

国際私法における当事者意思の位置づけについて

—サヴィニーの法律関係の本拠説から現代国際私法理論への展開

木棚照一
き だなしょういち

名古屋学院大学法学部教授

- 1 はじめに
- 2 サヴィニーにおける法律関係の本拠の意義
- 3 サヴィニーの法律関係の本拠説の継受
- 4 サヴィニーの法律関係の本拠説と当事者自治の原則
- 5 結びに代えて

1 はじめに

国際私法を、複数の国に関係する私法的法律関係、つまり、渉外的法律関係又は国際的私法関係をその性質により分類し、法律関係ごとに場所的関連性を示す要素、つまり、連結素を取り出して、その連結素の所属する国ないし地域の法の適用を規律する法とみると、そのような法律関係の構成要素としての当事者意思を国際私法上どのように位置づけるべきかが問題となる。国際私法学の歴史を遡り、当事者意思の位置づけを概観してみると、時代により、国際私法をめぐる環境の変化に伴い、この点についてかなり大きく異なっているように思われる。このような研究について、どこまで遡るのが適切かも問題になる⁽¹⁾。しかし、国際私法の基礎理論や基本概念が異なる時代にまで遡らないとしても、少なくとも、「近代国際私法学の父」とも称される⁽²⁾サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) くらいまでは遡ってみることが必要になる。もっとも、サヴィニーについては、すでに多くの優れた業績がわが国においても公刊されている⁽³⁾。それだけに、わたくしがサヴィニーの学説を取り上げたとしても、屋上屋を重ねるだけで、何か新しい側面を描き出せるかどうかは疑わしいところがある。しかし、学会報告をし、年報に原稿を投稿するのは、おそらくわたくしにとって最後の機会になると思われる。それだけに、わたくしは、サヴィ

ニーの理論についてあまり詳しく研究したこともなく、何か新しい視点を有するわけでもないが、近代国際私法学の原点ともいべきサヴィニーの理論に過ちを犯す危険性を認識しつつも、あえて挑み、教示を得てみたいと考えた次第である。

当事者意思の国際私法における位置づけとしていささか大げさな表題を付けてしまったが、本稿は、あくまでサヴィニーの法律関係の本拠説を出発点として、急速にグローバル化している現在の国際社会における国際私法規則の在り方との関連で、当事者意思の国際私法における位置づけを考える手がかりを得ようとするにとどまる。

以下では、まず、サヴィニーの法律関係の本拠説を「本拠」の意義、とりわけ、当事者の任意的服従との関係からみて紹介する。つぎに、この理論がどのようにして、どこまで継受されたのか、その後の社会的環境の変容によってその精神を受け継ぎながらどのように置き換えられたのか、を検討してみたいと思う。最後に、サヴィニーの国際私法理論とその後の若干の文献を素材として、現代の、とりわけWTO発効後の、一方ではグローバル化の中での、他方ではEUに典型的にみられる地域的統合が進む中における現代国際私法理論がどのような方向に向かうべきであるのかを考える手掛かりを探してみたい。

このような検討を行うためには、結果として生じる国際私法規則のみならず、その基礎をなす理論を考察する必要がある。また、そのような基礎理論が生じる社会的要請の比較を通じて、現代との類似点や相違点をできる限り認識しながら、それらの理論を評価し、学んでゆく必要がある。本稿でそれができるかどうかはわからないけれども、できる限りそのような問題意識を持ちながら書き進めていきたいと考える。

2 サヴィニーにおける法律関係の本拠の意義

サヴィニーは、ローマ法体系第8巻、とりわけ、「第三編 法律関係に対する法規の支配」「第1章 法律関係に対する法規の支配の場所的限界」で国際私法の基礎理論を述べている。人を特定の法域としての場所に結び付ける紐帯を探求する際に、法規分類学説のように法規の性質からではなく、法律関係か

ら出発し、その法律関係の独特の性質に従い所属し、又は、服従している（その中にその法律関係の本拠がある）法域を探し求めなければならない、という定式を提示している。この定式は、比喩的ではあるが特徴的に表現されており、立法の指針を与えるものであって、サヴィニーの学説の理論的部分と称される⁽⁴⁾。他方、原則として内国人と外国人に平等な権利能力を認め、内国人と外国人は完全な法的平等の承認に向かっているとし⁽⁵⁾、法律関係の本拠のある場所の法律が内国法であれ外国法であれ、平等に適用されるべきものとする。これを互いに交渉する諸国間の国際的法共同体という一般慣習法で基礎づけ、異なった実質法の衝突の取り扱いにおける相互的対等化への接近がみられるが、これはローマ人には知られていなかった⁽⁶⁾、とする。ここでいう一般慣習法とは、ローマから脈々と受け継がれ、形成されてきた慣習法を意味するが、サヴィニーは、それはローマ法学者の媒介なく明らかにされるものではないとするので、学説法という側面を強く有している⁽⁷⁾。

(1) サヴィニーの法律関係の本拠説

サヴィニーは、法規の規律対象から、人それ自体に関するもの、例えば、権利能力や行為能力と、法律関係に関するものに分ける。サヴィニーによれば、どの権利も人に帰属する力として、したがってその人の特徴的な立場として現れる。そして、法律関係もまたある人の属性として帰属すべきものとして捉えなければならない⁽⁸⁾。具体的な権利の得喪との関係では、人は自己の自由な行為により法律関係に入らざるを得ず、法律関係に関する法規とその場所的な抵触が重要になるものとする⁽⁹⁾。

そして、まず、研究対象を主として人に絞り、人と特定の場所とを結びつける紐帯を探求する。同じ国の中にも異なった地域法が存在し、異なった国の間でも同様に相反する内容の法が存在する。国際的法共同体の考えから後者の場合も前者と原則として同様に内外法を区別することなく適用すべきものとする⁽¹⁰⁾。そのうえで、ローマ法における *origo* と *domicilium* に関するローマの学説を検討する⁽¹¹⁾。イタリア及び属州のほとんどの都市市民が自分の市の市民権とローマ市の市民権を有した。人が二つの異なった市に市民権と住所を有し

た時は市民権によって人が服すべき場所的法が決定された。市民権を複数の場所で有した場合には、出生によって、つまり、*origo*によって取得されたものが優先的に扱われた。ローマ法においては、ローマ人が出生によって取得した都市市民権を *origo* と呼んだのであり、ある人（嫡出子）が出生の時に父の住所であった場所である。そして、この *origo* が人の所属を決定するのであり、これがない場合にのみ *domicilium* が基準となった。しかし、現代法（ここではプロイセン法）においては特定の法域にある住所がこれに代わった⁽¹²⁾、とする。

サヴィニーは、次に、個々の法律関係についての特定の本拠を探求する。これを先に述べた理論的部分に続けて実際的な部分として位置づける。各法律関係について適用できる場所的法は、関係当事者の自由意思の、したがって特定の法域のもとへの自由意思による服従（ないし従属）の非常に強い影響を受けており、このことは一般的に承認されてきている⁽¹³⁾。ローマ法によれば、特定の場所への人的従属は、都市の市民関係により決定されたのであり、この関係に各人は通常自由な意思ではなく出生により入った。しかし、現代法では、特定の場所的法への人的従属は、住所により決定され、住所は各人の全く自由な選択により決定されるから、特定の場所的法への自由意思による服従のための各人の規則上の権限は、個々の法律関係についても疑いの余地がない⁽¹⁴⁾、とする。

そのうえで、各法律関係を人自体の状態（権利能力、行為能力）、物権法、債権法、相続法、家族法の5つに分け、最後の家族法については、婚姻、父権、後見の3つに分けて論じている。

(2) 人自体の状態

まず、人それ自体の状態については、人の特性のみならずその法的効果を含めて住所地法により判断されるべきものとする⁽¹⁵⁾。しかし、これには二つの例外が付け加えられている。①一つは、人的状態に関する法律が変則的性質を有するために、法的共同の限界外にある絶対法である場合である⁽¹⁶⁾。例えば、住所地法が一夫多妻婚を認め、一夫多妻婚を締結する能力を当事者に認めるとしても、キリスト教国の裁判官はこの住所地法を適用せず、法廷地法を適用す

るのであろう。また、異端者として住所地法で権利能力を否定されている者がその異端者の宗教に好意的な国で権利を取得しようとする場合には、その国の裁判官はその者の住所地法ではなく、法廷地法を適用するであろう。民事死を住所地法が規定していたとしても（フランス法及びロシア法が例示されている）、民事死を知らない国の裁判官は、住所地法を考慮してはならないであろう。②もう一つは、外見上この原則が適用されるように見えるが、その性質上この原則の限界外にある場合である⁽¹⁷⁾。例えば、ドイツのいくつかのラントは、貴族に土地所有権の取得や相続に独特の特権を与えている。また、教会、修道院あるいは国庫に破産における特権を与えている。これらを外国の貴族や国庫にも認めるかどうかはこの一般的原則からは導き出せない、とする。

(3) 物権関係

物権について、権利の対象が感覚的に知覚できるので、その物が存する場所が同時にそれを対象とすべき各法律行為の本拠とみるべきである。それで、ある物に関する権利を取得し、所有し、行使しようとする者は、この目的のためにその場所に赴き、このような法律関係につきこの領域で適用されている場所的法に任意に服従する。それゆえ、物権が所在する物の場所的法によって判断されるべきというとき、この主張は、人の状態に関する住所地法の適用と同じ理由によるのであって、両方とも自由意思による服従から生じるものである⁽¹⁸⁾、とする。動産についても不動産についてと同じ原則を適用する。動産については、いわゆる動産三分説により⁽¹⁹⁾、所在地の変動が最も顕著な例として急行郵便馬車や鉄道で動いている旅行者の所持品や商人の運送中の商品が挙げられる。このような場合には、何らかの静止点を探求しなければならず、このような静止点は、場合によっては所有者のはっきりした意思から明確に読み取れることがあり、その他の場合には、所有者の住所地と重なることになる⁽²⁰⁾、とする。

(4) 債権関係

債権法については、法律関係の本拠を当事者の自由な意思による服従に求め

るが、当事者の自由意思による自治を認めることにつきのように述べて反対する。自治という言葉は、ドイツ法の発展の中で独特の意味を有してきたのであり、ドイツの貴族やいくつかの団体の自分たちの内部的関係をその内部立法により独立に整備する権限を有するという意味で使われてきたのである。当事者が既存の法への服従を自ら立法するという意味で自治という言葉を使うとすれば、住所の自由な選択も自治ということができるであろう。しかし、だれも住所の選択を自治の効果と考えないであろう。住所の選択と同様に、何れかの法への場所的な任意の服従について法的効果が生じる自由な行為によるものとみて自治とよぶことはしないのが得策と思われる、としている⁽²¹⁾。

そのうえで、債権関係の本拠を推定的な任意の服従に求めて次のように述べる⁽²²⁾。①その債権について確定された履行地がある場合には、その履行地の法による。当事者の期待が履行に向けられているから、まず、履行の場所に債権関係の本拠があるとみるべきである、とされる。②その債権が債務者の継続的な業務遂行から生じた場合には、この業務遂行が永続的に本拠を有する場所の法による。③その債権が債務者の住所における個別的な行為から生じた場合には、債務者の住所地法による。④債権が債務者の住所以外の場所における個別的行為から生じ、その場所での履行を期待させるような事情がある場合には、その行為地の法による。⑤以上のいずれにもあたらない場合には、債務者の住所地法による、としている。

これらの規則は、債務者の特定の地域の法への推定される任意的服従により導かれるが、この規則の適用については、若干の例外的場合があるとされる⁽²³⁾。また、当事者の明示的なこれと異なる意思表示により排除される場合にも、任意の服従の推定は妥当せず、前述の債権関係に関する準拠法は適用されないものとされている⁽²⁴⁾。

さらに、法廷地の強行的で厳格に実定的な法規と矛盾する場合には、裁判官は積極的にも消極的にも法廷地の強行法規を適用しなければならない。このような場合には、そもそも当事者の自由意思は何ら影響を有しないからである。つまり、裁判官は、自己にとっての強行法規を、債権の本拠でそのような法規が行われていないとしても適用しなければならず、同様に、債権の本拠で行わ

れている法規であっても法廷地に法規として存在しないものを適用してはならないのである。サヴィニーは、このような例外が契約においても不法行為においても現れるとし、契約については不当高利を禁止する法律を挙げ、さらに、不法行為に基づく債権に一般的に適用されるべきものとしている⁽²⁵⁾。不法行為に法廷地法が一般的に適用されるのは、不法行為に関する法が常に強行的で、厳格に実定的とみなされるべきだからであるとする。

(5) 相続関係

相続法については、その性質上、財産所有者の影響力の、したがってまた、その意思の生命の限界を超えた時間的な延長にあるのであって、その影響し続ける意思は、時には（遺言において）明示的に現われ、時には（法定相続において）黙示的に現われる⁽²⁶⁾。したがって、財産の構成部分の場所的法のいかんにかかわらず、法律関係の本拠を被相続人の住所地にあるものとみて、被相続人の死亡時の住所地法による。より細かくいうと、つぎのようになる⁽²⁷⁾。法定相続は、被相続人の最後の住所地における相続財産帰属時に存する法律⁽²⁸⁾に従う。遺言者の人的能力は、遺言者の住所地法によるが、遺言者の住所地が遺言作成時と死亡時で異なるときは、両方の住所地法により遺言能力を有することを要する。しかし、遺言者の年齢のような身体的特性による場合には、遺言作成時の遺言者の住所地法によりあればよく、その後の住所地の変更は考慮されない。遺言の内容は、遺言者の最後の住所地で行われていた法律に従う。相続契約は、被相続人の住所地で行われている法律による、とする。これは、死者の住所地のみが相続契約の履行場所とみられるからである。

(6) 親族関係

親族法のうち、まず、婚姻の場所的法については、婚姻の成立場所ではなく、履行場所が重要となり、婚姻の履行場所とみうるのは、夫の住所であることは確実である⁽²⁹⁾、とする。婚姻障害については、妻については妻の住所地法によることもできそうに思われるが、ここで問題とされる法律は、道徳的配慮に基づき、厳格に実定的性質を持つから、夫の住所地で行われている婚姻障害が

専ら拘束力を持つ⁽³⁰⁾、とする。夫婦財産制については、婚姻締結時の夫の住所地法による。夫がその後に住所を変更したとしても、その新しい住所の場所的法に服従する意思は存在しないのだから、夫婦財産法の変更は生じない⁽³¹⁾、とする。離婚については、その道徳的性質や厳格な実体的性質により法廷地法によるべきであるが、それは通例夫の住所地で行われている法律と一致するであろう、というのは、離婚についての真の裁判籍が根拠づけられるのは、夫の住所においてのみであろうとみられるからである⁽³²⁾、としている。

父権については、父がその子の出生当時住所を有した場所の法律によって判断されるべきである。また、準正は、婚姻締結当時又は子の出生当時の父の住所地法による⁽³³⁾、とする。

後見については、後見の設定、後見の事務、後見人の人的法律関係に分けて論じられている。後見の設定については、被後見人の住所の場所的法によるべきであり、これは死亡した父の最後の住所地に重なるのが通例である。設定された後見は、被後見人の外国に所在する財産にも及ぶけれども、例外が問題になる。例えば、被後見人の不動産が外国に所在する場合である。この財産部分については特別の後見が設定されることがあり、被後見人が場所的に異なる法域の幾人かの後見人を有することが生じることがある⁽³⁴⁾。後見の事務は、その後見を設定した裁判所の法廷地法による。例えば、被後見人の住所地の裁判所で選任された後見人が、被後見人の財産の後見人による譲渡を公競売や裁判所の命令によってのみ認められるとしている財産所在地の法により規制されるかが問題になる。このような措置は、保護を要する被後見人のためのものであり、被後見人の住所地の法によるべきであって、それぞれの財産所在地の法によるべきではない⁽³⁵⁾。また、後見人が後見を引き受ける義務及びその辞退については、後見人の住所地で行われている法律による⁽³⁶⁾、としている。

(7) まとめ

以上のようにきわめて大まかに概観すると、サヴィニーの法律関係の本拠説は、人自体の状態に対する人の住所地法の適用を出発点として、人の任意的服従又は人の自由意思による服従を本拠の決定に重要な影響を与える共通の要素

とみていることが分かる。つまり、人自体の状態、相続法、親族法上の法律関係の本拠となる人の住所地を人の任意的服従や自由意思による服従で基礎づけるだけではなく、物権法上の法律関係の本拠とみる物の所在地や債権法上の法律関係の本拠として重要とみる契約履行地も任意的服従や自由意思による服従で基礎づけようとしている。

直接このようなある場所への人の任意的服従で説明することが困難な問題については、任意的服従の推定を使い、それも難しいときは任意的服従によることができない例外的な場合とすることになる。これは、国際私法も国内法の一つとして捉え、各国家の抵触法政策などを考慮して、立法し解釈すべきとする最近の支配的学説と異なる。サヴィニーは、少なくともそれまでローマ法が支配してきたヨーロッパ大陸法系諸国に共通した人と法律関係を結びつける共通の紐帯を基礎づける要素として、領土法に対する「人の任意的服従」を取り出し、各民族に共通し得る国際私法原則を提案する。これにより、裁判管轄権が異なる国に併存するとしても、判決の国際的一致を可能にし、当事者の予測可能性を高め、法的安定性を確保しようとしていると思われる⁽³⁷⁾。

このことは、ドイツが民族国家として統一されておらず、諸国の国際私法に関する法源も断片的なものにとどまっていたという時代的制約のもとで、サヴィニーがローマ以来の法の継受と新たな展開を求める学説法の中に理論的に普遍的に妥当する法の場所的支配に関する原則を求めていることにも関連するであろう。

3 サヴィニーの法律関係の本拠説の継受

(1) ラーベルの見解

それでは、サヴィニーのこのような法律関係の本拠の捉え方は、現在の国際私法学に継受されているのであろうか。この点について、ラーベル (Ernst Rabel) によると、法律関係の本拠という捉え方は、その後の学者によって、「その関係が最も密接な関係を持つ国の法」(John Westlake) などと言い換えられながら、その後の国際私法理論に大きな影響を与えてきた⁽³⁸⁾、と指摘されている。ラーベルのこの理解そのものは正しいとしても、サヴィニーの法律関係

の「本拠」の考え方は、継受されているということができようか⁽³⁹⁾。

(2) ゲープハルト第一次草案

まず、1881年のゲープハルト第一草案の属人法に関する部分からみてみよう。この草案との関連では、1878年に公表されていたモムゼン (Friedrich Mommsen) の19カ条からなる私的な草案の中で本国法主義が採られていることにも注目しておかなければならない。例えば、2条では、「人の権利能力及び行為能力は、その住所を有する場所を考慮することなく、その所属する国の法により判断されるべきである。」としている。また、9条~12条に親族法や相続法に関する準拠法を規定しているが、その原則的準拠法を本国法としている。このことを理由づけるために、モムゼンは、「本国法主義は、国籍という概念が完成されて民族の中に根付いてくるにつれ、正当視されるようになる。」としたうえで、政策的な理由づけとして、「国家にとっては、自国民がたとえ外国に住んでいても国家に帰属しているという意識を持ち続けることは、きわめて重要である。このような意識を強めて生き生きとしたものとして保持することに寄与できることを、立法は逃してはならない。」としていた⁽⁴⁰⁾。

ゲープハルト第一草案の理由書においては、サヴィニーの学説にも触れられているが、国際私法の強行法性から、個々の関係に適用される法が当事者の自由意思で決定されるのではなく、この法律によって決定されるべきものとする一方で、サヴィニーによってもたらされた双方向的抵触規定の原則は、立法のための道しるべになるとされている。

また、国籍主義がとられるべき理由について次のように述べられている。

①多数の場所的法が行われている諸国における国籍主義の承認に反対する理由は、ドイツ帝国についてはこの法律の施行により消滅する。特殊な団体の自治法、地域法、都市法、州法は弱まっていく。それでもなお将来に残ってゆく相違はそう多くなく、重要でなくなる。②住所は、人の経済活動の中心である。経済活動の場所的起点としての住所が人の法的地位の決定要素となるとすると、住所と国籍が異なる国にある場合に、経済的紐帯と国家的紐帯のいずれがより強く決定的な紐帯なのかがまさに問題となる。③国家的な人的地位と私法上の

人的地位を分離し、異なる法の下に服させることは、実行不可能になる。国家は、国家法的な効果、とりわけ国籍の取得喪失を、自国法規に適合せず、場合によっては自国法に違反する（婚姻締結、婚姻による出生、認知のような）事実には結び付けることができない。④人的関係を規律する法律は、その国の領域内の住所や経済活動という事実には立脚するものではない。その根源は血統に基礎づけられた個々人の民族性にある。帰化によって国籍が取得されることがあるのはあくまで例外であって、この原則を変えるものではない。⑤属人法は、できる限り変更できないような規律によることが性質上要請される。行為能力、婚姻、親子関係は、ある時はこの法により、すぐに他の法によるべきではない。国際的にますます認められてきた移住の自由、営業の自由、それに関連した交通の発達により、住所はしばしば変更されるが、国籍は稀にしか変更されないことなどが挙げられている。

契約関係の準拠法については、「債権契約から生じる債権は、同一の原因に基づく契約の締結が他の法律の適用を予定したとみるのが合理的とされる事情がない限り、契約締結当時債務者が住所を有した地の法律による」（第一草案11条1項）とし、「契約締結者の双方が債務者となるときは、契約当事者は自己の債務を相手方の債務の準拠法によることを請求することができる」（同条2項）とする。少なくとも11条1項の規定についてはむしろ当事者の服従の重心を債務者の住所地に置くモムゼン草案6条との強い関連性が感じられる。ゲーパルト第一草案の理由書においては、サヴィニーの履行地法を原則とする説にも端的に触れているが、これによるに適さない多くの事例が提示されているとする。例えば、あるハンブルク市民がベルリンに住む建築家にイタリアの海岸に別荘を建てる契約をした場合に、その建築家の債務はイタリア法に服させるのが当事者の意図であろうか？ 履行地法を原則とする理論がドイツ国籍を有する者たちの多くの、重要な財産法的な利益を彼らが知らない国の法によらせるという危険性を持つことは当然のことである⁽⁴¹⁾。このように指摘して、契約締結時の債務者の住所地法によるとする草案の立場を正当化し、当事者の意思をサヴィニーとは異なる方法で考慮して、当事者がそのような法と異なる法の適用を前提とみるのが合理的と考えられる場合をその例外と認め

ている。いずれにせよ、当事者意思が連結素とされていないことは明らかである⁽⁴²⁾。

(3) 第18回ドイツ法曹会議の議論

つぎに、ドイツ民法施行法においてサヴィニーの住所地法主義に本国法主義が取って代わられる重要な契機となった1886年9月10日にヴィースバーデンで開催された第18回ドイツ法曹会議における議論を、多喜寛「本国法主義の形成過程の一断面」を参考にして考えてみたい⁽⁴³⁾。この会議におけるテーマは、「どのような国際私法上の⁽⁴⁴⁾抵触法事件において住所地法が国民関係から生じる法により取り替えられるべきか？」であり、この会議について、例えば、ニーマイヤー (Theodor Niemeyer) は、「極めて重要なのは、第18回ドイツ法曹会議が大多数で国籍主義に支持を表明したこと、そして審議の際にただ一人のみがそれに反対を述べたことである。」と記載した⁽⁴⁵⁾。また、ゲーブハルト第二草案の理由書においてもこの会議の結果に注目されていた⁽⁴⁶⁾。

この会議の報告者であったウィーンの弁護士であるヤック (Dr. Jacques) は、属人法に関して、フランス、ベルギー、イタリアが本国法主義を採用することに触れながら、サヴィニーの住所地法説をはじめかつてのドイツの学説が住所地法の適用を認めてきたことを批判的に紹介したうえで、「国民意識が極めて弱かった時代、地方法が共通法を覆い隠すほどに蔓延っていた時代には、事例ごとに住所を基礎とする原則以外にはうまくいかなかったといえよう。しかし、国内的に法の統一が行われ、又は予定されており、国民意識が強化され、とりわけ、国民意識の強化に関連する新たな法典編纂が行われているときには、事態は全く異なる。」と述べて⁽⁴⁷⁾、バール (Prof. Dr. v. Bar) やベール (Dr. Bähr) の鑑定書⁽⁴⁸⁾やモムゼンの立法草案が本国法主義を採用していることを指摘して、「人的法律関係について住所地法は本国法によって取って代わられるべきである、という原理を出発点とすべきである」と主張した⁽⁴⁹⁾。そして、次のような理由を挙げた⁽⁵⁰⁾。①「きわめて明確なのは、属人法が本国法主義を基礎に置くときにのみ国家間の現実的な相互主義、国際関係においてますます目指されるべき国際礼讓 (comitas gentium) にかなうことである。」「わたくしの述べて

いる本国法主義は、外国にいる自国民のみならず内国にいる外国人にもその国籍により取り扱うべきことを認めているので、外国人と内国人の完全な平等を認めるものである。」②「人の権利能力や行為能力は、その国の気候風土的条件によりその人の成熟度が異なり、婚姻法や相続法上の問題は、各民族の倫理的確信と深い関係を有しているので、本国法によるべき問題である。」③「国民の国家とのつながり、国民意識は、このような生活関係を本国法に基づくものとすることによって最も強められる。」④「住所は外面的で、主観的で、恣意的な関係であるが、国籍は内面的に必然的で、客観的な関係である。」⑤「新たな法典編纂は、他の国との一致をできる限り促進することが好ましいが、他の諸国も本国法を原則とするので、ドイツの立法もそのようにするのが望ましいことは確かである。」

これに対して、ライプツィヒの法律顧問官フェルス (Dr. Gustav Fels) は、報告者に反対論を唱えて、人の身分及び行為能力について住所地法主義を採るべきことを主張した⁽⁵¹⁾。「報告者は、本国法主義によって国家相互間の相互主義が促進されるという。」しかし、相互主義が促進されるのは、「ある国に住んでいる者があらゆる関係の権利義務についてその国の国民と同等に扱われることが相互に承認されるときのみ」である。「気候風土的諸条件が引き合いに出される」が、「ドイツ法により判断されるべき外国人はドイツに住んでおり、おそらくすでに長い期間住んできたのであり、ドイツの気候風土に慣れている、という観点に立たなければならない。」「国民意識ができる限り弱められ、あらゆる文明諸国民であるヨーロッパの諸国民が同国民とみなされ、このような思想がますます促進されることを合目的的であると思う。」「ドイツに住んでいる外国人」を「我々の同国民とみなしたいのであり、私法においてわれわれと同一の権利義務を有すべきである。」と。

離婚や行為能力の例を挙げ、本国法主義による実際の不都合を指摘する意見について、会議では、住所主義を採ったとしても不都合が生じることを指摘し⁽⁵²⁾、また、ここでは一般的な法原則のみを議論すべきであり、個別的問題についての例外を議論すべきでないというのが正しいとされた。国民意識に関するフェルスの議論に対しては、報告者は、提案された原則により国民意識

が強化されるとすれば、まさにそれこそがこの提案採用の理由づけになるであろうと反論した⁽⁵³⁾。報告者は、「議論を出発点とすべきである」というのでは議論の結果が明確にならないとの指摘を踏まえ、その提案を若干修正（下線部）した。そのうえで「権利能力や行為能力、さらには家族法上の関係や相続法上の関係に関する国際私法上の事件においては、住所地法は本国法によって取って代わられるべきという原理が原則として立てられるべきである」という提案が大多数の賛成で採択された⁽⁵⁴⁾。

(4) ゲープハルト第二草案

1887年のゲープハルト第二草案の理由書においては、住所地法主義から本国法主義に変更することがドイツの当時の状況からみても重要な課題であったので、国家の抵触法上の立法政策の問題を中心とする政策論が論じられ、本国法主義に基づき権利能力及び行為能力、親族法上及び相続法上の規定が起草されている。

ゲープハルト第二草案は、10条1項に「物権及び物の占有は目的物の所在地法による」とし、同条2項に第一草案の2項と3項をまとめて同条2項とし、同条3項に旧4項を移動している。いずれにせよ、サヴィニーが問題とした移動中の物に関する規定は見当たらない。この点については、船舶等の移動性のある動産に関する物権問題とともに将来に残された問題としたのであろう。

法律行為から生じる債権関係の準拠法に関する第二草案11条1項では、第一文に契約締結当時債務者の住所地がない場合には居所地法によることを追加するとともに、条件文が第二文として独立するものとされ、「ある契約について、その契約当事者がその他の場所の法の適用を予定したとすべき事情があるときは、その場所の法律による。」とした。第二草案の理由書においては、法律関係の準拠法は当事者の意思によって決定できるものではなく、準拠法が確定され、その準拠法が当事者意思に基づく余地を認めた場合にのみ当事者意思が問題になる、とする⁽⁵⁵⁾。しかし、その草案は同時にこれと異なる方法で当事者意思を用いている⁽⁵⁶⁾。つまり、当事者の行為の基礎となった事情が推定的な意思と異なる場合についてであった。

このようなゲープハルト第二草案の規定は、その後のいわゆる国際私法委員会の草案においては、第一次的により広い範囲の当事者の推定的意思を考慮するものに変更されていた。しかし、この国際私法委員会の規定はドイツの民法施行法においては採用されなかった⁽⁵⁷⁾。国際私法委員会の草案は、個人名を明らかにされないお役所仕事の窮余の策による役に立たない作り物とされ、削除されたのである。その草案は、以前の委員会草案のように当事者意思の実定法上の基礎づけを明らかにしたものでもなく、学説により提起された債務法の難点の克服法を求めたものでもないとされたのである。この削除というのは政策的決定であったが、それが実務上格別の不都合を生じるものではなかったということは、判例による当事者意思を考慮した連結の柔軟な取り扱いを支持し、サヴィニー的な原則の根拠や学説によるその精緻化を可能にするような理論に引き続き余地を残したものとみることができると積極的に評価する見解がある⁽⁵⁸⁾。

(5) まとめ

サヴィニーは、ローマ法学者の学説法から理論的に法源を見い出さざるを得ない時代に、当事者自治という言葉を使うことに慎重な配慮をしている。しかし、サヴィニーも、当事者の任意的服従の推定から債務履行地に契約関係の本拠を求めるのが通常であるが、同時に、当事者の明示的意思によりこの場所の法によることが排斥され、これと異なる準拠法が適用されることがあることを認めている⁽⁵⁹⁾。

サヴィニーは、直接的に当事者自治を認めてはいないといえるが、当事者の自由意思による服従により実際上当時の意味における当事者自治を認めたと同一の結果を導くように思われる。マンチーニ (Pasquale Stanislao Mancini) とともに、サヴィニーに当事者の意図した法を適用しようとする思想の源流を求める見解がある⁽⁶⁰⁾。そのようにみると、当事者自治の原則の妥当範囲を先験的に制限しようとするのが妥当であるかどうか、グローバル化の進行や地域的統合、インターネットの普及とこれを媒介とした取引の展開などの状況を踏まえて、現代における妥当な国際私法原則を探求する視点から検討し直す必要があ

るのではなからうか。

4 サヴィニーの法律関係の本拠説と当事者自治の原則

(1) 問題の所在

サヴィニーの法律関係の本拠説は、19世紀前半までのローマ法を継受したヨーロッパ諸国における人と人の自由な結合関係としての私法上の法律関係の法の場所的支配の中心的な要素を法律関係の「本拠」と呼び、多くの部分につき当事者の一つの特定の場所的法への自由意思による服従により根拠づけている。

もっとも、その後のドイツにおける統一的な民族国家の誕生⁽⁶¹⁾との関係で生じた国際私法の立法作業においては、国家の立法政策が中心に論じられ、サヴィニーの「本拠」の考え方は、わが国の法例にも大きな影響を与えたゲーブハルト草案にも取り入れられていない。確かに、サヴィニーが法律関係の本拠の決定に大きな影響を持つとした「任意的服従」の理論の部分は、その後の国際私法学説によって言い換えられ、異なる判断基準に置き換えられているように見える。これは、ローマ法を継受しているキリスト教社会としてのヨーロッパに共通する普遍的原理として提案された法律関係の本拠説が、その後の国際関係の変化、とりわけ、第二次世界大戦後の多くの諸国の独立により、キリスト教社会という点では同質の社会を形成していた諸国だけではなく、イスラム教、仏教、ヒンズー教など異質の宗教や慣習を持つ社会を包摂し、しかも資本主義国だけではなく社会主義の諸国が登場し、「任意的服従」に普遍的原理を見出すことがますます難しくなってきたこととも関連するようと思われる。現代においてヨーロッパや日本において支配的な最密接関係国法の理論は、そのような国際私法原則をめぐる環境変化に対応して、その精神においてサヴィニーのこの理論を継受したものであり、法律関係の本拠理論に代わるものとみることができるであろうか。

(2) 最密接関係法説

それでは、最密接関係国法説はどのような理論なのであろうか。この理論は、

沿革的にみれば、イギリスのウエストレーク (John Westlake) の契約関係の準拠法の基準を求める際に提唱されたものであり、「その関係が最も密接な関係を有する国の法」の決定につき契約に関する客観的な連結点をそれまでのイギリスなどの判例の中から求めようとするものであった。この説も一見すれば普遍的な原理を提案した点でサヴィニーの理論と異ならないようにもみえるが、主として各国家の実定国際私法の抵触法政策の分析を基礎とするものであり、サヴィニーの学説にみられるように、普遍的に妥当する国際的な連結基準を求めるものではない点で異なるように思われる。19世紀末から20世紀にかけて成立した各民族国家の国際私法は、その国の抵触法上の立法政策を反映したものであるから、立法者の選択した客観的な連結素を媒介にして準拠法を定めることを原則とされてきた。その際の準拠法決定のための最終的な判断基準とされ、選択の根拠とされてきたのが最密接関係法の原則であったので、最密接関係法という観念も各国家の抵触法政策との関係で考えざるを得ないものであった。つまり、例えば、日本とドイツにおいて同じ最密接関係法という判断基準を用いていたとしても、具体的な事例に適用される基準としてみれば、異なる国の法を指すことが少なくないことになる。

主権的な民族国家の立法や裁判所が法源をつくるのに中心的な役割を果たした時代における国際私法体系の下では、当事者自治を認めることは厳格に制限的に解釈されており、当事者の意思はあくまで最密接関係法を決定するために考慮すべきかどうか、考慮すべきとしても、どの範囲で、どのような方法で考慮すべきかが論じられてきた。そこにおいては、利益法学を国際私法に応用して国際私法の規定を柔軟に解釈しようとするケーゲル (Gerhard Kegel) の見解にも典型的にみられるように、この立場からは当事者意思を考慮するとしても、適切な客観的連結が見いだせない、連結困難の場合の「やむを得ない解決策 (Verlegenheitslösung)」の補助的要素としてしか位置づけられないことになる⁽⁶²⁾。

(3) グローバル化と当事者自治の原則

最近では、グローバル化という現代社会に特徴的な現象から、今後の国際私法の原則の展開をみれば、客観的連結素による連結を原則とすべきではなく、

当事者意思をできる限り広い法律関係に認め、国際私法上の原則的な連結素とみるのが妥当であるとする見解も主張されている⁽⁶³⁾。サヴィニーが観察した国際的共同がさらに格段に進んでおり、当事者自治とその制限論に関する議論や実務も進んできている現在、もう一度サヴィニー理論の原点に返って、国際私法における当事者意思の位置づけを改めて考察する必要があるのではないであろうか⁽⁶⁴⁾。

グローバル化は、いわば地球規模における、物や役務の自由取引、資本や情報の自由移動を推進し、それを適切に規制しようとする国際的な枠組み⁽⁶⁵⁾の中で生じる現象であるが、それは必然的に人の移住や法人設立・活動の自由を促すことになる。例えば、世界銀行の最近の資料によると、1960年において7,550万人であった移住民が、2010年には2億1,500万人以上となり、このような移住民の増加は、多文化社会形成の方向に向かう国際的傾向を示している、といわれている⁽⁶⁶⁾。これらの移民の私法生活における実態をみれば、本国との関係に強いこだわりを持つ者、移住国との関係を本国よりも強く感じている者のほか、その中間にあり、本国と移住国のいずれにより強い関連性を感じるかについて迷っている者が多いことも指摘できるであろう。

(4) グローバル化と当事者自治に関するバセドー (Jürgen Basedow) の見解

当事者自治が支配的になっていく背景の分析をバセドーの論文からより詳しくみておくことにしたい。

まず、社会的背景の変化として次のように述べられている⁽⁶⁷⁾。

当事者自治の原則は、民族国家が隆盛なうちは広く退けられてきたのに、第二次世界大戦後にグローバル化の進行に伴って復活してきた。それは、中世ヨーロッパにおいて *professio juris* という法選択が認められた時代と類似する要素がみられる、とする。現代の移住はグローバル化に伴う個人的な性質を有するものであり、その受入国の多数者の社会に移住者が迅速に入るように圧力をかけられることになる。しかし、移行期間があり、その期間は、ある人が生まれた国の考えや意見になおより一層基礎を置くか、それとも、その人が基本的な法原則や命令を含む受入国の生活方法を受け容れてその国に到着したかどうか

かが明らかでない場合がある。そのような人はまだ二つの国に故郷を感じているのである。そのような場合に、関係する個人に準拠法選択を認めることは、そのような移行期間における優先すべき方策であるように思われる。現在では、債権契約だけではなく、代理、財産委託、不法行為、婚姻、扶養、相続、有体及び無体のすべての財産に関して、準拠法選択がますます広がってきている、としている。

つぎに、政治的背景の変化について次のように述べられている⁽⁶⁸⁾。

当事者自治承認への傾向はむしろ組織的なものではない。とはいえ、国際取引や移住の増大によって引き起こされてきた国際私法改正への傾向は、多くの国の立法者に法律関係や取引の準拠法の指定に関する私的な行為者に認められた自由を強化する機会を与えたのである。国内制定法の展開の推進力は、万国国際法会議、ハーグ国際私法会議及びEUのような国際機関の活動によるものであった。そのような会議の参加者が国内の法秩序の完成にその意見や努力を集中するのではなく、国際取引における私的な行為者に対する法的安定性を高めることができる解決をより一層熱心に求めるのは、国際的な会議体や委員会を動かす集団力学におそらく起因するであろう。それに加えて、当事者自治は、そのような国際会議における政策的妥協にふさわしい方策である、とされている。

(5) 当事者意思の考慮の展開と拡張

ドイツの判例は、どちららかといえは当事者意思を抵触法上の連結基準として原則的に問題とすることなく、原則に対する例外と解釈して、表示された準拠法選択の存在についても外国法、その一般原則の証明を適切な方法で考慮すべきとしていた⁽⁶⁹⁾。ドイツ帝国裁判所は抵触法的指定に反対の立場を取り、連邦裁判所も基本的にそれに従っていたのである⁽⁷⁰⁾。この状況が根本的に変えられたのは、1980年の契約債務の準拠法に関するローマ条約の規定を取り入れた1986年の国際私法の改正であった。これによって、国際契約法における当事者自治はヨーロッパ全体の法原則となったのである⁽⁷¹⁾。

債権契約における当事者自治の原則は、現在では、ラテンアメリカ諸国の一

部や中近東諸国で認められていない国もあるようではあるが⁽⁷²⁾、世界のほとんどの国の実定国際私法上広く認められている原則である。この原則は、一方では、選択できる準拠法の範囲を量的に制限し、他方で、弱者保護の観点から強行法規の特別連結論をはじめ、いろいろな方法で渉外的な関係においても絶対的に適用されるべき強行法規の適用に関し制限を付されている。さらに、各人の当事者自治の行使態様の要件を制限すべきかどうか、どの範囲でどのように制限すべきかも問題になる。例えば、能動的消費者について消費者保護に関する強行法規の適用を制限した立法例があるが、同様の制限を離婚に関する準拠法選択についても考えることができるかが問題とされている⁽⁷³⁾。

こうした制限的当事者自治の原則が、夫婦財産制、離婚、氏名、扶養義務などのような親族法上の法律関係や相続法上の法律関係のほか⁽⁷⁴⁾、不法行為、事務管理や不当利得のような契約外債務に関する法律関係にも認められるべき原則として認められてきている。実定国際私法上も種々の諸国において、いかなる場所の実質法から、いかなる範囲で、当事者による準拠法選択を認めるか、事前の準拠法選択を認めるか、事後的準拠法選択のみを認めるかなどに関し、一定の制限が付されながらも規定されている。また、伝統的に最も属地主義の傾向が強くみられた物権⁽⁷⁵⁾や知的財産権についても、少なくとも属地主義に基づく従来の国際私法原則の妥当性に関し疑問が生じる場合には、一定の範囲内で、例えば、当事者間についてのみは制限的当事者自治を認める学説や立法提案⁽⁷⁶⁾があるだけでなく、すでに若干の諸国の実定国際私法にも取り入れられている。また、法人に関する設立準拠法主義も設立準拠法の選択を通じて間接的に準拠法を当事者が選択できる点でサヴィニーの任意的服従と同じように間接的に当事者意思を考慮しているといえる。

5 結びに代えて

以上、サヴィニーの法律関係の本拠説とドイツにおける国際私法の法典化におけるサヴィニー学説の継受の特徴を概観したうえで、最近のグローバル化の進展に伴い有力となってきた当事者自治への着目、連結素としての当事者意思の位置づけを見直そうとする見解を概観してきた。

サヴィニーは、法の適用意思による代わりに法律関係の本拠による解決方法を採用し、法律関係の本拠を当事者が任意的に服従する地又は当事者の自由意思による服従の地に求めた。つまり、当事者意思を連結素として国際私法規則の中で直接位置づけるのではなく、あくまで法律関係の本拠との関係で間接的に当事者意思を位置付けていた。したがって、当事者意思は、立法者や裁判官が客観的連結素を選択する際の根拠づけないし指針として使用されていたにすぎない。サヴィニーは、そのような任意的服従又は自由意思による服従を理論的な基礎としながら、そのような服従の推定によってそれを拡張し、各法律関係の客観的な連結素を選択して国際私法規則を導いた。そこで問題とされる当事者意思は、事実上の自由意思ではなく、ほとんどの場合に黙示的又は推定的当事者の意思であって、例外的にのみ一部の法律関係について明示的意思により黙示的又は推定的意思から導かれる原則の適用除外を認めていた⁽⁷⁷⁾。サヴィニーは、このような理論により少なくともヨーロッパのキリスト教社会に共通の普遍的な国際私法原則を探求し、当時支配的であった属地主義、したがって、法廷地法の優位を認める理論を論破したのである。

法律関係の本拠説は、新しく成立した民族国家における国際私法の法典化においては各国家の抵触法政策が議論の中心を占め、住所地主義から本国法主義への転換という大きな政策的流れの中においてそのままでは継受されなかった。サヴィニーの法律関係の本拠説は、次のような二面を持っていたように思われる。一方では、当事者の任意の又は自由な意思に着目することによって複数の国の裁判所に裁判管轄権が認められた場合であっても、同一の連結素が選択されることにより、同一の準拠法が適用される可能性を持つ面である。これは、当事者の予測可能性を高め、国際的私法生活の法的安定性を高めるのに役立つ側面である。しかし、他方でサヴィニーは、この理論をすべての法律関係について徹底したわけではないことも事実である⁽⁷⁸⁾。例えば、不法行為や離婚のように、厳密に実定的で強行的な法律関係については、法廷地法主義を例外的に認めているからである⁽⁷⁹⁾。もっとも、裁判籍の問題を含めて考えれば、このような例外も、任意的服従等の理論から導かれる結論とそんなにかけ離れていなかったのではないかとも思われる。とはいえ、当時の理論における単位法律

関係が現在と比べて細分化されておらず、サヴィニーが不法行為とか離婚について一般的に法廷地法の適用を認めており、法律関係の本拠説によりすべての法律関係について徹底して説明しきれなかったことも認めざるを得ないように思われる。これは、法規分類学説から引き継がれた属地主義的な法廷地法主義がなお有力であった当時の状況からみればやむを得ないこととも思えるけれども、サヴィニーの理論に弱い一面があったことは認めなければならないと思われる⁽⁸⁰⁾。

ところで、法律関係の本拠説のドイツおよび日本における継受の特徴という観点からみると、次のような二点が指摘できる。まず、サヴィニーの本拠に関する理論的な部分を継受せず、客観的連結素が選択されたという結果の部分のみが継受され、当事者自治という主観的連結素は、単に連結困難な場合における例外的にやむを得ず考慮される補助的連結素という位置づけが与えられたにすぎなかったのである。次に、サヴィニーの本拠の考え方はそれでは全面的に廃棄されてしまったのかというと、そうではない。その考え方は、最密接関係法という形で姿を変えて継受されているということが出来る。しかし、このように姿を変えることによって、同時に内容的にも異なったものになっていることにも注意する必要がある。サヴィニーは、法律関係の本拠について当事者の自由意思による服従を問うことにより、裁判所が異なったとしても同一の連結素が取られ、同一の準拠法が適用される可能性の高い普遍主義的な国際私法原則を構築した。それに対し、最密接関係法の原則は、裁判管轄権が複数の国の裁判所に認められる場合に、各民族国家の法政策的衡量の結果を包摂し得る観念となり、最密接関係法の具体的適用をみれば、法廷地がどこであるかによって異なる可能性が高い規則を導くものとなっている。

その一方で、最近顕著にみられるグローバル化の進行に伴い、伝統的な民族国家の枠内では適切に解決できない問題が生じている。このような現象に対応するためにハーグ国際私法会議及びUNCITALのような国際機関並びにEUのような地域的な国際機関による条約、協定その他の立法がみられ、それらの中には当事者自治を認める条項を含むものが少なくない。このような状況にも刺激されて、当事者自治に関心を持つ研究者が急速に増えているように思われる。

これは、サヴィニーが法律関係の本拠説を説いた時代とある面では類似している。サヴィニーの理論は、19世紀半ばまでの自由主義的資本主義が最高潮に達した時代に登場する。この時代における社会の発展のためには、封建時代から続く、または形を変えて存続する地域国家の主権を強調するよりは、できる限りそのような国家の主権の壁を低くして、国境を超えた経済社会活動を行おうとする者が予測可能性や法的安定性を確保することができる国際私法理論が求められたのである。サヴィニーの法律関係の本拠説は、このような時代の社会的要請を透徹した視点から理論化したものといえるのではなかろうか⁽⁸¹⁾。他方、グローバル化が進行している現代、19世紀から20世紀初めに登場した民族国家が多民族国家、民族混住国家に変容し、属人法に関する本国法主義もそのままでは維持することが難しい状況となり、改めて準拠法に関する当事者の予測可能性や法的安定性の確保が問題になってきている。このような中で、国際人権法や憲法上の原則、国家に関する啓蒙思想などを援用して、国際私法における当事者意思の位置づけを見直そうとする見解が生じている⁽⁸²⁾。わたくしもこのような動向を見極めて、当事者意思の新しい位置づけを模索していきたいと考えている⁽⁸³⁾。

- (1) 当事者自治の淵源をどこに求めるかについては見解の対立があるように思われる。もっとも古くは、紀元前120年から118年のエジプトの判決にエジプト語で書かれた契約についてはエジプトの裁判所に管轄権を認め、エジプト法を適用し、ギリシャ語で書かれた契約についてはギリシャの裁判所に管轄権を認め、ギリシャ法を適用するとする判決があったといわれている（例えば、Symeon C. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World* (2014) p. 112）。また、5世紀から成立した部族国家の種族法を確定するための法律宣言（*professio juris*）に準拠法選択の淵源を求める見解がある。さらに、一方では、デュムーラン（Charles Dumoulin (1500～1566年)）を準拠法選択の自由を基礎づけた創始者とみる見解がある（例えば、Max Gutzwiller, *Geschichte des Internationalprivatrechts* (1977) S. 73ff.）。しかし、他方では、当事者意思を強調することによって契約締結地法の適用を強調しただけであるとして、これに疑問を呈する見解もある（例えば、Franz Gamillscheg, *Der Einfluss Dumoulin auf die Entwicklung des Kollisionsrechts* (1955) S. 120f.）。

- (2) 例えば、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣，2005年）49頁参照。ケーゲルも、近代国際私法を基礎づけた研究者としてストーリー（Joseph Story）とともにサヴィニーを挙げた論文をケルン大学法学部創立600年記念論文集に寄せている（Gerhard Kegel, Story und Savigny, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, SS. 65-93）。
- (3) 例えば、櫻田嘉章「サヴィニーにおける準拠法決定の在り方について」法学論叢126巻4・5・6号179頁以下をはじめとする一連の論文、多喜寛『近代国際私法の形成と展開』（法律文化社，1979年）3頁以下等多数。
- (4) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII. (1849) S. 108f.; 小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系第8巻』（成文堂，2009年）96頁参照。
- (5) Savigny, op.cit., S. 24; 小橋・前掲注(4)訳書28頁参照。
- (6) Savigny, op.cit., SS. 28~29; 小橋・前掲注(4)訳書30~31頁参照。
- (7) サヴィニーは、体系第1巻法源のところで、法源として、制定法、慣習法、学説法の三つを挙げているが、なかでも学説法の重要性を強調する。ヨーロッパにおけるローマ法の継受を慣習法でありながら、人為的な学問活動による媒介を必要とするものとしている。
- (8) Savigny, op.cit., S. 10; 小橋・前掲注(4)訳書18頁参照。サヴィニーによれば、個々の法律関係は法規により規律された人と人の関係として現れる。しかし、この法規による規律は、個人の意思が他人の意思から独立して支配を行う範囲を割り当てられることにより存在する、とされている（Bd. 1, S. 333）。このような関係をサヴィニーが基本要素とするのは、自律的な意思をもった人間の相互依存的な共同性を承認し、法律関係に出発点を求めているからであると思われる（耳野健二『サヴィニーの法思考 ドイツ近代法学における体系の概念』（未来社，1998年）196頁参照）。つまり、サヴィニーは、まず、法律関係の担い手である人それ自体の権利能力やその制限について考察した後に、法律関係と人との結合関係の多様性に着目し（Savigny, op.cit., Bd. 2, S. 4ff., S. 373ff.）、第3巻の法律関係の発生と消滅、第4巻の法律関係の侵害等へと展開している。国際私法上の原則についても、国ごとに異なる内容を有する法規ではなく、そのような法規の内容の如何にかかわらず存在する法律関係に着目し、法律関係の性質からみる方向性は、法律関係を以前より明確に個別化する際にも、結果の国際的一致を危うくしないという利点を持っていたと指摘されている（Vgl. Paul Heinrich Neuhaus, Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache, 15 Rabels Z. (1949) S. 371ff.）なお、このノイハウス論文は、現代ローマ法体系第8巻の出版100周年記念に寄せられたものであり、6

年間の空白の後に戦後最初に発行された巻に掲載されている。

- (9) Savigny, *op.cit.*, S. 12 ; 小橋・前掲注(4)訳書 19 頁参照。
- (10) Savigny, *op.cit.*, S. 26ff. ; 小橋・前掲注(4)訳書 29 頁以下参照。サヴィニーは、このような国際的法共同体の考え方は、少なくとも一部は、当時のヨーロッパに共通のキリスト教的文明の影響によると捉えていた。
- (11) Savigny, *op.cit.*, SS. 39~106 ; 山田鎌一『国際私法の研究』(有斐閣, 1969年) 313~351 頁, 小橋・前掲注(4)訳書 38~95 頁参照。この部分も本来より詳しく紹介すべきであるが、山田教授の著書等ですでに紹介されているので本稿では省略する。
- (12) Savigny, *op.cit.*, S. 107 ; 小橋・前掲注(4)訳書 95 頁参照。
- (13) サヴィニーが「自由意思による服従」に着目したのは、カントの『道徳形而上学の基礎づけ (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)』(1785) や『道徳形而上学 (Metaphysik der Sitten)』(1797) の影響によるところが大きいものとみることができる。サヴィニーは、1799年3月19日付の友人への書簡で「法学におけるカントになりたい」と述べているといわれる(耳野・前掲注(8)書 29 頁)。カントは、「人の意思は、たんに法律に服従するのではなく、自律的にまた一番最初に(それによって原作者とみられ得るように)服従するとみなさなければならない」と述べ、これを「意思に基づく自治の原則」と呼んでいる(Joachim Püls, *Parteiautonomie* (1995) S. 27ff.)。このようなカントの見解は、19世紀のドイツの法律家の思想や方法に大きな影響を与えており、サヴィニーもそのような影響のもとにあったとみることができる。もっとも、サヴィニーは、カントの定言命法(ある行為をそれ自体として客観的かつ必然的なものとして命じることをいい、仮言命法に対する言葉である)による形式主義的な認識方法には反発しながら、個別的、経験的認識方法で当事者の意思を捉え直している、と指摘されている(耳野・前掲注(8)書 41 頁以下参照)。
- (14) Savigny, *op.cit.*, S. 111 ; 小橋・前掲注(4)訳書 98 頁参照。この場合における自由意思による服従は、一部は所有権の取得のように単独の当事者による一方的なものとして現れ、一部は債権契約のように複数の当事者に双方向的に存在するものとして現れる。
- (15) Savigny, *op.cit.*, S. 143 ; 小橋・前掲注(4)訳書 119 頁参照。
- (16) Savigny, *op.cit.*, S. 160ff. ; 小橋・前掲注(4)訳書 131 頁以下参照。
- (17) Savigny, *op.cit.*, S. 163ff. ; 小橋・前掲注(4)訳書 133 頁以下参照。
- (18) Savigny, *op.cit.*, S. 169 ; 小橋・前掲注(4)訳書 137 頁参照。

- (19) 動産三分説については、例えば、山田録一『国際私法第3版』（有斐閣、2004年）294頁参照。
- (20) Savigny, op.cit., SS. 178～179；小橋・前掲注(4)訳書143～144頁参照。所有者の住所地と重なる例として、旅行完了後に旅行者の故郷に戻されることを常とする旅客の荷物や所有者がより有利になる時期まで保管するためにその住所地に送られる商品が挙げられている。
- (21) Savigny, op.cit., S. 113；小橋・前掲注(4)訳書99頁参照。
- (22) Savigny, op.cit., S. 247f.；小橋・前掲注(4)訳書193頁以下参照。
- (23) Savigny, op.cit., S. 248；小橋・前掲注(4)訳書194頁以下参照。
- (24) Savigny, op.cit., SS. 248～249；小橋・前掲注(4)訳書194～195頁参照。サヴィニーは、直接連結素としてお当事者意思を取り上げてはならず、自治という言葉を使用することに批判的であった。しかし、当事者に履行地等の選択を認め、任意的服従の推定を明示的意思により排除しているのである。これは、ツィーテルマン（Ernst Zitelmann）が1897年に抵触法的指定と実質法的指定に関する問題提起をし、国際私法の構造との関係で意識的に議論される以前のことであることを考慮すれば、実質的には当時の意味における当事者自治（つまり、今日の意味における実質法的指定を含むもの）を認めたと同一の効果を認めたものといえることができるであろう。
- (25) Savigny, op.cit., S. 276ff.；小橋・前掲注(4)訳書215頁以下参照。
- (26) Savigny, op.cit., S. 295；小橋・前掲注(4)訳書228頁参照。
- (27) Savigny, op.cit., S. 311ff.；小橋・前掲注(4)訳書239頁以下参照。
- (28) この点については、サヴィニーの「法律関係に関する法規の支配の時間的境界」を「場所的境界」と独立した国際私法上の問題として捉える独特の見解と関連する（Savigny, op.cit., SS. 368-540）。しかし、本稿ではこの点に関する説明を省略する。
- (29) Savigny, op.cit., S. 326；小橋・前掲注(4)訳書249頁参照。
- (30) Savigny, op.cit., S. 326；小橋・前掲注(4)訳書250頁参照。
- (31) Savigny, op.cit., S. 331；小橋・前掲注(4)訳書253頁以下参照。
- (32) Savigny, op.cit., S. 337；小橋・前掲注(4)訳書257頁参照。
- (33) Savigny, op.cit., S. 339；小橋・前掲注(4)訳書258～259頁参照。
- (34) Savigny, op.cit., S. 342f.；小橋・前掲注(4)訳書260頁以下参照。
- (35) Savigny, op.cit., S. 344；小橋・前掲注(4)訳書262頁以下参照。
- (36) Savigny, op.cit., S. 347；小橋・前掲注(4)訳書264頁参照。
- (37) もっとも、共通の国際私法規則は、判決の国際的一致の必要条件ではあるが、

- 十分条件ではなく、例えば、外国法の適用を当事者の主張立証に委ねられたものとみるか、裁判所が職権で確定すべき法的判断基準とみるか、法廷地法によるべき手続法についての国際的調整などが十分条件として問題になる (J. Basedow, *The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations*, 360 (2012) *Recueil des Cours* (2013) p. 46)。
- (38) E. Rabel, *The Conflict of Law*, Vol. 1 (1945) p. 88 ラーベルは、これらの定式は同じ目標に向かうものと位置付ける。しかし、わたくしの視点から見ると必ずしもそのようにいえないことになる。
- (39) この点に関して、例えば、桑田三郎教授は、「概していうならば、」「国際法的共同体の思想はあまねく支持されているのに対し」「法律関係の理論は」「排斥せられている。」とされ、「社会科学的理論の」「その理論が必然的に包蔵している時代的制約性」を指摘されて、研究の重点を「サヴィニーが用いた方法」に向けられなければならないとされる (桑田三郎『国際私法研究』(文久書店、1966年) 2～3頁参照)。本稿は、これと基本的視点を異にするものではないが、「法律関係」ではなく、法律関係の「本拠」に着目している点に特徴がある。
- (40) Friedrich Mommsen, *Wie ist in dem Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland das Verhältniß des inländischen Rechts zu dem ausländischen zu normiren?* *AcP* Bd. 61, H. 2 (1878) S. 159f.; 多喜・前掲注(3)書 127 頁参照。
- (41) T. Niemeyer, *Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (Die Gebhardschen Materialien)* (1915) S. 142
- (42) Püls, *op.cit.* (Fn.13), S. 146
- (43) *Verhandlungen des 18. Deutschen Juristentages*, Bd. II (1887) S. 82ff (以下、*Verhandlungen* として引用し、Bd. II を省略する); 多喜・前掲注(3)書 115 頁以下参照。
- (44) ここであえて「国際私法上の」という言葉を入れているのは、当時ドイツにおいて統一私法が成立し、施行される以前のことであるので、ドイツ国内の私法上の抵触事件と区別するためではないかと思われる。
- (45) T. Niemeyer, *Vorschläge und Materialien zur Koifikation des Internationalen Privatrechts* (1895) S. 117; 多喜・前掲注(3)書 117 頁参照。
- (46) Niemeyer, *op.cit.* (Fn. 40), S. 307; 多喜・前掲注(3)書 129 頁注 1 参照。
- (47) *Verhandlungen*, S. 112; 多喜・前掲注(3)書 117 頁参照。
- (48) *Verhandlungen*, Bd. I, S. 95ff. (v. Bar); S. 82ff. (Bahr)
- (49) *Verhandlungen* S. 113; 多喜・前掲注(3)書 117 頁参照。
- (50) *Verhandlungen*, SS. 113～115; 多喜・前掲注(3)書 118～119 頁参照。

- (51) Verhandlungen, SS. 120~123 ; 多喜・前掲注(3)書 129 ~ 123 頁参照。
- (52) Verhandlungen, S. 131, S. 134 ; 多喜・前掲注(3)書 124 頁参照。この部分は、ヤックの提案を支持する共同報告者であったライプツィヒの法律顧問官、ドルン (Dr. Dorn) の発言に関連する。
- (53) Verhandlungen, S. 134 ; 多喜・前掲注(3)書 124 頁参照。
- (54) Verhandlungen, S. 140f. 多喜・前掲注(3)書 126 頁参照。
- (55) Niemeyer, op.cit. (Fn. 40), S. 329
- (56) Niemeyer, op.cit. (Fn. 40), S. 330
- (57) 1898 年段階における外国法の適用に関する連邦参議院の第 6 次案 2366 条には、生前の法律行為から生じる債務関係は、契約締結地法によらし (1 項)、当事者により他の場所の法の適用が前提とされたとみられる事情が明らかな場合には、その場所の法が適用される (2 項)、とされていた (Oskar Hartweg, Friedrich Korkisch, Die gehaeimten Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts (1973) S. 253)。しかし、この案に対しては、バイエルン、ヴィルテンブルクなどの州から反対意見が出され (ibid., S. 268ff.), 司法省の思惑に反して、草案の原則的連結が現行法と一致せず、従来の実務から格別の弊害が生じていないという議論から、ドイツ外務省の委員会の削除提案が出された (ibid. S. 326)。1895 年 11 月 27 日の会議で司法省もこれに賛成する意見を出し (ibid. S. 338), 1895 年 12 月 11 日の国際私法に関する委員会審議の結論のまとめで削除されている (ibid. S. 380)。
- (58) Vgl. Püls, op.cit. (Fn. 13) S. 149f.,
- (59) Vgl. Savigny, op.cit. (Fn. 4) S. 248f. B ; 小橋・前掲注(4)訳書 195 頁 B を参照。
- (60) Vgl. Stefan Leible, Parteiautonomie im IPR — Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung? Fest. für Erik Jayme, Bd. 1 (2004) S. 485
- (61) 近代的民族国家はフランス革命後のフランスにみられたが、ドイツにおいては、1850 年代以降ドイツにおける資本主義の発達に伴い、民族国家統一の要請が強まり、プロイセンが対仏戦争により高揚した民族意識を背景に 1871 年にドイツ帝国という統一国家を建設した。サヴィニーの時代との相違を意識しておく必要がある。
- (62) Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9Aufl (2004) S. 653 (なお、ケーゲルが最初に明確にこの点について触れたのは、Kegel, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (1971) S. 253ff. であった。) ; Gunther Kühne, Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht (1973) S. 33; E. Rabel, The Conflict of Laws, Bd. 2, 2Aufl. (1960)

p. 365ff.; Dieter Henrich, *Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität*, Festschrift für Erik Jayme (2004) S. 322ff. 等参照。

- (63) Vgl. Leible, *op.cit.* (Fn. 58), SS. 485~503; Haimo Schack, *Das IPR — ein Buch mit sieben Siegeln, reif für das modern Antiquariat?*, Hilmar Krüger/Heinz-Peter Mansel, *Liber Amicorum Gerhard Kegel* (2002) SS. 179~198
- (64) J. Basedow, *Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, 75 *Rabels Z.* (2011) SS. 32~59; 中野俊一郎「当事者自治の正当化根拠」*立命館法学* 339・340 合併号 301 頁以下等参照。なお、グローバル化の法的分析、立法その他の国家の行動についてだけではなく、私的な行動者としての個人に着目する必要があること、当事者自治を支える社会的背景の変化などについては、J. Basedow, *The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations*, 360 (2012) *Recueil des Cours* (2013) p. 82ff. 参照。
- (65) もっとも、役務や情報のように国際的枠組み自体が十分できていない分野があることにも注意する必要がある。
- (66) Basedow, *op.cit.* (Fn. 62), p. 72f.
- (67) Basedow, *op.cit.* (Fn. 62), p. 210f.
- (68) Basedow, *op.cit.* (Fn. 62), p. 211f.
- (69) Vgl. Püls, *op.cit.* (Fn. 13), S. 135
- (70) Leible, *op.cit.* (Fn. 58), S. 489
- (71) *Ibid.*
- (72) 例えば、ブラジル、ウルグアイのような南米諸国やエジプト、イエメン、ヨルダン、イラクのような中近東の諸国においては、客観的連結が行われ、当事者自治は認められていない。
- (73) Basedow, *op.cit.* (Fn. 7), p. 214
- (74) これらの点については、木棚照一「国際家族法における本国法主義の変遷と当事者自治の導入」棚村政行・小川富之編『中川淳先生傘寿記念論集家族法の理論と実務』（日本加除出版、2011年）10頁以下、扶養義務の準拠法に関する2007年のハーグ議定書における準拠法選択については、木棚照一「国際家族法講義16 扶養義務」*戸籍時報* 708号 50頁以下参照。なお、契約外債務につき事後的な準拠法選択のみを認めるか（EGBGB Art. 42：法適用通則法16条、21条参照）、一定の場合に限り事前の準拠法選択を認めるか（ローマII規則14条参照）議論がある。この点に関する最近の文献としては、例えば、Andreas Vogeler, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (2013, Mohr Siebeck) がある。

- (75) 物権については、運送中の動産に関する物権、間接保有証券の準拠法などが問題になるが、より一般的に、中国涉外民事関係法律適用法（2011年4月1日施行）37条のように動産物権に適用される法を当事者が合意により選択できるとする立法もみられる。なお、中国国際私法のこの部分の解説としては、黄勳霆「中国国際私法物権部分の解説」帝塚山法学25号1頁以下；Huanfang Du, *The Choice of Law for Property Rights in Mainland China: Progress and Imperfection*, Jürgen Basedow and Knut B. Pissler ed., *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe* (2014) p. 101, 107 参照。
- (76) 例えば、知的財産権の準拠法について日韓共同提案は、391条で属地主義の原則の抵触法的反映ともいえる保護国法の原則を認めたとうえで、302条に当事者による準拠法合意を「いつでも紛争の全部又は一部について」認め、「知的財産の成立、有効性、効力など知的財産自体に関する問題については、当事者間に限ってその効力を及ぼす。」ものとしている。木棚照一編著『知的財産の国際私法原則研究—東アジアからの日韓共同提案』（早稲田大学比較法研究叢書40, 2012年）29頁参照。
- (77) Vgl. Neuhaus, *op.cit.* (Fn. 8), S. 375f.
- (78) 法律関係から出発し、双方向的抵触規定を導いた点にサヴィニーの見解を高く評価する見解に対して、法規から出発しても双方向的抵触規定を見出すことができ、サヴィニー自身がいずれの道を通っても解決が異なることを認めていたとする主張がみられる（多喜寛「国際私法における『法規からの出発』と『法律関係からの出発』」山内惟介・ヴェルナー・F・エプケ編『国際関係私法の挑戦（中央大学・ミュンスター大学交流25周年記念）』（中央大学出版会, 2014年）251頁以下、特に170頁参照。）。しかし、法律関係の「本拠」に着目し、当時支配的であった属地主義、法廷地法主義を克服した点は高く評価できるのではあるまいか。法規からの出発を容認しているのは、あくまで例外的な場合についてであることにも注意すべきではあるまいか。
- (79) サヴィニーは、不法行為のほかに、世襲封土、家族世襲財産に関する相続の特別規定（Savigny, *op.cit.*, S. 305ff.）、一夫一婦制の原則（Savigny, *op.cit.*, SS. 36, 160）、非嫡出子の扶養に関する父子関係の確定（Savigny, *op.cit.*, S. 279f.）をこのような例として挙げている。
- (80) もっとも、現代の国際私法理論からみても、法律関係からのアプローチだけですべての問題を処理することができるかは疑問として残されている。とりわけ、当事者自治の制限論として注目される特別連結論は、問題となる法規の性質や法

目的に着目しており、このようなアプローチも必要となるように思われる。もっとも、その場合における強行法規は理論的には必ずしも法廷地の強行法規に限られない点は、サヴィニーの時代の議論と異なっている。

(81) 現代における当事者自治の原則への関心の高まりを経済的自由主義の背景から生じたサヴィニーの抵触法理論への回帰であると指摘する見解がある (Abbo Junker, Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen — Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie in Schuldvertragsrecht — IPRax 1993, S. 2)。

(82) Cf. Basedow, *op.cit.* (footnote 62) pp. 164-289

(83) その際の課題については、拙稿「サヴィニーの法律関係の本拠説とその継受の特徴」『名古屋学院大学法学部開設記念論文集』(2014年9月)85～127頁の114頁以下に簡単に言及した。なお、この論稿は、2013年11月12日の名古屋の「国際私法を語る会」の報告原稿を基礎とするものであった。この原稿を提出する段階では、国際私法学会の報告内容はこの原稿とかなり異なる内容とするつもりであった。しかし、その後種々の事情から、学会報告及び年報原稿がこれと重要な部分で重なる内容となってしまった。年報への掲載の辞退も考えたが、前記論文集が大学の紀要とは別に法学部で編集されたもので、発行部数が限られていたこともあって、苦慮しながら掲載させて頂くことにした。この点で学会の皆様のご宥恕を請いたい。また、本稿を丁寧に査読され、綿密なコメントを寄せて頂いた方々に心より謝辞を送りたい。