

抵触法における二つの法プロセス

伊藤 敬也
いとう だかや

青山学院大学法学部専任講師

はじめに

- 1 アメリカ抵触法革命批判
- 2 既得性理論
- 3 抵触法における二つの法プロセス
- 4 抵触法と実質法の峻別

おわりに

はじめに

法例の全部を改正した「法の適用に関する通則法」(以下、「法適用通則法」と略す)が第164回国会において成立し、2006年6月21日に公布された。今回の改正は、財産法に関する規定の変更を中心にしながらも、明治時代から用いられ続けてきた法令名の変更をとまなう大きなものであった。法適用通則法の公布にいたる法例の改正作業と機を同じくして、ここ数年間のうちに、抵触法上の規律方法をあらためて検討しようとするいくつかの試みが提示されている。

たとえば、日本の法例の特徴を「ほとんど双方向的抵触規則を採用した双方主義に基づく国際私法」と定義しつつ、双方主義以外の抵触法上の規律方法にも目をむけ、双方主義の理論基盤やその限界の再検討を行なう必要性について指摘するものがある⁽¹⁾。

また、各法律関係についてその最密接関係地法を適用すべきとするサヴィニニの準拠法決定テーゼ⁽²⁾を原則的法定題ではなく一種のスローガンと理解し、個々の抵触法規則がさまざまな利益衡量によって構成され得ること、場所的な結びつきを基準にすることよりも法的安定性を確保しつつ具体的に妥当な準拠法を導くことの重要性を説くものもある⁽³⁾。

このような抵触法上の規律方法の柔軟化に関する検討が、現代の抵触法学における重要な課題のひとつであることは否定できない。しかしながら、抵触法上の規律方法の柔軟化を、解釈論あるいは立法論において行なおうとする場合には、その限界を予め画定しておく必要があるように思われる。

抵触法上の規律方法の柔軟化は、抵触法の領分においてのみ認められるべきものである。柔軟化によって準拠実質法の適用結果が抵触法の過程であまりに重視されるようなことになれば、抵触法の実質法化あるいは抵触法と実質法のいわれなき融解⁽⁴⁾などの現象を生じ、抵触法に固有の機能や使命⁽⁵⁾が損なわれることにもなりかねない。したがって、柔軟化の限界を画定するためには、まず初めに抵触法と実質法の境界の画定をあらためて検討する必要がある。

本稿では、以上の問題意識のもと、抵触法上の規律方法の柔軟化の限界を画定するためのひとつの試みとして、伝統的国際私法理論の基本前提である抵触法と実質法の峻別に関する検討を行なう。

抵触法と実質法の峻別は、これまで当然の前提とされてきた。抵触法と実質法の峻別論については、すでに詳細な考察が加えられてもいる⁽⁶⁾。本稿では、これまでになされてきた考察をふまえ、抵触法上の規律方法の柔軟化のみならず抵触法と実質法の融合までもが企てられたアメリカ抵触法革命⁽⁷⁾を批判し、抵触法の規範構造分析によって抵触法と実質法の峻別基準を設定しようとするデイン (Perry Dane) の既得性理論⁽⁸⁾を中心に検討していく。

1 アメリカ抵触法革命批判

抵触法革命⁽⁹⁾は、当時の時代思想であった現実主義⁽¹⁰⁾を事実上の基礎にして成立したものである⁽¹¹⁾。特に、1930年代を中心に活躍したクックは、抵触法革命の前期の代表者であると同時に、アメリカにおける法現実主義運動の先駆者のひとりでもあった⁽¹²⁾。クックによる伝統的既得権理論批判は、ピール以来の概念主義に対する機能主義の立場からの反論としてなされた⁽¹³⁾。

クックにとって、それまでの抵触法理論の多くは、恣意的で不完全な論理と言語崇拝に依拠した、原理上も政策上も要求されない結論を導くものであった⁽¹⁴⁾。クックは、法選択に携わる裁判所の役割を、外国法の適用ではなく、法廷

地法により生じる権利の実現にとって有効な他国の法体系と同一の判決規則を編入することにあると考えていた⁽¹⁵⁾。

法現実主義の立場からすれば、権力行使に携わる法機関の行動のみが法であり、執行を離れて権利は存在しない。裁判官の行動を予測するための理論として不十分であることが、法現実主義の立場からの伝統的既得権理論に対する批判のひとつであった⁽¹⁶⁾。クックは、このような立場から、法廷地の政策の促進を重視するとともに、ルールによる問題解決の可能性を疑問視し、状況主義にもとづくローカル・ロー理論⁽¹⁷⁾を提示したのである。

クックの後継者であり抵触法革命後期の代表者のひとりであるカーリーは、立法者意思を重視することからも明らかのように法現実主義者とは必ずしもいえない。むしろ独自の社会思想にもとづくポスト現実主義者であったと評されている⁽¹⁸⁾。しかしながら、カーリーは、クックの抵触法理論を支持し、ローカル・ロー理論のさらなる明確化のために、法廷地の政策および価値に着目する利益分析論⁽¹⁹⁾を独自に構築していった。

利益分析論は、準拠法の決定に際して競合する法規範それぞれの背後にある政策目的の分析を裁判官に要求する⁽²⁰⁾。利益分析論にとって立法は道具行為であるから、立法者および裁判官の役割は、裁判以前に存在する当事者の権利に法律上の効果を与えるのではなく、特定の社会目的を達成するための規範を裁判によって形成することである⁽²¹⁾。規範に内在する政策または価値の促進こそを法規範の実現と考えるカーリーは、真正の抵触の場合に原則として法廷地法の適用を主張した⁽²²⁾。

クックとカーリーに共通するのは、ルール懐疑主義にもとづき、法制度と事実の連結を、論理上唯一の結合としてではなく、重力のような程度の問題と理解したことである。両者はともに、法律関係あるいは争点の発生した時間および空間に固執せず、ドミサイルの柔軟な参照を認めた⁽²³⁾。このようにドミサイルを連結点として広範に参照する、ある種の属人主義を採用したことが抵触法革命の理論の特徴のひとつである。抵触法革命において採用された属人主義は、法域と人との関係評価をめぐって、国家または州が単なる土地の区画ではなく人によって構成されたものだという認識を前提にしている⁽²⁴⁾。

牴触法革命は、このように、法現実主義の立場から、伝統的既得権理論の細部のみならず法理学的核をも攻撃するものであった。デインは、個人の権利の存在を否定する認容しがたい功利主義と法現実主義の反映だとして牴触法革命を批判する⁽²⁵⁾。その上で、伝統的既得権理論の細部については大部分をそのままに認め、牴触法革命において激しく攻撃された法理学的核の強化と正当化による既得権理論の再生を試みる⁽²⁶⁾。

伝統的既得権理論と牴触法革命の理論の対立は、法律観すなわち法の本性に関する理解の相違に起因している⁽²⁷⁾。デインは、法の本性に関して、規範基底説と判決（結果）基底説という二つの一般類型を示し、前者の規範基底説を可能な限り擁護することで、後者の判決（結果）基底説に基礎づけられた牴触法革命の理論に対抗しようとするのである。

規範基底説においては、法規範の目的と法の支配の目的が区別され、法規範の存在とその実現が区別される⁽²⁸⁾。

法規範の目的と法の支配の目的の区別とは、行為の正当化と当該行為に分類される特定の行動の正当化を区別するということである⁽²⁹⁾。法規範そのものは、功利性または財、衡平の最大化、政治的妥協の実現などさまざまな目的を達成するために公布され得る。この段階では、法規範に内在する政策の考慮を求める牴触法革命の主張も認められる。

しかし、法規範は一旦公布されると、人々の生活のさまざまな出来事や状況の法律上の地位を定める規範体系の一部になり、道徳空間⁽³⁰⁾を形成する。裁判で規範を適用する第一の目的は、規範体系それ自体および規範体系によって生じた権利義務の保障にある⁽³¹⁾。

さらに、規範基底説は、強制力を有する司法の判断から独立した客観性を法規範に認める。法規範が裁判による実現から離れて存在し得るということは、法規範から生じる権利が必ずしも常に実現されるわけではないということの意味する。発見した権利を実現しようとする裁判所の判断であったとしても、法規範の求める客観的解答と矛盾すれば誤りとされ得るのである。また、法規範の存在とその実現を区別することによって、裁判外での当事者の義務を含む実体事項と裁判での手続事項が区別されることになる⁽³²⁾。

デインにとって、現実の裁判は、善の理想均衡を達成する場ではなく、人々が遵守を期待されている前もって定義された善の観念に従い法的判断を下す場である⁽³³⁾。規範基底説の法律観によれば、規範に内在する目的の達成を規範適用の根拠に掲げる抵触法革命の理論は、その前提において肯定され得ない。また、裁判所の主要な役割は、たまたま訴が提起された場所であるにすぎない法廷地の利益を代表することではあり得ず、裁判で適用されるべき規範体系を発見することである⁽³⁴⁾。

法は自立性を有し、経済、政治、一般道徳哲学に還元されてしまうことは決してない。配分計算ではなく法の道徳性によって制約される裁判は、行動基準として重視するよう定められた規範を実現する⁽³⁵⁾。裁判過程で正当化されるのは政策ではなく原理であり、裁判は本質において処理行為ではなく読解行為なのである⁽³⁶⁾。したがって、判決（結果）基底説に依拠する抵触法革命は原理的に許容され得ない。デインは、以上のような法の本性に関する理解を前提に抵触法革命の諸理論を批判しつつ、既得権理論を再生するための抵触法上の原則として既得性（vestedness）という概念を提示する。

2 既得性理論

デインによれば、伝統的既得権理論は、以下の七つの原則から成り立っている⁽³⁷⁾。①有効な法規範の唯一の源泉は国家（州）である。②抵触法規則は法廷地の国内法である。法廷地の裁判所は、外国で生じた権利を執行する。③法的権利は最も重要な出来事および行動によって確定し、裁判所の任務はすでに存在する権利を発見することである。抵触法規則は、立法権限を配分するためのものである。④行為地を探索する行為領域主義（act-territorialism）を重視する。⑤抵触法規則は、実質法から独立し、法適用の結果に対して中立でなければならない。⑥客観的で自動的かつ単純な法選択基準を理想とする。⑦不法行為の場合の損害発生など特別な瞬間（magic instant）を基準にする。

このうちの④および⑦の原則については、デインからも批判または修正の必要性が指摘されている⁽³⁸⁾。まず、④に関して、行為地の探索を原則としつつ、ドミサイルを参照する人的領域主義（person-territorialism）の導入の可能性が認

められている。これは伝統的既得権理論とデインの理論の最も大きな違いである⁽³⁹⁾。また、すべての権利の発生に特別な瞬間を定めることで複雑な物語を一瞬に封じ込めようとする⑦の原則が、伝統的既得権理論の恣意性を表すものとして批判されている。

しかし、より重要なのは、デインが、原則それぞれの妥当性を認めながらも、伝統的既得権理論の示した七つの原則すべてを組み合わせる必然性はないとしていることである。

デインは、③を既得性原則として再構成し、独自の抵触法理論である既得性理論の中心に据えた。既得性原則は「あらゆる法廷地の裁判所は、裁判の実体要素を規律する基準の選択において、実際の裁判で、他の法廷地によって適用されたとしても同一の実質基準を導くことが期待され得るような法選択基準によらなければならない」⁽⁴⁰⁾ことを要請する法命題として再定義されている。

利益分析論では、裁判所の法廷地法適用義務が立法者意思から直接に派生するとされ、ローカル・ローの適用によって立法者の政策選択を保障する義務を裁判所が負うと考えられていた⁽⁴¹⁾。既得性理論の依拠する規範基底説も同様に、規範構造の確定において立法者意思を一定の範囲で尊重する。しかし、既得性理論は、特別な利益や政策の促進を要求する立法者意思のある場合であっても、既得性原則の有効性を認める。デインによって示された既得性原則は、裁判所と同じく立法者にも向けられた規範命題なのである。たとえ法廷地法の適用が立法者の意思であったとしても、既得性原則に反していれば不当な法適用と判断される。

既得性は、法の本性に関する規範基底説から導かれた、法の支配の一要件である。したがって、既得性原則に反した立法者意思の尊重は、裁判所の義務に含まれない。デインによれば、既得性の要請は、法律不遡及の原則と等位にある法原理であり、普遍的法命題である。立法者意思の有無にかかわらず、外国国家によって確立された規範体系の侵害につながるような法廷地実質法の解釈は許されない⁽⁴²⁾。

既得性原則の定義における「期待され得る」という文言が示すように、既得性理論は、個々の規定の内容ではなく規範の構造を対象にしている⁽⁴³⁾。既得性

の原則は、牴触法規則の構造に価値中立性を求める形式要件である。

既得性の要件を満たすためには、場所概念を用いる必要すらない。規定内容については、法廷地の立法者あるいは裁判所が複数の候補から自由に選択することを認める⁽⁴⁴⁾。たとえば、両当事者に共通する宗教法、弱者救済に有利な法、実定法ですらない自然法などの適用を認める牴触法規則のいずれもが既得性原則の審査基準に適合する⁽⁴⁵⁾。極端な例としてではあれ既得性理論が自然法の適用まで認めることは、各法域の個別利益を反映する政策考慮から離れて当事者の権利の普遍性を目指すよう牴触法に要請するデインの権利論の本旨をよく示している⁽⁴⁶⁾。

既得性原則は、牴触法上の法廷地中立原則と類似している。しかし、一方では、法廷地中立原則より広く機能する。デインは、法廷地法の優位を完全に否定して、法廷地に中立の基準に従い準拠法を選択するよう求める。この場合には、法廷地を明示的に優先する牴触法規則を認めないだけでなく、「両当事者またはその代理人が最後に部屋を同じくする地の法」といった中立性を装う基準も排除されることになる⁽⁴⁷⁾。

他方で、既得性原則は、法廷地中立原則より狭い制約概念でもある。異なる法廷地がまったく同一の牴触法規則を採用することを既得性原則は要求していない⁽⁴⁸⁾。また、既得性による制約は、広い意味での判決の国際調和の理念ともやや異なり、どの国で裁判が行なわれても常に同一の準拠法が指定されることや準拠法適用結果が常に同一であることまで求めるものではない。

たとえば、甲国が、自国の牴触法規則において常に法廷地法を準拠法とする規定を採用すれば、既得性原則に反することになる。これに対して、甲国法の適用を明文で定める牴触法規則を甲国が採用した場合には、このような規則は乙国や丙国で用いられたとしても同じく甲国法を指定することになるから、既得性の要件を満たしていると判断される⁽⁴⁹⁾。既得性理論は、牴触法規則が法廷地以外の場所で使用される可能性を常に想定するよう要求し、牴触法の普遍性を求める。個別の判断を整合性のあるプログラムに適合させ秩序を賦課する「司法上の統合性原理(the adjudicative principle of integrity)」⁽⁵⁰⁾の尊重を涉外事件についても要請するのである⁽⁵¹⁾。

しかし、甲国法を明示に指定する規定が乙国や丙国の抵触法規則で現実採用される可能性はないに等しい。これは既得性理論の破綻であり、結果として法廷地法主義の事実上の採用を認めることになってしまうのではないかという批判がある⁽⁵²⁾。

既得性理論における権利とは、特定の帰結を求める積極的権利である。積極的権利の実現を抵触法の目的とする既得性原則は、抵触法規則の内容について複数の候補を認めながらも、最後の段階で唯一の正しい準拠法の確定を要求する。既得性の要件を満たすためには、特定の法律関係あるいは争点について法廷地を問わず常に甲国法を適用することが唯一の正解ならば、乙国や丙国でも同一の抵触法規則を採用しなければならない。各国での抵触法規則の制定に一定の義務を課す国際法が存在しない現状において、このような要件を課す既得性原則の有効性は極めて限定される⁽⁵³⁾。

ここで重要なのは、既得性原則が、あくまでもデインの抵触法理論を構成する諸原則のひとつだということである。デインの抵触法理論は、抵触法革命の諸理論から導びかれるもののような望ましくない抵触法規則の排除という独立の重要性をもつ既得性原則のほか、望ましい抵触法規則を導くためのいくつかの原則から成り立っている。他国の抵触法規則との互換性を現実に確保できないとすれば、甲国法の適用を定める甲国の抵触法規則は、規律方法の形式として、一方的抵触規定に分類される。デインの抵触法理論は、双方的抵触規定を望ましい抵触法規則としている⁽⁵⁴⁾。デインにとって、一方的抵触規定は、既得性原則に反しないとしても、理想の規律方法ではない。デインの抵触法理論において双方的抵触規定を導くのは、抵触法の法プロセス分析による一次法プロセスと二次法プロセスの区別にもとづく抵触法独立原則である。

3 抵触法における二つの法プロセス

前述のように、既得性原則は、望ましくない抵触法理論を排除するための基準である。デインの目的は、抵触法理論を精査し、審査に合格した抵触法理論を法理学上の規範基底説によって正当化し、抵触法革命を完全な失敗に終わらせることであった⁽⁵⁵⁾。

しかし、形式命題としての既得性原則は、連結点確定のための内容をもたない。伝統的既得権理論は、規範的に重要な出来事の発生した時点で権利が確定するとしていた。たとえば、交通事故の準拠法については、事故地法がプロパー・ローになる。これに対して、既得性原則そのものは、事故地、事故時の被害者または加害者のドミサイルのいずれも連結点として許容する⁽⁵⁶⁾。そもそも確定という概念は不明確なものである。法選択において重要なひとつの出来事の前には、等しく重要な他の出来事が並んでいる。伝統的既得権理論においても、時系列上の前後関係のみが重視されていたわけではない。

この場合に既得性原則が排除するのは、訴訟時のドミサイルを連結点とする牴触法規則である。訴訟時のドミサイルを法選択の基準にすることは、結果として法廷地法の適用を導くことにつながるからである。法廷地法主義は、牴触法そのものの存在の必要性を否定しようとする主義にほかならない⁽⁵⁷⁾。アインの既得性理論は、牴触法上の規律方法の柔軟化と法廷地法主義の採用を厳格に区別し、法廷地法主義を排除するために提示されたものである。アインは、さらに、牴触法上の規律方法の柔軟化にかかわるもうひとつの問題である牴触法と実質法のいわれなき融解を防ぐ目的で、望ましい牴触法上の規律方法を導くために、牴触法と実質法を峻別する基準の設定を試みている。

牴触法と実質法の峻別基準の設定においても、アインが着目するのは、規範の内容ではなく構造である。アインの依拠する規範基底説は法の過程を三段階に分解する。法規範の発生段階、法規範の適用対象となる出来事または状況の発生段階、法的帰結の制度的実現段階である。このような法過程理解に従うと、牴触法理論においても、第二の段階を中心に第一の段階の直後から第三の段階の直前までの幅の中でさまざまな考慮要素を抽出することが許される⁽⁵⁸⁾。規範基底説の法過程を前提に導入されるのが、牴触法における一次法プロセスと二次法プロセスの区別である。

一次法プロセスと二次法プロセスの区別は、ハートの二重のルール体系論⁽⁵⁹⁾から強い影響を受けている。二重のルール体系論は、ルールの体系を一次ルールと二次ルールに分類する。一次ルールとは、個々人に対する行為規範であり、直接に義務を賦課するルールである。二次ルールは、裁決のルール、変更の

ルール、承認のルールからなる権限付与のルールであり、ルールを審査するルールである。

ルールの確定を法律家に委ねるハートの法秩序論は、リーガリズムに偏っていると批判されている。しかし、第一義に裁判という法過程の一部である法選択に関して、二重のルール体系論は有益である。抵触法は、一次ルールに分類される実質法に裁判での法源性を付与する二次ルールとして理解できる。

一次ルールと二次ルールの区別を敷衍したデインのいう一次法プロセスと二次法プロセスの区別は次のように説明される⁽⁶⁰⁾。抵触法における一次法プロセスは、純然たる事実を対象に主に法廷地の実質政策を実現しようとする過程であり、立法権限の執行過程を意味する。二次法プロセスは、裁判上の争点を対象に中立の立場から渉外事件における準拠法を決定しようとする法廷地の努力の反映であり、立法権限の配分過程を意味する。デインは、一次法プロセスと二次法プロセスの区別を理解するための具体例を提示している。

実際の抵触法規則には、一次法プロセスの規定と二次法プロセスの規定が混在する。たとえば、アメリカ合衆国の抵触法第一リステイメント 121 条は、婚姻の有効性について婚姻挙行地法主義を採用した規定である。これに対して、121 条の例外条項である 132 条は、重婚、近親婚、異人種間婚に加えて「ドミサイル地法によれば他州で挙行した婚姻であっても無効とされる婚姻」を無効な婚姻の例として挙げ、一方当事者のドミサイル地法上の要件を欠く場合を婚姻障害として規定している。

121 条は、伝統的既得権理論の行為領域主義にもとづく二次法プロセスの規定の典型例である。しかし、132 条は、結果としてドミサイル地に広範な婚姻承認権限を与えるものであり、ドミサイル地の実質法上の政策を実現するための一次法プロセスの規定である⁽⁶¹⁾。121 条と 132 条をこのように理解すると、「当事者がドミサイル地法上の成立要件を回避するために他州で婚姻を挙行したこと」のみを理由に婚姻が無効とされることはない旨を定めた 129 条も、ドミサイル地の実質法の解釈基準を提供するための一次法プロセスの規定ということになる。

また、抵触法第二リステイメント 187 条 2 項 b 号は、「契約法」の最大の目

的 (prime objectives) である当事者の正当な期待の保護を根拠に、契約における準拠法合意条項の効力を認めている。

ここで、当事者の正当な期待の保護を要請する「契約法」を、高次の一般契約法あるいは特定の実質法として理解すれば一次法プロセスの規定となり、法廷地の抵触法規則独自の立場から決定される抵触法上の概念として理解すれば二次法プロセスの規定となる⁽⁶²⁾。ある規定が一次法プロセスと二次法プロセスのどちらに分類されるかは、解釈によって変動し得るのである。

抵触法革命においてクックおよびカーリーが示した同化規則および適用範囲規則に対する評価をみることによってデインの考えはより明確になる⁽⁶³⁾。

クックは、抵触法を同化規則として理解する。法廷地実質法の慎重な解釈にもとづき外国実質法の内容を同化したローカル・ローを適用することで、外国実質法の求める衡平や便宜を考慮することができるとしていたのである。しかし、クックの抵触法理論によれば、法廷地の社会や経済に関する構想と他の法体系における社会および経済の構想がともに事件と密接に関連し対立する真正の抵触の場合には、外国実質法の内容を同化できず、ローカル・ローではなく法廷地実質法を適用することになる。

カーリーは、個々の実質法に内在する適用範囲を明らかにするための規則として抵触法を理解していた。ただし、外国実質法の適用範囲が考慮されるのは虚偽の抵触の場合に限定される。法廷地実質法と外国実質法の適用範囲が重複する真正の抵触の場合には、クックと同様に法廷地実質法の適用を原則とする。

デインは、抵触法上のあらゆる考慮において、一次法プロセスと二次法プロセスの相互作用、区別に慎重であることを求める⁽⁶⁴⁾。一般に、伝統的既得権理論は、抵触法を二次法プロセスにおいて機能するものとみなし、抵触法革命の理論は、抵触法の機能を一次法プロセスとみなしていた。クックおよびカーリーの抵触法理論は、一次法プロセスのみを重視することで、抵触法を実質法に還元しようとするものである。しかし、クックとカーリーはともに、二次法プロセスの抵触法を放棄してまで一次法プロセスを重視すべき理由を明示していない。

一次法プロセスによって構成される抵触法規則は、多くの「語り得ないもの (whereof one cannot speak)」⁽⁶⁵⁾を前提にすることになる⁽⁶⁶⁾。一次法プロセスの

抵触法規則は、法選択において法律問題に対する法廷地の国家利益を考慮するよう求める。しかし、国家利益の評価が記述行為なのか規範行為なのかについては明示されていない⁽⁶⁷⁾。そもそも考慮される利益そのものが記述概念なのか規範概念なのかまったく示されていないのである。さらに、真正の抵触において法廷地法を適用しない適切な理由 (good reason) が理論上ただちに導かれ得るものではないため、抵触法規則を一次法プロセスによって構成することは、法廷地法主義の採用にほかならない。また、最も重要なのは、一次法プロセスを抵触法において行なう理由が語られていないことである。

4 抵触法と実質法の峻別

外国実質法と等しいローカル・ローの創造を抵触法の役割とするクックのローカル・ロー理論および法廷地の政策あるいは利益の促進を抵触法において第一に考慮すべきとするカリーの利益分析論とともに、一次法プロセスと二次法プロセスの区別の崩壊を意図していた。クックの示した同化規則、カリーの示した適用範囲規則は、抵触法の外観をまといながら、法廷地実質法の一次法プロセスの一部を担うものである⁽⁶⁸⁾。抵触法革命の諸理論は、規律方法の柔軟化のみならず、抵触法の価値中立性と実質法からの独立性の放棄を主張した⁽⁶⁹⁾ ことによって、アメリカ国内外で多くの議論を喚起したのである。

伝統的既得権理論は、結果に対する中立性の維持ということ以上に、実質法に内在する国家利益の評価に依存しないという意味で、実質法からの独立を原則として掲げていた。このことは、伝統的既得権理論が実質問題を完全に避けていたということをも必ずしも意味しない⁽⁷⁰⁾。

抵触法が二次法に分類される「法の法」であることと抵触法が実質的内容をもたないということは同一ではない。不法行為準拠法の選択において常に弱者保護を重視するような規律方法であっても、実質法の細部の差異を超越して各法域が共有するある種の抵触法上の根本政策の慎重な反映にとどまるのであれば、望ましいものではないとしても許容され得る。

ただし、それが特定法域の実質法上の考慮を侵入させようとするものであるならば、抵触法の二次法としての性質と矛盾してしまう。抵触法を一次法プロ

セスによって構成する抵触法革命の試みは、結局のところ、抵触法を実質法化しようとする企てであった。これまで整理してきたように、一次法プロセスにおいて考慮されるのは実質法上の価値であり、一次法プロセスの抵触法規則は、抵触法のものであっても実際には実質法である。

実質法の解釈方法は、解釈者の結果の妥当性に関する評価にもとづき、結論にいたる前の段階で数種の方法論のうちから選択され決定される⁽⁷¹⁾。実質法の解釈において結果の妥当性評価が求められるのは、結果の妥当性評価が、実質法の法目的や機能として広く認められているからである。抵触法の解釈において、このことは決して自明ではない。

すでにみたように、現実の成文規則およびその解釈には、一次法プロセスと二次法プロセスの両方が混在している⁽⁷²⁾。たとえば、法例17条1項(法適用通則法28条1項)は、嫡出子の身分の取得を容易にするという子の利益保護の考慮から、父または母の本国法への選択的連結を定めたものである。本条は、条文の形式は実質法的であるけれども、抵触法規定であることに変わりはないとされている⁽⁷³⁾。しかし、これは少なくとも形式において一次法プロセスの抵触法規定である。また、準拠法相互の衝突から不当な結果の生じた場合に行なわれることのある適応問題としての処理は、実質法上の利益を衡量し、準拠実質法秩序の内部において実質法の解釈および適用を操作する一次法プロセスにほかならない⁽⁷⁴⁾。

抵触法の構造分析にもとづく一次法プロセスと二次法プロセスの分類は、混入した実質法を抵触法から除去するために設定された形式審査基準である。デインによって示された一次法プロセスと二次法プロセスの区別は、抵触法と実質法を峻別する上で有益な基準を提供する。法プロセス分類による抵触法と実質法の峻別は、それが記述行為として可能であるということではなく、規範行為である。したがって、ここでなお問われるのは、なぜ抵触法と実質法を峻別しなければならないのかということである。

デインは、「抵触法は、法の多様性を前提に存在し、抵触法の言説は、法の多様性を仲介し超越する方法について慎重かつ厳格でなければならない」⁽⁷⁵⁾という抵触法上の原理の存在を示唆する。このように法の多様性への慎重な対応を要

請する原理を示すのが、抵触法正義⁽⁷⁶⁾という概念である。

すべての法は正義要求を内包している。正義要求を放棄した法は、不正である以前に、強盗の脅迫と何ら変わらない⁽⁷⁷⁾。抵触法も実質法も法である以上は同じく正義の実現に奉仕するものである。しかし、抵触法は、実質法から独立して存在する固有の法目的と機能を有し、固有の正義すなわち抵触法正義の要求を内包している。抵触法の実質法化は、法の多様性を捨象するものであり、抵触法正義を放棄するものである。抵触法と実質法の峻別は、法の多様性を尊重する抵触法正義から導かれるのである。

抵触法正義は抵触法と実質法を分ける根本理念であるにもかかわらず、これまで明確な定義を与えられていない。「国際私法は、上位法であり、間接規律の法たる性格をもつから、同じく法であっても、下位法であり、直接規律の法たる性格をもつ実質法とは法の理念たる正義の観念を異にする。すなわち、国際私法的正義の観念は実質法的正義の観念とは同一ではない。換言すれば、実質法は、具体的個別的な権利義務の決定にかかわる法であるから、その理念とする正義の観念も具体的個別的な権利義務の決定における正義の実現に関するのに対し、国際私法は、具体的個別的な権利義務の関係から抽象された各種の法律関係について、その準拠法を定める法であるから、その理念とする正義の観念も、そうした準拠法の決定における正義に関する。すなわち、後者においては、一般的抽象的になを基準として準拠法を決定するのが正義にかなうかが問題となる」⁽⁷⁸⁾あるいは「実質法と同様に、国際私法も私人間の正義 (Gerechtigkeit) に奉仕するものである。しかし、実質法的正義の観念と国際私法的正義の観念とは同一ではない。前者が、個別的具体的な権利義務の決定に関する正義であるのに対し、後者は、一般的抽象的な準拠法の決定に関する正義である」⁽⁷⁹⁾という記述は、抵触法正義と実質法正義の違いに言及するものであっても、抵触法正義それ自体を定義するものではない。抵触法と実質法の峻別を規範命題として構成するには、正しい抵触法理論ではなく、抵触法に固有の任務を与え、抵触法の正しさを基礎づける正義の観念が求められる。契約法に関して、契約正義の実現を契約法の目的に据え、正義論一般の中で契約正義論を位置づけた⁽⁸⁰⁾のと同様の実践が抵触法についても必要なのである。

日本の抵触法学に思想基盤を与えた者のうちのひとりである田中耕太郎は、キリスト教の世界観にもとづく普遍主義の正義論に依拠していた。現在までの一般的な涉外私法秩序観の基礎になっている田中耕太郎の世界法の理論によれば、世界法という同一の枠組の中に抵触法と統一実質法があり、しかも抵触法は統一実質法の未整備を補うものとして位置づけられる⁽⁸¹⁾。普遍主義の正義論は、このように抵触法正義の観念と実質法正義の観念の差異を曖昧にしてしまう。実質法正義に還元されない抵触法正義を基礎づけるのは、普遍主義の正義論ではあり得ない。

前述のように、一次法プロセスは、立法権限にもとづき制定された実質法の執行過程であり、二次法プロセスは、立法権限にもとづき制定された実質法の配分過程である。また、一次法プロセスは、実質法正義にかかわり、二次法プロセスは、抵触法正義にかかわる。したがって、二次法プロセスの正当性は、法の多様性および差異の尊重から導かれ、抵触法正義は、法の多様性および差異を肯定するような正義論によって基礎づけられなければならない。

差異の価値を認め、正義の範囲と固有性を主題にしているのは、差異の政治あるいは多元主義および特定主義の正義論である⁽⁸²⁾。正義は、特定の時代の特定の地域の特定の政治共同体がつくり出したものであり、個々の政治共同体を包摂するような普遍性をもつ正義は存在しない。それぞれの共同体の正義が偶然に類似していたとしても、やはり区別されなければならないのである。このことは、実質法の内容の類似性にもとづく高次の超国家法の抵触法における想定を否定する⁽⁸³⁾。差異に第一の価値をおく多元主義の正義論は、サヴィニイのいう国際法的共同体の存在も必要性も認めないのである。

政治共同体の役割は、社会財の適切な配分を実現することである。そのために、実質法が用いられる。ただし、それぞれの共同体は、独自の社会財を形成し、その重要性も特定の社会の成員によって諒解されている状態に依存する。社会財の独自性と共同体構成員の諒解への依存性から、共同体間の差異と共同体の多様性が承認される。クックの意図したように、抵触法の姿をした不文の実質法であるローカル・ローによって他の共同体に属する社会財の配分を同化することはできない。

多元主義の正義論は、ある社会財がその帰属する領域的政治共同体の成員間で共有された共通理解を基準に固有の領分において配分されることを要請する。政治は常に領域に基礎づけられ、実質法正義の問題は常に境界のある政治共同体の内部で生じる。多元主義の正義論においては、実質法によって配分されるさまざまな財の固有の理解について、特定の共同体に固有のもの、共同体ごとの差異こそが重要なのである。

このように差異の重要性を評価する多元主義の正義論のもとで、牴触法は実質法に還元されない役割を担う。正義の領域固有性を強調する多元主義の正義論において問題になるのは、共同体の外部、共同体と共同体の間である。牴触法は、複数の共同体の関係する場合に生じた問題を、新たな規範定立を要することなく既存の規範に帰属させる。牴触法は、類似性ではなく差異にもとづいて機能するような特異性の間での新たな言語⁽⁸⁴⁾を構築するものである。完結したひとつの共同体と他の共同体の間に生じた問題を、牴触法が仲介することによって、それぞれの共同体の独立性や自律性を維持することができる。

差異の存在を理想状況の前段階と考える普遍主義の正義論ではなく、差異の存在そのものの価値を認める多元主義の正義論に基礎づけられた牴触法正義は、法の多様性の確保を要請し、二次法プロセスを正当化する。このような正義の観念のもとで、涉外私法秩序における実質法に対する牴触法の上位性は実質法正義に対する牴触法正義の上位性として理解される。デインの牴触法理論が要求するのは、実質法上の権利の普遍性の確保ではなく、牴触法正義の普遍性の承認なのである。

おわりに

デインによれば、牴触法学は、実践法理学あるいは応用法理学 (applied jurisprudence) の数少ない正真正銘の実例である⁽⁸⁵⁾。このような認識を共有する研究は日本でも予てから実践されており⁽⁸⁶⁾、すでに半世紀前から国際私法哲学の重要性が指摘されている⁽⁸⁷⁾。

2006年に公布された法適用通則法は、法定債権に関する明らかにより密接な関係のある地の法の適用を認め、法律行為に関する特徴的給付の理論を採用す

るなど、法例と比較してより柔軟な解釈の余地を明文で認めている。柔軟な解釈の余地は、常に実質法上の考慮の危険性をはらむ。抵触法上の規律方法の柔軟化が抵触法と実質法のいわれなき融解につながらないように、抵触法と実質法の差異を認識し、抵触法の領分と実質法の領分の境界線を画定する意義は今も失われていない。

法適用通則法については、すでに方法論上の混沌の存在が指摘されている⁽⁸⁸⁾。その姿は、また、新たな導きの星を求めてさまよう国際私法⁽⁸⁹⁾とも評されている。法律行為についての規定である11条および12条のような弱者保護のための特例、不法行為の規定である17条および18条において定められた予見可能性の要件は、実質法上の価値判断を色濃く反映したものである⁽⁹⁰⁾。さらに、最密接関係地法の適用というサヴィニイの公理を原型のままに定めたとされる8条1項および15条、20条の規定も、形式上は純粋な抵触法規則であっても実際には実質法上の価値判断にもとづく解釈の余地を残しているように思われる。

実質法上の価値判断を直接に取り込んだ国際私法ルールの必要性の根拠として、サヴィニイが前提にしていた「ヨーロッパの同質な社会の法の間での準拠法決定に比べ、グローバル化された現代社会にあって、しかも非ヨーロッパ文化圏に属する日本においては、当然のことながら、多種多様な法文化・法制度を有する世界中の国々の存在を前提に考えなければならない」⁽⁹¹⁾ことなど、時代状況の変化が挙げられている。しかし、これまで検討してきたように、多種多様な法文化や法制度の存在を前提に考え、その多様性を維持すべきであるからこそ、抵触法は実質法と異なる固有の役割を担う必要がある。

抵触法上の規律方法の柔軟化は、今後ますます複雑化し多様化する渉外民事紛争を解決する上で避けられない。しかし、渉外私法秩序の維持において、実質法あるいは抵触法のいずれか一方のみがすべての機能と使命を担う必要はない⁽⁹²⁾。また、そのようなことは不可能である。現在および将来の社会状況や経済状況に対応可能な抵触法理論を確立するためには、これまで抵触法学における暗黙の常識あるいは共通感覚として扱われてきた抵触法正義の観念を明確に言語化し、個別の解釈論の細部とともにその基礎となる国際私法哲学を精緻化し続けていかなければならないのである。

- (1) 中西康「比較国際私法における登録パートナーシップ—抵触法上の各種規律方法の比較分析のための予備的考察—」法学論叢 156 卷 3・4 号 294～295 頁。双方主義は「サヴィニー的方法、すなわち法規からではなく法律関係から出発して準拠法を指定するという方法」として理解されている。
- (2) 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第 6 版〕』67, 73 頁以下（有斐閣, 2006）を参照。
- (3) 出口耕自「判批」私法判例リマークス 32 号 139 頁。
- (4) 石黒一憲『現代国際私法〔上〕』122 頁（東京大学出版会, 1986）。
- (5) 櫻田嘉章「日本の国際私法研究の 100 年」国際法学会編『国際社会の法と政治（日本と国際法の 100 年 1 巻）』259 頁（三省堂, 2001）を参照。また、伊藤敬也「正義の多元性と国際私法正義—国際私法哲学の一断片—」日本法哲学会編『宗教と法—聖と俗の比較法文化—（法哲学年報 2002）』167 頁以下（有斐閣, 2003）も参照。
- (6) See, e.g., SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, LAUSANNER KOLLOQUIUM ÜBER DEN DEUTSCHEN UND DEN SCHWEIZERISCHEN GESETZENTWURF ZUR NEUREGELUNG DES INTERNATIONALEN PRIVATRECHTS (1984). 石黒・前掲書(註4) 4～122 頁。
- (7) アメリカ抵触法革命のこのような位置づけについては、石黒・同上書 64, 65 頁を参照。
- (8) Perry Dane, *Vested Rights, "Vestedness," and Choice of Law*, 96 YALE L.J. 1191 (1987) [hereinafter Dane, *Vestedness*]; P. Dane, *Conflict of Laws, in A COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY* 209 (DENNIS PATTERSON ed., 1996) [hereinafter Dane, *Conflict of Laws*]; P. Dane, *Whereof One Cannot Speak: Legal Diversity and the Limits of a Restatement of Conflict of Laws*, 75 IND. L.J. 511 (2000) [hereinafter Dane, *Whereof One Cannot Speak*]. See also Lea Brilmayer, *Post-modernism in American Choice of Law, in LIBER MEMORIALIS FRANÇOIS LAURENT* 695, 704-705 (JOHAN ERAUW et al eds., 1989). また、不破茂「アメリカ抵触法理論における抵触法的正義の再評価（上）」愛媛法学会雑誌 23 卷 1 号、伊藤敬也「法選択における権利—ブリルメイヤーの政治的権利理論—」青山社会科学紀要 28 卷 2 号、伊藤敬也「権利に基づく法選択—ダインの抵触法理論—」青山社会科学紀要 30 卷 1 号、浅野有紀＝横溝大「抵触法における権利と政策—アメリカ抵触法革命に対する批判の我が国への示唆」金沢法学 45 卷 1 号を参照。
- (9) See, e.g., Gerhard Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 COLLECTED COURSES 91, 95, 105 (1964). See also Jun Akiba, *Functional Analysis Approach Analyzed,*

- 4 HITOTSUBASHI J.L. & POL. 23, 23 (1965).
- (10) 20世紀のアメリカにおいて現実主義が法学にとどまらず時代の思想であったことについて、松浦好治「アメリカ型積極国家とリーガル・リアリズム—法哲学の社会的機能—」日本法哲学会編『20世紀の法哲学（法哲学年報1997）』240頁以下（有斐閣，1998）を参照。
- (11) Michael S. Green, *Legal Realism, Lex Fori, and the Choice-of-Law Revolution*, 104 YALE L.J. 967, 967 (1994). また、浅野有紀＝横溝大「抵触法におけるリアリズム法学の意義と限界」金沢法学45巻2号を参照。
- (12) Winston P. Nagan, *Theory and Method in Private International Law: A Policy-Oriented, International Perspective*, in *supra* LIBER MEMORIALIS 907, 911.
- (13) Dane, *Vestedness*, at 1197.
- (14) WALTER WHEELER COOK, THE LOGICAL AND LEGAL BASES OF THE CONFLICT OF LAWS 42-44, 154-157, 281, 350-388 (1942). また、佐藤節子「法命題の論理的分析について—W. W. クックのストーリー批判を中心に—」青山法学論集2巻2号を参照。
- (15) COOK, *supra* note 14, at 20.
- (16) *Id.* at 22-23.
- (17) ローカル・ロー理論の概要については、三浦正人「W. W. クックの国際私法理論」島根大学論集2号および同「Local Law Theoryにおける反致論」島根大学論集3号を参照。
- (18) Alfred Hill, *The Judicial Function in Choice of Law*, 85 COLUM. L. REV. 1585, 1588 n.6 (1985); Nagan, *supra* note 12, at 910, 912. Cf. Brainerd Currie, *The Materials of Law Study* (pt.3), 8 J. LEGAL EDUC. 1, 64-78 (1955).
- (19) B. CURRIE, SELECTED ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS (1963).
- (20) *Id.* at 183-184.
- (21) L. BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS 225 (2d ed. 1995).
- (22) CURRIE, *supra* note 19, at 119, 184.
- (23) Dane, *Conflict of Laws*, at 213.
- (24) *Id.* at 214.
- (25) Larry Kramer, *Rethinking Choice of Law*, 90 COLUM. L. REV. 277, 279 (1990).
- (26) Dane, *Vestedness*, at 1193.
- (27) Dane, *Conflict of Laws*, at 217.
- (28) Dane, *Vestedness*, at 1220.
- (29) John Rawls, *Two Concepts of Rules*, 64 PHIL. REV. 3, 3 (1955).
- (30) RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW 72, 95, 110, 113 (1996).

- 31) Dane, *Vestedness*, at 1218.
- 32) *Id.* at 1219.
- 33) *Id.* at 1221.
- 34) *Id.* at 1245.
- 35) H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 39 (1961).
- 36) Dane, *Vestedness*, at 1221-1222.
- 37) Dane, *Conflict of Laws*, at 210-213.
- 38) *Id.* at 211-213.
- 39) Brilmayer, *supra* note 8, at 704.
- 40) Dane, *Vestedness*, at 1205.
- 41) *Id.* at 1258.
- 42) *Id.* at 1259, 1263.
- 43) *Id.* at 1222.
- 44) *Id.* at 1209.
- 45) *Id.* at 1210.
- 46) 浅野＝横溝・前掲論文(註(8))118頁。
- 47) Dane, *Vestedness*, at 1206.
- 48) *Id.* at 1207.
- 49) ただし、完全に肯定されるわけではなく、主権の平等原則によって制約される。
Id. at 1211-1212. なお、浅野＝横溝・前掲論文(註(8))141頁の註(89)では、日本法の優先適用を定めた法例3条2項、6条、11条2項および3項、13条3項但書、15条2項および3項などの規定が、既得性原則に反する具体例として挙げられている。
- 50) R. DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 225, 273 (1986).
- 51) Dane, *Vestedness*, at 1212-1213, 1218, 1222-1223.
- 52) 浅野＝横溝・前掲論文(註(8))118～119頁。
- 53) 浅野＝横溝・同上論文131頁および該当箇所の註を参照。
- 54) Brilmayer, *supra* note 8, at 705.
- 55) Dane, *Vestedness*, at 1272-1274.
- 56) *Id.* at 1209, 1260.
- 57) 折茂豊「『属地主義』学説の一側面—普遍的国際私法規範の認否をめぐる—」大平善悟編『国際私法の基本問題(久保還暦記念)』70頁(有信堂, 1962)。
- 58) *Id.* at 1220.
- 59) 二重のルール体系論の概要については、中山竜一『二十世紀の法思想』46～48頁(岩波書店, 2000)などを参照。ハートの法秩序論と抵触法理論との関係について

ては、坪場準一「ローカル・ロー・セオリー」国際法学会編『国際関係法辞典〔第2版〕』895頁(三省堂, 2005)を参照。

(60) Dane, *Whereof One Cannot Speak*, at 511.

(61) *Id.* at 513.

(62) *Id.* at 521-22.

(63) Dane, *Vestedness*, at 1200-1204.

(64) Dane, *Whereof One Cannot Speak*, at 511, 522.

(65) LUDWIG WITTGENSTEIN, TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS § 6.54, at 189 (C.K. OGDEN ed. & trans., 1922).

(66) Dane, *Whereof One Cannot Speak*, at 523-525.

(67) Dane, *Conflict of Laws*, at 215.

(68) Dane, *Vestedness*, at 1272.

(69) See, e.g., Robert Leflar, *Conflicts Law: More on Choice-influencing Considerations*, 54 CAL. L. REV. 1584 (1966).

(70) Dane, *Conflict of Laws*, at 212.

(71) 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』20～24頁(有斐閣, 1997)および広中俊雄「現代の法解釈学に関する一つのおぼえがき」同『国家への関心と人間への関心』223頁以下(日本評論社, 1991)を参照。また, 広中俊雄『民法綱要』1巻総論上62～63頁(創文社, 1989)および多喜寛「国際私法における解釈方法論上の問題」同『国際私法の基本的課題』47～79頁(中央大学出版部, 1999)も参照。

(72) Dane, *Whereof One Cannot Speak*, at 525.

(73) 山田録一『国際私法(第3版)』476頁(有斐閣, 2004)。

(74) 山田・同上書168頁を参照。

(75) Dane, *Whereof One Cannot Speak*, at 524.

(76) 一般には国際私法的正義ということが多い。本稿では, 狭義の国際私法と国際民事訴訟法の両方に共通する正義の観念を表すものとして, 抵触法正義という語を使用する。

(77) 井上達夫「〈正義への企て〉としての法」岩村正彦ほか編『現代法学の思想と方法(岩波講座・現代の法15)』113頁(岩波書店, 1997)。

(78) 溜池良夫『国際私法〔第3版〕』15頁(有斐閣, 2005)。

(79) 山田・前掲書(註73)42頁。

(80) 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」芦部信喜ほか編『契約(岩波講座・基本法学4)』47頁以下(岩波書店, 1983)を参照。

(81) 田中耕太郎『世界法の理論』2巻7章(岩波書店, 1933)を参照。ただし, 田中

耕太郎も、抵触法の積極的役割を完全に否定しているわけではない。

- 82) 現在までの正義論の展開の概略について、田中成明「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」法曹時報55巻5号(2003)を参照。以下の記述の詳細は、伊藤・前掲論文(註5)169～173頁を参照。
- 83) See Dane, *Whereof One Cannot Speak*, at 525.
- 84) MICHAEL HARDT & ANTONIO NEGRI, *EMPIRE* 56-57 (2000).
- 85) Dane, *Conflict of Laws*, at 209.
- 86) 本稿は、塚場準一「国際私法の上位性について」一橋論叢43巻1号で示された研究方法論から大きな示唆を得ている。
- 87) 田中・前掲書(註81)1巻1～6, 15～16, 32頁(岩波書店, 1932)および沢木敬郎「国際私法上の連結点のあり方について」立教法学1号194～197頁を参照。
- 88) 道垣内正人「法適用通則法の成立と国際私法の新展開」法学教室314号8頁を参照。また、同「国際私法の新たな課題と展望」上智法学論集49巻3・4号17～30頁も参照。
- 89) 道垣内・同上論文(法学教室)10～11頁。
- 90) 道垣内・同上論文9頁。
- 91) 道垣内・同上論文11頁。
- 92) 法規範の全体構造における適用規範の位置づけについて、塚場準一「抵触法と外人法との関係再考—動態的抵触法理論への出発点としての静態的抵触法理論—」一橋論叢52巻1号を参照。