, 1985, 39, 54. 註98によれば、通常の駅馬車で東プロイセンのティルジットから西プロイセンのアーヘンまでは14日間を要するのに対して、急ぎの馬車を利用した場合には7日間で行くことができる。

7 [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/9/9f/Bahnkarte\\_Deutschland\\_1849.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/9/9f/Bahnkarte_Deutschland_1849.jpg) (2019年4月25日最終閲覧)。また、Eisenbahnkarte Deutschlands und der Nachbarländer, 1849, Landesarchiv Nordrhein-Westfalen, [http://www.archive.nrw.de/LAV\\_NRW/jsp/findbuch.jsp?archivNr=1&verzguid=00001Vz\\_fcd08aca-91da-4af2-acd0-591543def46b](http://www.archive.nrw.de/LAV_NRW/jsp/findbuch.jsp?archivNr=1&verzguid=00001Vz_fcd08aca-91da-4af2-acd0-591543def46b) (2019年4月25日最終閲覧)も参照。

典よりも前に成立していた地方特別法に優先して包括的に適用されるべきとされていた。そこで重要だったのは、封建制度の下での人的拘束が、新しい秩序要素である国家の構成員 (nationale Zugehörigkeit) 及び属地的な支配権 (territoriale Gewalthoheit) に取って代わられることであった。革命政権にとって、外国及び外国法との調整は、二次的なものにすぎなかったのである。

フランスやその他の国では、法律上の規定が設けられていなかったため、学問上の秩序観念は特に重要とされていた。実際、この学問的秩序観念は、その後すぐに、他の国においても承継された。すでに1865年のイタリア王国民法典 (*Codice Civile del Regno d'Italia*) 序編 (*Preleggi*) の6条乃至10条では、最初の双方的抵触規範が定められた。その後まもなくして、マンチーニ (*Pasquale Stanislao Mancini*) の決定的な影響のもと、学識法である双方的抵触規範を、条約 (*Staatsvertrag*) という方法によって国際的な次元において承認する試みが始まったのである<sup>8</sup>。これは、万国国際法学会 (*Institut de Droit international*) による最初の大きなプロジェクトであった<sup>9</sup>。もっとも、国際私法におけるこのような多国間規定 (*multilaterale Regelung*) は、少なくとも、1865年の内国抵触規範 (*nationale Kollisionsnormen*) によって突き進もうとしていたイタリアにとって、困難な状況をもたらすこととなった。周知のように、ドイツは、1896年の民法施行法 (*EGBGB*) により、イタリアの例に倣って独自の内国抵触規範を定めた。同時期の学問においては、例えば、ドイツのカーン (*Franz Kahn*)<sup>10</sup>やフランスのバルタン (*Etienne*

---

8 *Mancini*, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou du plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme de conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, *Clunet* 1 (1874), 221-239 (I) 及び 285-304 (II).

9 決議文については *Institut de Droit international, Annuaire* 1 (1877), 123-126を参照。

10 *Siehr*, Kahn, Franz, in: Basedow/Rühl/Ferrari/de Miguel Asensio (Hrsg.), *Encyclopedia of Private International Law*, 2017, 1056-1062.

Bartin)<sup>11</sup>が、「国際私法の国内化」<sup>12</sup>を19世紀末の特徴として挙げている。

このことにより、国際私法の発展は、ナショナリズムの方向を向くことになる。このような方向性は、当時の社会の多くの分野において見られた。国際私法は、その後の数十年間の間に、より一層、外国の法秩序から自国法を防御する手段へと展開していった。そこでは、国家の利益が前面に押し出された。ここでの国家利益は、越境取引において私権を法安定的に貫徹させるという個人の利益と重なり合うのである。内国抵触規範体系は、その後、より精緻化され、このような傾向は、第二次世界大戦以降も続いている。この点については、民法施行法のコンメンタールを参照すれば自明のことである。

#### IV. 国際民事訴訟法の躍進

今日の視点から気がつくのは、国際私法の論者が、訴訟法上の問題に対してほとんど解決策を提示することができていなかった点である。抵触法に関する第二次世界大戦以前の文献では、国際裁判管轄、外国での証拠調べ及び送達、裁判言語、外国法の調査、諸外国における訴訟係属の考察、外国判決の承認執行についての各議論は、ほとんどなされていなかった。サヴィニーはこれらの問題については全く言及していなかったが、その後のフォン・バル (Carl Ludwig von Bar)<sup>13</sup>やヌスバウム (Arthur Nussbaum)<sup>14</sup>は、国際民事訴訟法について取り上げていた。もっとも、それは、国際私法の補足としての域を出るものではなかった。これまでのヨーロッパでは、国際民事訴訟を体系的に論じたいくつかの著作がみられ、また、学問上では多数の個別問題が議論されてはきたものの、このテーマの全領域が包括的に論究され始めたのは、1949年のリーツラー (Riezler) の論文以降である<sup>15</sup>。それは、サヴィ

11 Fulli-Lemaire, Bartin, Etienne, in: Basedow/Rühl/Ferrari/de Miguel Asensio (Hrsg.), *Encyclopedia of Private International Law*, 2017, 151–157.

12 Neuhaus (Fn.3), 94を参照。

13 von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Band 2, 2. Auflage 1889, Neudruck 1966, 357–552.

14 Nussbaum, *Deutsches internationales Privatrecht*, 1932, 376–448.

15 Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht*, 1949. 国際民事訴訟法に関する初期の文献に

ニーが国際私法に関する指針ともいえるべき著作を公表してから100年も経過してからのことであった。それ以来、国際民事訴訟法は、絶えず重要性を増してきている。ゴードメッタロン (*Hélène Gaudemet-Tallon*) に言わせれば、留まることを知らずに躍進し続ける分野である<sup>16</sup>。

国際民事訴訟法は、国際民事紛争における実務上の処理を対象とし、今や指定法以上に重要な分野となっている。国際民事訴訟法は、確かに適用法に関する問題を扱うことはできないが、管轄裁判所を争う際にはすでに、調整任務に関する重要な仮決定がなされていることになる。この仮決定により、最終的に適用される訴訟法、指定法、そして国際的強行法規 (*international zwingende Normen*) が、先決されることになる。管轄規定や承認規定の平準化、さらには指定法の平準化でさえも、この仮決定の有する基本的な効果を失わせることはできないのである。

かつての論者が国際民事訴訟法にほとんど価値を見出してこなかったのは対照的に、今日においてそれが非常に重要とされている理由は、どこにあるのであろうか。かつての時代については、ここでもまた、法学の観念論的底流 (*idealistische Grundströmung*) を思い起こすとよいであろう。この思想のもとでは、実体法に比して手続法には奉仕の機能のみが認められ、それゆえ手続法はそれほど重要視されていなかったのである。また、手続法に重きが置かれていなかったことと関係しているといえるかもしれないのは、学問としての法学と実務との間に一定の距離があったこと、多くの個別規定や条約の中に法源が散らばっていたことである。法源が分散すると、基本原則に基づいた体系を貫徹させることは、一層困難となる。第二次世界大戦以降に国際民事訴訟法が躍進した理由は、コモンロー管轄権 (*common law-Jurisdiktionen*) が重要性を増していったことに起因しており、そこでは、手

---

については、同論文の45頁以下を参照。

16 *Gaudemet-Tallon*, *L'irrésistible ascension des conflits de juridiction*, in: Marie-Élodie Ancel et al. (Hrsg.), *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières - Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, 2018, 735-752.

統法上の問題が常に大きな意味を有していた<sup>17</sup>。その他、裁判において人権 (Menschenrecht) が争われたり、人権の公平な手続が主張されたことで、各国の裁判所間の競争が展開されるようになったことも挙げられる<sup>18</sup>。

しかし、より注目すべきは、欧州の統合によって、国際民事訴訟法の重要性が増したことであろう。ローマ条約220条が、当初の加盟国に対して判決の相互承認及び執行に関する交渉を命じたことにより、国際民事訴訟法というテーマは、域内政治上、手続法及び国際私法以外の専門領域から非常に重要視されることとなった<sup>19</sup>。ローマ条約は、トップダウンではなく、ボトムアップによる欧州統合の試みを保証するものである。ボトムアップによる統合とは、当初の加盟国が、可能な限り自由化された条件のもとで市場の共同化 (Vergemeinschaftung) を実現する方法による欧州統合のことである。当該加盟国の政府代表 (Regierungsvertreter) にとって非常に自明だったのは、欧州統合の成功の鍵が、個人の市場参加者 (private Marktakteure) に対して越境取引や国境を越えた移動に積極的に参加することのできる場を用意することができるかどうかにかかっていた、という点である。また、政府代表は、個人のイニシアチブとして望まれたものが、関税の廃止、数量制限及び取引障害 (nicht-tarifäre Handelshemmnisse) の廃止だけでは不十分であるという点についても、認識していた。やむを得ない場合には自己の権利を相手国においても行使することができることについて、ある程度の確信を持っている者だけが、国際取引における危険を甘受するのである。主に貿易政策の問題に取り組んでいた政府の交渉代表は、このような意識を有していたため、上述のような内容の交渉が委託されたのであった。それは、指定規範ではなく、判決の承認執行に関する交渉であった。

国際私法を専門としない者は、国際民事訴訟法が、1968年のブラッセル

17 この点については、*Gaudemet-Tallon* (Fn.16), 735, 738を参照。

18 *Gaudemet-Tallon* (Fn.16), 735, 738 f. und 740 f.

19 詳細については、*Basedow*, *L'espace judiciaire européen et ses voisins*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 2018, 429-435を参照。

条約以上に、様々な私法秩序の調整方法としての大きな成功への第一歩を踏み出したことに、その卓越した重要性があることを強調したのである。自由、安全そして法の各領域の実現のためにEUが議決した基本方針もまた、その重要性を明確に伝えている。このようにして、タンペレプログラム (Programm von Tampere) は、法的安定性と平等な法への入り口を本質的な目標として提示したうえで、「それは、問題なく裁判管轄 (zuständiges Gericht) が確定すること、適用法についての最終的な決定が行われること、着実かつ公平な手続及び有効な執行がなされることを意味する」<sup>20</sup>と述べている。上記の4つの下位目標のうち、3つの措置については、国際民事訴訟法の領域である。双方向的指定規範 (allseitige Verweisungsnormen) が大きな成果を収めた時のように国際民事訴訟法が躍進するための鍵は、法体系それ自体に存するのではなく、ここでもまた、周囲の環境の期待すなわち社会的及び経済的な大枠の条件の中にあるのである。

## V. 法の統一と平準化

様々な私法秩序を調整する方法としては、上記で示したのとは別の方法もあるが、国際私法の専門家はほとんど注目していないどころか、それらを国際私法と対立するものとして認識している場合すらある。それらの調整方法とは、法の統一と平準化である。このような方法による私法秩序の調整に対しては、一般論として、法が統一されると自らが窮地に陥ることになる、と反論する国際私法の専門家もいる。また、統の一法にあたっては常に国内法による補充を必要とすることを理由として、そのような統一法は、真の意味で有益であるとはいえない、との反論もなされている。どちらの主張も、相互に矛盾したものである。統一法が国内法によって補充されなければならないのであれば、当然、指定法の役割は存続することになり、依然として、

20 自由、安全および司法領域の構築に係るアムステルダム条約の内容を最も適切な形で国内法化することに対する欧州理事会及び委員会の行動計画——これは、1998年12月3日の欧州理事会において承認された際の文言である (官報1999 C 19/1, 4, Zfr. 16)。

裁判管轄及び外国判決の承認執行の問題が生じることになる。

実際のところ、特定の法分野においては、法の統一は必要不可欠である。例えば、ロッテルダムからミラノ行きの貨物列車が荷物を満杯に積んだ状態で出発したものの、到着したミラノで積み荷が空になっていたという単純な事例を想定するだけでも、法統一の必要性は明らかである。ロッテルダムから出発したこの貨物列車は、目的地のミラノに到着するまで、オランダ、ドイツ、スイスそしてイタリアの各国を横断している。いつ、どこで、何が起こったのかを知る者は誰もいない。それにもかかわらず、差出人の補償内容、各国の鉄道会社の被告適格 (Passivlegitimation)、補償の範囲、さらには時効などの判断が、適用される国の運送法によって異なる結果となっても本当によいのであろうか。関係者業界は、19世紀にはすでに、このような解決方法に異論を唱え、ヨーロッパにおける統一的な鉄道運送法 (Eisenbahnfrachtrecht) を強く求めていた。そして、1890年には、当該分野において法の統一が実現したのである<sup>21</sup>。それにより、ドイツ帝国の成立以前からすでに北ドイツ連邦において行われていたことが、国際的な次元においても達成されたことになる<sup>22</sup>。

今日、最も平準化を必要とするのは、世界中に張り巡らされた情報伝達網及びインターネットによるデータ通信の分野である。国際管轄権や指定法に関する議論は、上記の分野については補助的な解決をもたらすにすぎない。この点は、とりわけ、知的財産権の領域において当てはまる。この領域では早い時期から、指定法に基づく解決は適切でないと言われていた。例えば、著作権の保護期間や保護範囲、あるいは著作権侵害に対して課される私法上の制裁が国ごとに異なるのであれば、それは、必然的に紛争へと発展することになる。このような紛争を、国際民事訴訟法や指定法の各規定に基づいて解決することは困難である。それゆえ、1886年のベルヌ条約もまた、他の領域

21 Internationales Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr vom 14.10.1890, RGBI. 1892, 793.

22 Basedow, Der Transportvertrag, 1987, 67 mit weiteren Nachweisen.

に先駆けて、早い段階で、内国民待遇と最低保護期間を柱とする実質的な法統一 (materielle Rechtsvereinheitlichung) を行ったのである<sup>23</sup>。

合意内容が最低限の権利に限られていること、そして、協定には全面的な欠缺の存することからして、上述した取引領域が、——多くの法曹のそれとは異なり——完全なものを期待しているわけでは決してないことは明らかである。この違いは、一般の法曹や抵触法の専門家が個別事例に重点を置いているのに対して、経済界はどちらかといえば、平均的な取引コストの削減を模索していることと関連している。ここには、いわばマクロ経済学に対するミクロ経済学上の合理性が存する。一方で、多くの経済領域においてはマクロ経済学上の合理性が法発展の動機として重要であるという点は、多くの欠缺が存することを説明している。他方で、それは、国際私法取引において個別に準備された多数の法現象が存することをも示している。具体的には、統一法条約 (einheitsrechtliche Konvention)、標準約款 (Klauselrecht)、レックス・メルカトーレア (*lex mercatoria*)、そして、国際経済取引において広く拡大した仲裁 (Schiedsgerichtsbarkeit) である。

これらの積極的平準化 (positive Harmonisierung) の方式と並んで、近年は、より高次の統一法的評価及び権利の影響が、個々の点において見られる。それは、消極的平準化 (negative Harmonisierung) と言い換えることができる。ここで筆者が念頭においているのは、一方でEU法から、他方で基本権及び人権から生じる効果である。EU法に関していえば、セントロス判決の帰結として根本的に変更された国際会社法 (internationales Gesellschaftsrecht) について指摘すれば十分であろう<sup>24</sup>。国際私法の個々の成果に基づいて行われる人権上の修正もまた、統一的な基本評価のために法を過剰に適用することを放棄する方向へと導くことになる<sup>25</sup>。両者が合わさ

23 Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9.9.1886, RGBl. 1887, 493; 詳細については、*Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 7. Auflage 2015, 474 ffを参照。

24 *Basedow, The Law of Open Societies*, 2015, nos. 518 ffを参照。

25 *Basedow, Droits de l'homme et droit international privé*, Annuaire de l'Institut de

ることにより、法状況の承認は一段と強化されることになる。

## Ⅵ. 小括

これまで述べてきた内容は、次の3つのテーゼにまとめることができる。

- (1) 国際私法の定義方法は1つではなく、その客体や任務によって定義される。そして、国際私法の任務は、当該法律関係に関係する様々な法秩序を調整することによって、その法律関係に法的安定性を伴った秩序をもたらすことにある。
- (2) 国際私法の定義については、様々な方法が提案されている。指定法、国際民事訴訟法、法の統一あるいは平準化である。国際民事訴訟法については、とりわけ、裁判管轄、外国判決の承認執行についての規律が重要である。
- (3) 上記の方法のうち、いずれが優先するのかについて、法内在的に示すことはできない。むしろ、法社会学的に経済及び社会的環境を考察することが重要であり、その結果として、調整の任務とその都度の優先方法が明らかとなるのである。

上述した方法は、互いに排斥されるものではない。それらの方法は、部分的に組み合わせられることもある。例えば、管轄権と適用法を一致させるという考え、法の平準化という道具を用いて国内法を補充的に参照すること、あるいは、人権を守るために法状況を承認することである。さらに、様々な方法を組み合わせることにより、以下で詳述するような将来の調整問題に関する新しい方法を提示することもできるであろう。

## Ⅶ. 協同による調整

直近20～30年の法発展に目を向ければ、誰しものが、様々な法行為において、調整の必要な規律があることに気がつくであろう。この調整任務という

---

Droit international 77 (2016-17), 391-453を参照。

ものは、特異なものであるといつてよいであろう。紙幅の関係上、本稿において詳述することはできないが、そこには新しい方法のための手がかりがあり、次世代の牴触法の専門家が注視するに値するものであるといえよう。以下では、事例を手掛かりとして、まずは、協同という方法を利用した調整について述べたうえで、次に、今後ますます直面する回数の増大が予想される等価性審査義務について指摘したい。

各国の司法官庁による相互協力は、一見すると日常的に行われていることのように思われる。というのも、司法共助に関する規定は、すでに民事訴訟に関する1905年のハーグ条約においてみられ、その後締結された二国間あるいは多国間条約においてもみられるからである。もっとも、より子細にみれば、各国の司法官庁による相互協力に関する非常に多くの点は、未だ問題を残したままである。なぜならば、取り決められた仕組みを用いる義務もなければ、司法協力義務に関する例外が十分明確に提示されているともいえないからである。一般的に、それらの例外が広く周知されるには時間を要するだけでなく、司法協力義務に例外を認めるということは、法の成立を促すよりもどちらかといえば、それを妨げることになるのである。

それとの関係でいえば、国際親子法 (internationales Kindschaftsrecht) に関する新しいハーグ条約は、著しく前進している。新ハーグ条約では、各々の専門分野ごとに、締約国間の中央当局の協力が具体的に構造化されている<sup>26</sup>。越境を伴う子どもの養子縁組に関していえば、養子関係の開始については、すでにこのような中央当局の協力が定められている。それにより、適用法の問題及び養子縁組判決の承認に関する問題は、劣後することになる。国際倒産法における協力の仕組みもまた、今や国際親子法におけるそれ

26 詳細については、*van Loon*, International Co-operation and Protection of Children, Rec. cours 244 (1993), 191-456; *Silberman*, Co-operative Efforts in private international law on behalf of children: the Hague Children's Conventions, Rec. cours 323 (2006), 261-477; *Coester-Waltjen*, Das Zusammenspiel von Rechtsquellen und Institutionen bei internationalen Kindesentführungen, International Journal of Procedural Law 2 (2012), 12-35を参照。

と同様の意義を得るようになった。この協力は、EU加盟国内という限られた域内において妥当するEU倒産規則のみに基づいて行われるわけではない。UNCITRAL国際倒産モデル法もまた、当該法を採択する国や法域の裁判所間の直接の情報伝達、及び手続調整を目的とした包括的な協力を予定しているのである。

協同という方法は、必ずしもすべての領域において有益であるとはいえない。もっとも、このような方法による法秩序の調整は、たくさんの選択肢の中の1つとして常に考慮されるべきである。例えば、国際代理母 (internationale Leihmutterchaft) の問題については、間違いなく、協同が最も適切な法秩序の調整方法である。周知のとおり、代理母を認める国もあれば、そうでない国もある。代理母を認めない国における子どものいない夫婦は、しばしば、それが認められる国で代理母を探すことになる。生まれた子は、代理母の国籍に基づき当該国の戸籍に登録され、子を持ちたいと望む両親 (Wunscheltern) は、概して、当該登録が自国において承認されるよう努めることになる。抵触法においては、一貫して、このような承認が認められるかどうか議論されている。欧州人権裁判所の判決によれば、一般に、私生活に関する子どもの権利については、上記の承認が肯定されることになる<sup>27</sup>。

もっとも、このような承認問題は、本来の問題に目を背けることになる。法律上の禁止にもかかわらず、子どものいない夫婦の有する子どもが欲しいという強い要望を、今日の医学水準でもって一度でも実現しようとするのであれば、子どものことを考えると当然、子を持ちたいと望む両親の適性を保障する必要がある。代理母の保護については、その者の生活状況、年齢、健康状態、そして自由意思 (freier Wille) を確かめなければならない。これらはいずれも、代理母関係が生じる前に両国の司法官庁の関与のもと、

27 EGMR, Urteil v. 26.6.2014 - Nr. 65192/11, *Mennesson ./ Frankreich*, NJW 2015, 3211; この点については、*Duden, International Surrogate Motherhood - Shifting the Focus to the Child*, ZEuP 23 (2015), 637-660を参照。

確認しておかなければならないことである。この点で、情報交換及び協力が求められることになる。ハーグ会議（Haager Konferenz）が、養子条約（Adoptionsübereinkommen）に沿った形で、締約国の中央当局による密接な協力を内容とする協定草案（Konventionsentwurf）を作成してくれることを期待している。

## VIII. 等価性審査による調整

国際取引上の問題は、一般的には指定法に属するものとされている。しかし、この分野における新たな問題として、いわゆる絶対的強行法規（Eingriffsnorm）の拡大を指摘することができる。絶対的強行法規は、各国において極めて重要とされているため、当該規定は、適用可能なその他の国内法に優先して強制適用される。独占禁止法（Kartellrecht）は、過去数十年間にわたって絶対的強行法規の典型とされてきた。現在は、資本市場法（Kapitalmarktrecht）及びデータ保護法（Datenschutzrecht）の各規定もまた、その典型として追加されなければならない。さらに、著作権者による適切な報酬請求権、代理商（Handelsvertreter）による契約後の手数料清算請求権、法律上予定された利ザヤの範囲内での建築家の報酬請求権、そして、労働法上の多くの規定もまた、絶対的強行法規のカテゴリーに含まれる。絶対的強行法規が増えたことにより、欧州は、アメリカ牴触法革命（conflicts revolution）を追従している状態にある。

より深く考察するならば、絶対的強行法規があることで、判決一致という指定法上の請求権（Anspruch）は、侵害され続けることになる。というのも、ローマ I 規則 9 条 3 項に基づいて第三国の絶対的強行法規が考慮されるかどうかの決定は、裁判所にその裁量があるのに対して、すべての国家は、当然、自国の国際強行法規を強制適用しようとするからである。もちろん、一般的に裁判所が裁量権を行使することはない。したがって、この場合においても、裁判管轄が重要な意味を持つことになるのである。国内の立法者が強行法規を通じて私権に介入するのと同じように、国際私法上の判決一致と

いう個人の請求権は害されることになる。

このような危険は、国家間の目標が対立すればするほど大きくなる。過去数十年間において自発的に生じた独占禁止法の同化 (Kartellrechtsangleichung) という一例は、各加盟国の法律が相互に類似している分野においては双方向的抵触規範を定めることができることを示している。少なくとも、ローマII規則6条3項の方法が、このことを示している。他の法分野もまた、同じように発展させることが可能である。

これに対して、資本市場法は、新たなアプローチを提示している。財政危機以降、EUは、資本市場に網目のように細かな規制を張り巡らせており、それは、有効に第三国企業を畏怖させるものとなっている。それにもかかわらず、グローバル化された金融市場をそのようなものとして維持するのであれば、金融市場に関する規則に基づき、当該企業の属する国の規制の等価性を証明するという条件のもとで、第三国企業による定期的な市場参加が認められることになる。第三国企業による市場参加の判断は、委員会決議によって、あるいは第三国の当局との交渉によっても行われる<sup>28</sup>。

等価性審査による調整を行う意味は公法分野にあるが、私法への影響も十分に考えられる。例えば、第三国企業が、等価性の認められた自国法に基づいて負う義務に違反し、それによりEU内の投資家が損害を被るという単純な事例を思い浮かべてみると良いであろう。この場合、欧州裁判所は、その他に適用可能な責任法 (Haftungsrecht) を検討することなく、絶対的強行法規である欧州市場規範 (europäische Marktregeln) を適用しなければならないのであろうか。第三国法の規範 (Normen des Herkunftslandes) の等価性を確認するということは、本来、ローマI及びローマII規則における双方向的抵触規範を全面適用するという方向性を示すことになる。メガバンクの観点からすれば、当該等価性の確認は、「実際の生活をより単純にし、

28 例えば、EU目論見書規則 (2017/1129/EU) 29条以下、EUベンチマーク規則 (2016/1011/EU) 30条、EU市場インフラ規則 (2012/648/EU) 75条である。

経営費用を削減する真の抵触規範」である、ということになる<sup>29</sup>。監督権 (Aufsichtsrecht) を超えて調整するということは、加盟国の法秩序にとっ  
てはいうまでもなく、私法上の請求権を主張するという点においても、有益  
である。もっとも、これらすべては、結局は未だ解決の見られない分野であ  
る。

## Ⅹ. おわりに

国際私法は、少なくともドイツにおいては100年以上もの間、その対象  
や任務によってではなく、双方向的指定規範の支配的な方法によって定義さ  
れ、部分的には超国家的な立場から議論されてきた。他方で、20世紀前半  
においては、自国の法秩序を守ることを目的として、とりわけ国内的視点  
から国際私法が構想された。第二次世界大戦以降は、国際民事訴訟法が  
台頭してきたことにより、指定法はその重要性を明確に失っていった。さ  
らに、特定の法分野においては、積極的平準化である法の統一が、支配的  
な調整方法として定着していった。ここ最近の50年は、消極的平準化が  
重要性を増してきている。EU法や人権と基本的自由の保護のための条約  
(Europäische Menschenrechtskonvention) による消極的平準化は、国際私法  
の成果を弱めるものである。消極的平準化は、実質的な公平性 (materielle  
Gerechtigkeit) という意味では認めがたいものとされている。

全体としては、すでにヴェラー (Marc-Philippe Weller) が指摘したよう  
に<sup>30</sup>、様々な調整方法が展開されてきた。もちろん、ヴェラーがその状況  
を、方法のトライアングルと表現した当時と比べれば、より多くの方法が存  
在している可能性もあろう。そして、その数は将来、さらに増えるであら

29 Otto, Regulatorische Vielfalt aus der Perspektive einer Bank, ZVglRWiss 117 (2018), 542, 553.

30 Weller, Vom Staat zum Menschen: Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit, *RabelsZ* 81 (2017), 747-780; Weller/Schlürmann, Methodenvielfalt im IPR des 21. Jahrhunderts – ein deutsch-französischer Vergleich, in: *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, 2018, 893-911.

う。なお、協同等価値性審査については、将来の発展可能性を有する分野として本稿では言及している。牴触法学の未来にとっては、物音を立てずにやってくる様々な方法に気がつくことが重要である。その際、必要なのは、一方で、国際取引における経済及び社会的関係についての知識であり、他方で、国際私法の任務に対する確固たる展望である。その任務は、加盟国ごとに異なる法秩序を調整することにより、法律関係に法的安定性のある秩序をもたらすという点にある。

〔付記〕

本稿は、ユルゲン・バーゼドー教授（マックス・プランク比較私法・国際私法研究所（以下、MPIという。）元所長）が、2019年に公表された論文「社会の変遷における国際私法の任務と方法の多様性」（Jürgen Basedow, Aufgabe und Methodenvielfalt des internationalen Privatrechts im Wandel der Gesellschaft in: Caroline S. Rupp (Hrsg.), IPR zwischen Tradition und Innovation, Tübingen, 2019, S. 1 ff.）を邦訳したものである。同論文は、2019年4月4日から2日間にわたってヴェルツブルクで開催された、第2回国際私法若手研究者大会における記念講演に基づくものである。同大会は、国際的に大きな反響を得たボンでの第1回大会（2017年春）に引き続き、「国際私法における伝統と革新（“*IPR zwischen Tradition und Innovation*”）」をテーマに開催されたものである。

国際私法を専門としない訳者が本論文を翻訳するきっかけは、バーゼドー教授がMPIで行われた同じテーマでの講演を拝聴した中田邦博教授（龍谷大学）から同論文の内容を紹介され、同論文を読み、そこに示されたバーゼドー教授の深い考察に魅せられたことにある。同論文は、上記の大会のテーマである「伝統と革新の結びつき」を究明するものであり、そのことは、民法分野においても求められている。そこで、国際私法の歴史的及び未来への継続的發展という見地から、21世紀における国際私法の役割と方法に関して述べた同論文を邦訳することで、そうした知見を共有したいと考えたのであ

る。

中田教授には、こうした機会を与えてくださったこと、また、バーゼドー教授から同論文の日本語への翻訳の許諾を得る仲介の労もとっていただいたことに対して、お礼申し上げます。バーゼドー教授の略歴・業績の紹介については、ユルゲン・バーゼドー（中田邦博訳）「ヨーロッパ私法の漸進的生成」の付記・川角由和・中田邦博＝潮見佳男・松岡久和『ヨーロッパ私法の展開と課題』（2008年、日本評論社）43頁以下を参照されたい。

なお、邦訳にあたっては、立命館大学法学部の樋爪誠教授から、多数の有益なご指摘をいただいたこと、この場を借りて、厚く御礼申し上げます。専門を異にすることから思わぬ誤解や誤訳があるかもしれないが、すべて訳者の責任であることも記しておく。

最後に、バーゼドー教授が2023年に逝去されたことをお伝えしなければならない。訳者はバーゼドー教授の退官記念式典に参加したことがあるが、親しみやすい人柄もあり、多くの方が集まっていた楽しい祝宴であったことが記憶に残っている。ここに、故人の冥福を心からお祈りする次第である。

※本稿は、JSPS科研費 JP21K20093による研究成果の一部である。



