

国際私法における価値中立性

竹下啓介

たけした けいすけ

一橋大学大学院法学研究科准教授

- 1 序 論
- 2 普遍理論における価値中立性
- 3 国際私法と法の適用範囲の決定
- 4 結語——国際私法の基礎にある多様性

1 序 論

(1) 本稿の課題

現代の日本の国際私法についてその客観的な意義・価値を知ろうとする場合、それと異なる様々な国際私法に関する思考との比較を行うことは有益である。そこで、本稿においては、19世紀から20世紀にかけて主張された普遍的国際私法理論（以下「普遍理論」という。）、すなわち諸国に共通の規範体系として構想された国際私法に関する理論と、現代の日本における国際私法に関する思考との比較を行い、現代の日本の国際私法が、普遍理論の観点から分析した場合にどのように捉えられるのか、それに基づく渉外的法律関係の規律の現状がどのようなものであるか、検討する⁽¹⁾。特に、本稿では、普遍理論における価値中立性に焦点を当てて、分析を行う。ある国際私法規範が普遍的であるためには、前提として、当該規範は様々な価値判断等から基本的に中立的でなければならず⁽²⁾、普遍理論における国際私法は、このような性質を有すると想定される。他方で、現代の日本の国際私法は、一般論として内外国法の平等・実質法的価値からの中立性に基礎づけられた規範であるとされることはある⁽³⁾が、その中には、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）28条のように子の福祉の実現を目的として立法された規範⁽⁴⁾等、明らかに一定の実質的な価値に基礎づけられた規範も存在する。そこで両者を比較することによって、このよ

うな差異が、いかなる意義を有することとなるのか、分析する。

(2) 対象となる普遍理論

現代の国際私法の比較の対象となる普遍理論として、本稿では Friedrich Karl von Savigny の理論⁽⁵⁾と Ernst Zitelmann の理論⁽⁶⁾を対象とする。普遍理論の中で、彼らの理論は、後述(本稿2(2)参照)のとおり、国際社会に法秩序が併存することを前提に、各法秩序の法の適用範囲を定めることによって準拠法選択の問題を解決するものであり、この点は、現代の日本の国際私法学においても、基本的に共通する考え方であるといえよう⁽⁷⁾。価値中立性に着目して普遍理論と現代の日本における国際私法に関する思考を比較する場合、前提を共有する考え方を比較した方が、差異の意義をより明瞭にとらえることができる。普遍理論の中には、このような理論の他に、普遍人類社会を想定し、そのような社会の法として国際私法を想定する考え方⁽⁸⁾もあるが、このように大きく理論の前提となる構想が異なるとすると、比較が困難となる。また、そもそも普遍人類社会が存在するという前提自体が一定の価値判断に基礎づけられているとも考えられるため⁽⁹⁾、普遍理論の価値中立性に着目しようとする場合、このような理論を取り上げることは必ずしも適切でないと考えられる。

以下では、まず本稿の対象とする普遍理論の価値中立性を分析した上で(2)、現代の日本の国際私法規範との比較を行い、差異を明らかにする(3)。最後に、結語として、より多様な国際私法の分析視座の必要性を指摘する(4)。

2 普遍理論の価値中立性

(1) 普遍理論の国際私法の特徴

普遍理論における価値中立性の中に、実質法的価値からの中立性が含まれることに、異論は無いであろう。多くの文献で紹介されるように、Savigny における法律関係の単一の本拠の法を適用するという定式⁽¹⁰⁾は、各国の実質法の内容とは無関係に準拠法を定めるものであるし、Zitelmann の理論において導き出される普遍的な国際私法規範についても、一定の法律関係に対して、準拠法となる法秩序の法を定めるという定式⁽¹¹⁾が用いられ、実質法的価値・政策

判断から中立的な規範であるといえる⁽¹²⁾。また、このような定式は、各法秩序の法の適用範囲を平等に設定する点でも、実質法的価値からの中立性を実現しているといえる。そのため、普遍理論における国際私法規範の価値中立性に固有の意義があるとすれば、この点以外の価値中立性が含意されているはずであり、そのような価値中立性は普遍理論の国際私法に固有の性質を基礎とするはずである。

普遍理論の国際私法に固有な性質の1つとして、それが各国の国際私法に関する特定の政策的判断に依存せず、むしろ、そのような特定の政策的判断を行っていない場合に、国内法としての効力を有するという性質を挙げることができる。Savignyの理論においても、Zitelmannの理論においても、普遍的な国際私法規範は、国内裁判所においては、国内法として存在する国際私法に対して補充的な効力のみを有する規範とされる。例えば、Savignyは、領域法の抵触について国内法が規定している場合に、その国の裁判官は、当該規定を絶対的に適用しなければならず、普遍的な国際私法規範よりもそれが優先すると考えていた⁽¹³⁾。しかし、普通ドイツ法が行われている国々にこのような国内法が完全な形で規定されている国はなく、また、自国法の適用のみを行う法廷地法主義の採用も認められないことから、一国の国内における領域法の抵触の問題と同様に、規律は「学問的確定」に委ねられることとなり⁽¹⁴⁾、普遍的な国際私法を学問的に導出する。また、Zitelmannの理論においても、国際私法に関する学問的課題の1つに、各国の国内法の「欠缺」の補充が掲げられ⁽¹⁵⁾、普遍的な国際私法は、あくまで、国内制定法・慣習法等として存在する国内法としての国際私法規範——Zitelmannはこれを「抵触法 (Kollisionsrecht)」と呼ぶ——を補充する効力のみをするものであるとされる⁽¹⁶⁾。このように、普遍理論は、あくまで各国が自国の国際私法に関する政策を有する可能性があることを前提として、普遍的な国際私法は、そのような特定の政策的意図を有しない場合に効力を有する規範であるとしていた。

そうすると、普遍理論における国際私法規範がそのような固有の性質を有する理由が問題となるが、普遍的な国際私法規範の各国における受容の根拠が国際私法の外部にあることが理由であると考えられる。Savignyの理論は、ロー

マ法の理解, 特に, ローマ法において裁判籍によって結びつけられる人・法律関係と法秩序との関係性を基礎として, いわゆる法律関係の「本拠」の法を定める規範を導出するものであり⁽¹⁷⁾, ローマ法の効力を根拠とするものである。また, Zitelmann の理論は, 実証的な国際法から国際私法を演繹的に導き出し, 国際法としての効力を有する, その意味で普遍的な効力を有する国際私法規範を構想するものである⁽¹⁸⁾。このように, 国際私法に対して外在的な根拠に依拠して規範の効力を基礎付けるからこそ, 国際私法に関する固有の政策的判断をしない場合に—むしろ固有の政策判断をしないからこそ—効力を有する国際私法規範の存在が可能となる。

(2) 普遍的な国際私法の効力の外在的根拠

Savigny はローマ法の効力に, Zitelmann は実証的な国際法の効力に, それぞれ普遍的な国際私法規範が国内法として受容される根拠を見出していたが, より実質的には, 法の適用の根拠と, それに基づき構築される法秩序が併存することで形成される国際的な私法秩序の維持という2つの要素から, 国内法としての受容が根拠付けられていたと考えられる。

ここにおける法の適用の根拠とは, 一定の法律関係に対してある法秩序の法を適用することを基礎づける要素であり, ある法秩序の法はそのような要素が妥当する法律関係に対して効力を有することとなる。現代の日本の国際私法学の観点からすると, 連結政策を基礎付ける要素となろう。ただし, この点について, Savigny も Zitelmann も, 単に国際私法における準拠法選択のためだけに用いられる要素ではなく, より一般的に, 一定の法秩序と一定の法律関係を結合する基準として用いられる要素を根拠としていた⁽¹⁹⁾。

Savigny は, このような要素として「自由意思による服従」⁽²⁰⁾を挙げる。Savigny は, 法規の規律の対象となる人と法律関係を区別⁽²¹⁾して, それぞれについて併存する領域法のいずれが適用されるかを論じるが, 人に対する一定の領域法の適用を根拠づける要素として, 住所 (domicilium) を掲げる⁽²²⁾。そして, 住所については, ローマ法において人が自由に選んだ場所であることを確認⁽²³⁾した上で, 同じことが Savigny の時代にも妥当する⁽²⁴⁾とされ, 自由意思に

よる服従が特定の領域法への人的従属の基礎となるとする⁽²⁵⁾。そして、法律関係と領域法との結合においても、同じように、私人による物権の取得や契約の締結といったことの内的必要に応じて当然に認定される自由意思による服従が根拠となるとする⁽²⁶⁾。

このように「自由意思による服従」を法の適用の根拠とすることは、Savignyにおける法の発生及び法と個人との関係性についての理解と関連すると考えられる。Savignyは、法律関係の一般的本質として、一定の方法で規律された複数の人間の共同生活があり、この複数の人間の集団を、偶然的に発生するものではなく、1つの精神的共同体の中に発生する自然的単一体、すなわち民族(Volk)と捉え、この共通の民族精神が法を生み出すとする⁽²⁷⁾。そして、このような民族の境界は曖昧であるが、この単一体を可視化し、境界を明確に定めた姿が国家(Staat)であり⁽²⁸⁾、このような国家における法と個人の関係について、法は共通の民族精神の中に、したがって人間の集団の総意の中に存在し、総意はその限りで各個人の意思であることを指摘する。したがって、個人がその自由によって総意である法に反することは違法であり、違法をする能力のある個人的自由は、自己の意思でもある総意によって拘束されると論じる⁽²⁹⁾。このように、Savignyは、民族の総意を支える個人の意思自体を当該個人が民族の法に服従する根拠とすることで、ある個人が自然的単一体である民族の総意に任意に服しないことを正当化する根拠を排除し、法乃至法秩序の存続を可能とする⁽³⁰⁾。そして、同じように、私人及び法律関係と法を結合する際に、住所の選択や一定の物権の取得等の内的必要に応じて認定される「自由意思による服従」を根拠とすることも、私人や法律関係に結合されるVolkの法に対して個人的な自由意思に基づいて服従しないことを、まさに当該個人の意思自体を根拠として否定するという思考に基づくものであると解される⁽³¹⁾。「自由意思による服従」は、一定の領域法の適用の受動的な根拠となるにすぎず⁽³²⁾、具体的な準拠法選択規則はローマ法以来の裁判籍の規則に依拠して導出することとなる⁽³³⁾が、個人の自由意思によって自然的単一体として存在する民族の法乃至法秩序の維持を実現するという全体的な構想を支える重要な要素であったと考えられる⁽³⁴⁾。

次に、Zitelmann は、「国家支配権 (Staatliche Herrschaft)」を法の適用の根拠とする⁽³⁵⁾。Zitelmann の理論において、すべての私権 (「主観的私法 (Subjectives Privatrecht)」⁽³⁶⁾) は、国家によってその法秩序を通じて与えられるとされる⁽³⁷⁾。そして、ある国家が私権を付与する前提として、法的な国家権力、特に、私法の立法権限を必要とするが、それは単に抽象的な私法秩序を発生させる権限を有することを意味するのみではなく、国家が私権の発生によって権力を与えようとする、その権力の対象に対する国家支配権を有する必要があるとする⁽³⁸⁾。例えば、債権等の他人に対する権利を国家が私人に付与する場合、国家は、当該他人に対する国家機関による直接的な権力行使をするためにも、当該他人に向けた間接的な—直接的な権力行使を背景とする—命令をするためにも、当該他人に対する国家支配権の行使が必要であり、そのような国家支配権が必要となることは一般的に法によって他人に対する権利を規定する場合も同様である。このように、一定の私権に対して一定の国家の法を適用する場合、当該国家が私権の対象に対する国家支配権を有していなければならない、この国家支配権の存在が法の適用の根拠となる。逆に、各国は、自らの国家支配権の範囲内において、自国法秩序を構築する。

普遍理論においては、以上の法の適用の根拠に関する思考によって、各法秩序の境界である法の適用範囲が定まり、不可視である法秩序の併存が、より明確な輪郭をもった法秩序の併存として認識される。しかし、彼らの国際私法規範が国内法として受容されるためには、これに加えて、各法秩序において、国際的な法秩序の併存を尊重し、維持しようとする判断が、必要である。このような法秩序の併存状態を尊重しないならば、外国の法秩序の境界を無視して、自国法を適用することも可能であるし、外国の法秩序の境界を尊重する場合であっても、外国の法秩序の維持に協力せず、その中に含まれる法律関係について自国の裁判所で法的な判断を行わないとすることも可能である。この点について、Savigny の理論においては、著名な「国際的法共同体」⁽³⁹⁾の主張に見られるように、このような国際的法共同体の枠組みの中で、各法秩序の併存を相互的に尊重しようとするからこそ、外国法の適用を命ずる国際私法規範が各国に受容されることとなる。このことは、異なる国家間の法の衝突の問題を、同一

国家内部における法の衝突と同じように取り扱うことについて、単なる寛さや恣意の発露ではないものの、主権国家間の友誼的許容と呼ぶことができると指摘されていること⁽⁴⁰⁾によっても基礎付けられる。また、Zitelmannの理論においても、ある国が付与した私権が他国で問題となり得る以上、私権が他国によっても承認される必要があり、私権が他国で承認されるためには、それを付与した国の当該私権を付与する国家支配権が、国際法的に承認されていなければならないし、各国は、逆に、国際法的に承認された他国の国家支配権を侵害してはならないとする⁽⁴¹⁾。そして、各国が対等な主権の相互的な承認を行っていることは歴史的事実であり、各国の相互的な主権の境界を画定する国際法上の実証的な規範が存在するとする⁽⁴²⁾。このような規範は未だ事実は不完全なものではあるが、各国の利益関心の強い分野とは異なり、私法の領域では、私人間の国際的な交流の安全と円滑を実現するという共通の利益に支えられた国家間の利益共同体が存在し、このような共通の利益を実現する必要性が、法共同体を可能かつ必要とすると論じる⁽⁴³⁾。これらの点から、国際法を遵守する各国の意思を推定し⁽⁴⁴⁾、国際法から導き出される国際私法が各国の国内でも補充的な効力を有すると結論づける。

このように、法律関係と法秩序乃至権利と国家の一般的な関係性を基礎として明らかとなる境界をもった法秩序の併存状態を尊重し、維持するという前提に立つことで、外在的根拠に基づき国際私法規範の普遍性を根拠づけようとした見解が彼らの国際私法理論である。このような外在的な根拠は、対内的に自律性を有する法秩序の併存の相互的な尊重を前提とするKant的な国際秩序⁽⁴⁵⁾の実現を想起させるものである。そして、国際私法の外にあり、一般的に各国・各法秩序で受容されるこれらの根拠に基づくからこそ、各国の国内で、国際私法に関する固有の政策判断がされていないときに効力を有する性質が、普遍理論の国際私法規範に固有のものとして、与えられることとなる。

なお、ここまでSavignyの理論とZitelmannの理論とを並列し、両者の共通性の点に焦点を当てて分析を行ってきたが、当然、双方の理論の差異、特に、一定の法秩序の法と一定の法律関係・法律問題の結合関係の差異には留意すべきであろう。前述のとおり、Savignyの理論においては、当事者の「自由意思

による服従」が強調され、例えば、人に対する住所地法の適用においても、その者の住所に関する自由な選択の可能性が強調される。このような理解を前提とするならば、そこに実現される国際的な私法秩序は、単に各法秩序が自律性を保持するのみならず、各法秩序に服する私人にも自由が確保されることとなる。他方で、Zitelmannにおける法律関係の基礎にある国家支配権が及ぶ国家の法の適用といった観点は、むしろ国家秩序の存在、一定の領域と国民を国家が支配するという構造を前提とする思考であり、国家法秩序によって構成される国際的な秩序の中において、私人は本国の対人主権に服する者として登場し、私人の自由の視点は後退し得ることとなる。このように、構想する国際的な私法秩序——各私法秩序の内部の構想をも含む——には差異もあり、それが普遍理論の内容上の差異となるため、それぞれの普遍理論の意義の探求に当たっては、これらの検討が重要となる。ただし、これらの問題は、本稿の課題の射程を超えるものであるため、ここでは扱わない。

(3) 外在的根拠からもたらされる価値中立性

以上の外在的根拠からすると、現代においても国際私法の性質として指摘される実質法的価値からの中立性、すなわち、選択される実質法の内容を考慮しないで準拠法選択を行うという性質を普遍理論の国際私法規範が有することは、当然の帰結である。また、特定の法秩序の実質法的価値から中立的であるためには、各法秩序の法の適用範囲を平等に設定する必要があるが、これも、外在的根拠からの当然の帰結である。しかし、このような価値中立性が彼らの理論の普遍性の保持のための必要条件であることは確かなものの、十分条件ではあり得ない。このような価値中立性は、前述のとおり、Savignyにおける法律関係の単一の本拠の法を適用するという定式によって実現されることは確かであるが、Savigny自身が指摘するとおり⁽⁴⁶⁾、この定式を用いる方法も、法の適用範囲を定めるという方法も、出発点異なるに過ぎず、同じ結論を導き出し得るものであり⁽⁴⁷⁾、定式がもたらす価値中立性に普遍理論に固有なものが含まれているとは考えられない。また、Zitelmannも指摘するように⁽⁴⁸⁾、このような定式自体には、Savignyの理論の根拠も、理論の普遍性を確信させる力もな

い。

この点、そもそも、実質法的価値から中立的でない、実質法的価値を考慮した国際私法規範とは何かということが、普遍理論の固有の価値中立性を明らかにすると考えられる。実質法的価値を考慮して法の適用範囲を定めること或いは準拠法を決定することの中には、例えば、自国法の適用範囲について、自国法の有する法政策が実現されるようにその国際的適用範囲を定めること、すなわち特定の実質法の内容を考慮して、その適用が確実なものとなるように法の適用範囲を設定することも含まれると考えられる⁽⁴⁹⁾。なぜならば法の適用範囲の設定自体に実質的価値の実現が考慮されるためである。換言すれば、ある法の適用範囲の設定は実質法と一体となってその適用を実現する意義を有するのであり、その意味で常に一定の実質法政策と関連を有するのである。このように実質法政策と関連を有することは、国際私法の問題の解決について法律関係の本拠の法を定めるという方法を採用する場合にも、何ら変わりがない。この意味で、あらゆる法の適用範囲の設定、国際私法の解決は、実質法的価値を内包するものということができる。逆に、普遍理論の国際私法規範が普遍性を有するためには、このような本来的に実質法の適用範囲の決定という問題が内包する実質法的価値からも中立的でなければならないはずであり、何らかの、中立的な法の適用範囲の決定が必要となる。

そして、この点を実現する要素が、前述の外在的根拠である。法の適用範囲の設定という国際私法の問題について、一般的な法と法律関係乃至権利との関係性、更にはそれによって形成される法秩序の併存状態の維持という外在的根拠のみを基礎とするからこそ、あらゆる内在的な政策の判断から中立的な、その意味で実質法的価値から中立的な、準拠法決定規範を導き出すことができる。

Neuhaus は、Savigny の理論について、国際私法の「脱政治化」、特定の国家の利益関心や愛国主義からの解放を行い、世界主義的な抵触法を構想したとする⁽⁵⁰⁾が、Savigny の国際私法規範に「脱政治化」を認めるとすれば、単に国家が自国の利益関心を考慮して法の適用範囲を設定することの防止する点のみならず、法の適用範囲の決定に内包される実質法的価値からも中立的な規範を構想したことも、認められてしかるべきであろう。

ただし、彼らの理論における普遍的な国際私法規範も、ある国で、同じ内容の国内法が立法された場合には、当該国内法を一定の政策的意図に基礎付けられていると評価することとなる。また、彼らが導き出す国際私法規範の内容自体は、独創的なものではなく、むしろ伝統的な議論の延長線上にあるといえる⁽⁵¹⁾。しかし、彼らが国際私法に対して内在的な根拠・政策的観点からはなれて、普遍妥当性を有する外在的根拠に基づき必然的に国際私法規範を導き出す点で、明確に他のあらゆる国内法としての国際私法規範とは区別された存在となる。また、このことから、各国が国内法としての国際私法を有しない場合に、逆に効力を有する規範という、特殊な位置づけが与えられることとなる。

(4) 小括

普遍理論は、その普遍的妥当性の実現のために、必然的に様々な意味において中立性を有する理論となる。そこで主張される国際私法規範は、現代においても国際私法の性質として指摘される実質法的価値からの中立性を有するのみならず、法の適用範囲の決定という問題が内包する実質法的価値からの中立性も有する規範であり、あらゆる国際私法に内在的な政策判断から離れて、法の世界に一般的な思考枠組みである外在的根拠に基づいて構想されたものであるといえる。

なお、普遍的な国際私法規範が概念上複数存在し得ないと考えられる以上、彼らの理論における具体的な国際私法規範が真に普遍的であるか、特にその内容について、なお批判的な検証が必要であろう。しかし、普遍理論が国際私法の世界を超える根拠を基礎として構想されることで、その国際私法規範に固有の価値中立性が付与されることは確かであると考えられる。

3 国際私法と法の適用範囲の決定

(1) 法の適用範囲の決定と準拠法の決定

普遍理論における国際私法とは異なり、現代の日本の国際私法の中には、明確に、一定の実質法的価値に基礎付けられた規範がある。各国は、自国の法政策に基づいて国内法としての国際私法を立法することが可能であり、このこと

自体、前述のとおり、普遍理論においても認められている。しかし、このように価値中立性から離れることは、普遍理論が構想する国際私法からの乖離を意味し、このような乖離がいかなる影響をもたらすかについて、現代の日本の国際私法の意義を客観的に認識するためには、分析する必要がある。

このような影響の1つとして、現代の日本の国際私法において、各法秩序の法の適用範囲を定める問題と具体的な法律関係・法律問題の準拠法を定める問題が分離していることを挙げることができる⁽⁵²⁾。前述のとおり、普遍理論においては法の適用範囲を明確にすることで法秩序の境界を明らかとし、それを基本として準拠法選択を行うため、双方の問題は表裏一体であったが、国際私法の規範が実質的価値を内包することで、この関係性が変化していると考えられる。実際、近時の日本の国際私法学においては、国際私法が扱う問題は、実質において法律関係・法律問題に対する準拠法の決定であると説明されることが多い⁽⁵³⁾と考えられ、各法秩序の法の適用範囲を定める問題であるとする説明は、あまりされない⁽⁵⁴⁾ように思われる。

実質的価値を内包する国際私法規範が取り入れられることで、双方の問題の分離が生じていることを説明するため、以下では、まず、実質的価値を内包するために法の適用範囲を定めるという観点からは説明することが困難な規範の具体例を掲げ、双方の視点の分離を明らかにする。その上で、そのような視点の分離がもたらす影響、特に、関係当事者の利益の視点の強く強調する傾向が強まっていることについて、その意義を分析する⁽⁵⁵⁾。

(2) 実質法的価値を内包する国際私法の意義

明確に実質法的価値を内包する現代の日本の国際私法の規範としては、選択的連結⁽⁵⁶⁾及び重疊的連結を採用する規範を挙げることができる⁽⁵⁷⁾。これらの規範によれば、複数の連結点によって複数の異なる法秩序が選択される可能性があり、そのような複数の法秩序の中から、一定の法律関係をより容易に発生させるべき、或いは、より厳格に発生させるべきという実質法的価値に基づいて、いずれの法秩序の法を適用すべきかを判断することとなる。

例えば、選択的連結を定める法の適用に関する通則法（以下「通則法」とい

う。) 28条は、夫婦の本国法のいずれかによって嫡出親子関係が成立するならば、嫡出親子関係は成立するものとしている。この条文が、価値中立的なものではなく、一定の実質法的価値、すなわち、子の福祉の観点から嫡出親子関係の成立を容易にするという価値を実現しようとしていること⁽⁵⁸⁾は、明らかであろう。

このような国際私法規範を、法の適用範囲の設定という観点から説明することには困難が伴う。このような規範を各法秩序の法の適用範囲の決定という問題設定から説明しようとするれば、通則法28条は、夫婦のそれぞれの本国法の適用範囲にその者と子の間の嫡出親子関係の成立という法律問題を含める規定と説明することもできるが、これだけでは、選択的連結の趣旨を明示したことにはならないし、この趣旨を明示するとすると、夫婦の本国法のうち、事案において嫡出親子関係の成立を認める法を有する法秩序の適用範囲に含まれると説明することとなるが、これでは、双方の本国法が嫡出親子関係の成立を認める場合、双方の本国法が嫡出親子関係の成立を認めない場合に、嫡出親子関係の成立の問題がいずれの法秩序の法の射程に含まれるか、明示していないこととなる。そもそも、SavignyやZitelmannにおいて、基本的に法の適用範囲が重複することはなく、単一の法秩序の法の適用が考えられていた⁽⁵⁹⁾ように、法の適用範囲を明確にして自律的な法秩序の境界を認識しようとするならば、一定の法律関係が複数の法秩序の境界の内部に含まれるという曖昧な状態は想定しがたく、少なくとも、内外国平等に基づく法の適用範囲の設定をすることはできない。このように、実質法的価値を内法する国際私法規範は、法の適用範囲の決定という観点から説明をすることは困難なのである。

この点からすれば、実質法的価値を内包する国際私法の規範が構想され、国内法として採用されるに至った原因の1つに、国際私法の問題を各法秩序の法の適用範囲を定める問題と捉える視点を後退させて、国際私法の問題を具体的な法律関係に対する準拠法決定の問題と捉え、準拠法に基づいて事案を解決することを目的とする思考が強調されるようになったことがあると考えられる⁽⁶⁰⁾。具体的な事案の解決こそが目的であれば、準拠法の適用結果さえ明らかとなればよく、各法秩序の法の適用範囲を定める視点を有する必然性はない。

また、このような思考が強調されると、当然に、準拠法決定も、事案の解決に直接関係する関係当事者の利益の尊重が重要となり、場合によっては実質法的価値を内包する形で規範が構想されるに至ると考えられる。

ただし、実質的な価値を前提とするとしても、あくまで関連する法秩序、すなわち嫡出親子関係の成立が問題となる夫婦の本国法のみが選択的に連結されており、夫婦の属人法の適用という枠組みを超えて、嫡出親子関係の成立を促進することまでを想定していない点には、注意すべきである⁽⁶¹⁾。例えば、立法政策としては、夫婦の常居所地法等を更に選択的に連結することは論理的には可能であろうし、できる限り嫡出親子関係の成立が認められる方が望ましいとするならば、その方が望ましいかも知れない。しかし、あくまで法の適用範囲を定めるという枠組み、特に、ある社会の法を属地的ないし属人的に適用するという考え方を前提とするからこそ、日本の国際私法においては夫婦の本国法のみが、関連する法秩序として、登場する。この点で、これらの規範は、実質法的価値を受容し、関係当事者の利益の促進を図ると共に、同時に、法の適用範囲を定めるという視点も、重要性が後退しているとはいえ、保持する規範であると説明することになろう。

日本の国際私法の中に実質法的価値が取り込まれた規範が採用されるようになって、普遍理論において表裏一体の問題であった法律関係・法律問題への準拠法の決定という問題と、各法秩序の法の適用範囲を定めるとい問題は、その表裏一体性を失い、分離することとなる。このように分離する中で国際私法を準拠法決定と捉える視点が強調された結果として、より多様な、場合によっては実質法的価値から中立的でない国際私法規範をも実現することができる状況となったと考えられる。

このような問題の分離は、各国が多様な国際私法の立法政策を実現することを可能とする点で、国際私法学における進歩と評価することもできよう。他方で、そのような可能性の拡大は、より一層、政策判断の慎重を要求する。なぜなら、国際私法が価値中立的なものであることや、各法秩序の法の適用範囲を平等に設定すべきであるといったことが絶対的な前提でなくなり、国内法としての国際私法の立法に当たっては、常に選択が求められるためである。また、

普遍理論において前提とされていた法の適用に関する内外国人の平等や純国内的法律関係と渉外的法律関係の統一的取扱いも当然には実現されないこととなる⁽⁶²⁾。特に、特定の当事者の利益の尊重が想定され、関係当事者の利益への公平な配慮が実現されない可能性があることにも、留意する必要がある⁽⁶³⁾。このように、問題の分離によって、国際私法は、より多様な視点からの分析が必要となったと考えられる。

(3) 当事者利益の国際私法——当事者自治の実質的価値——

このような国内法としての国際私法の政策判断に当たって、国際私法の問題を法律関係・法律問題に対する準拠法の決定と捉える視点の強調が、政策判断における考慮要素の中で特定の関係当事者の利益の考慮を重視することにつながりやすい点⁽⁶⁴⁾には、留意する必要がある。準拠法の決定と捉える視点が強調されたとしても、それが論理的に特定の関係当事者の利益のみを考慮することにつながる訳ではないが、適切な準拠法の決定のためには、少なくとも法律関係・法律問題の関係当事者の利益への一定の配慮が必要となり、このような視点が強調されることで、各法秩序の法の適用範囲を定めるという視点は後退し、国際私法の多様な視点からの分析が困難となると考えられるためである。多様な視点からの国際私法の分析のためには、このように特定の視点のみを強調することは、問題であろう⁽⁶⁵⁾。以下では、日本の国際私法において、このような状況に陥っていると考えられる当事者自治の原則を取り上げ、視点の多様性が失われつつある現状を分析する。

日本の国際私法において、当事者自治の原則は拡大の一途をたどっていると考えられる⁽⁶⁶⁾し、そのことの根拠の1つに、当事者自治の原則は当事者の意思を尊重する当事者利益に配慮した原則である点を挙げることができる。しかし、当事者自治の原則は、普遍理論においては登場しない⁽⁶⁷⁾。そもそも、世界における法秩序の併存を前提とした場合、その各法秩序の法の適用関係が、当事者による合意が定まるまで明らかとされないということは、法秩序の併存の前提に反すると考えられるし、当事者による合意が形成されなかった場合に法の適用範囲が定まらないこととなる点において問題がある。また、現実にお

いて、当事者の意思によって準拠法を定める場合、各国法の平等的な適用範囲の実現はされない。例えば、近時、離婚について当事者自治を認める見解が登場している⁽⁶⁸⁾が、離婚をしたい当事者は、敢えて、離婚に厳格な法秩序の法を準拠法として選択することはなく、当然に、自分たちの希望に沿う離婚を実現することのできる法を選択し、そのような法が適用されることとなる。無論、予め、離婚をしないようにするために当事者間で離婚により厳格な法が選択される可能性がないとはいえないが、そのような選択の可能性を考慮しても、当事者自治によって、実質において各法秩序の法の適用範囲が平等に定まるとは言い難い。以上の点から、国際私法における法の適用範囲を定めるという視点が後退し、法律関係の準拠法を定める視点が強調されて、始めて登場する原則であると考えられる。

当事者自治の原則が普遍理論において登場しないことから推認されるように、この原則は決して価値中立的な規範ではないと考えられる⁽⁶⁹⁾。離婚について当事者自治を認めた場合に、離婚をしたい当事者が離婚を認める法を選択し、確実に離婚が実現されるようになることから明らかなとおり、離婚についての当事者自治は、当事者が希望する離婚を促進するという実質的価値に支えられている。無論、このように実質的価値に支えられていることは、国際私法における当事者自治を否定する論拠にはならないが、実現される実質法的価値の合理性について多様な視点からの分析が必要となる。

特に、当事者自治の制約を分析する場合、このような視点は有益であると考えられる。日本の国際私法学においても、例えば、債権契約について当事者自治を肯定することを前提としつつ、その制約が常に議論されてきたし、通則法11条及び12条は、消費者・労働者に対する実質的保護という当事者利益の保護を実現する規範ための制約を結実した規定であるとされる⁽⁷⁰⁾。また、準拠法選択に関与しない者に対する準拠法選択の効力⁽⁷¹⁾や、交渉力の弱い企業の利益への配慮の観点からの制約⁽⁷²⁾等、今後、検討を要する問題も多い。そして、このような制約の議論は、あくまで当事者自治の肯定を原則としてその制約を論じるものであるが、国際私法の問題を法の適用範囲の設定と捉える視点からすれば、別稿でも論じたとおり、当事者自治を基本的に否定することを前

提として、当事者による準拠法選択が真に実務的に必要性及び合理性を有する範囲を明らかにし、その範囲内において限定的かつ例外的にのみ許容する議論の方向性も十分に検討の余地があると考えられる⁽⁷³⁾。

当事者の利益に配慮し、国際私法の解釈・立法を行うことは、ある意味では当事者間の法律関係・法律紛争を解決する国際私法の機能の観点から当然のことであり、価値中立性を捨て、実質的価値に配慮することも、国際私法の政策判断として十分に合理性を有する場合がある。しかし、当事者自治の原則を当然視することも問題であり⁽⁷⁴⁾、多様な視点から分析することで、慎重に国内法としての国際私法の立法政策を構想することが肝要である。

(4) 法の適用範囲を定める視点の必要性

国際私法の役割が⁸、具体的な法律問題の準拠法を定めることである以上、関係当事者の利益を考慮した準拠法選択を考えることは、決して否定的に捉えられるべきことではない。しかし、前述のように、多様な視点から国際私法の分析が必要であると考えられるし、特に、法の適用範囲を定める問題と捉える視点の欠如が⁹、各法秩序の自律性を実質的に毀損し、国際私法の基本理念と考えられる価値の多様性に反する結果につながる可能性があることについては、留意する必要がある。

法の適用範囲を定めるという視点の欠如によって問題が生じ得る具体的な例としては、国境を越える生殖補助医療と親子関係といった現代的問題がある。人の移動の自由が広く認められる現在の国際社会においては、ある国が生殖補助医療の実施を禁止しようとしても、その規制を容易に逸脱することが可能である。例えば、日本では代理母による出産は認められていないが、日本人夫婦が依頼した海外での代理懐胎の例は多数あるとされる⁽⁷⁵⁾。

私法の観点からすると、ここで問題となるのは、生まれてきた子の親子関係であるが、多くの生殖補助医療を許容する国の法律（多くの場合、その国の実質法）においては、依頼者と子の間の親子関係の成立を認める⁽⁷⁶⁾一方、これらの実施を禁止する国では、依頼者と子の間の実親子関係の成立を否定する傾向にあり、せいぜい、養親子関係の成立を認める程度にとどまると考えられ

る⁽⁷⁷⁾。そして、普遍理論のように各国法秩序の自律性を確保し、考え方の差異を尊重しようとするならば、各国の親子法制の属人的な適用、すなわち、依頼者の属人法を親子関係の成立に適用するといった国際私法の規範を各国が有し、相互的に法秩序の自律性を尊重することで、各社会に属する人に対する当該社会の法的規律を貫徹する必要があるだろうし、そのような規律が価値中立的といえるであろう⁽⁷⁸⁾。これに対して、属地的に医療実施国である出生地法を準拠法とすることも一見価値中立的に見えるが、自国法の適用の前提として生殖補助医療の実施が必要となる論理関係を内含するため、生殖補助医療を許容する国の法しか適用されず、生殖補助医療を禁止する国の親子法制の適用範囲が設定されないこととなり、価値中立的とはいえない。近時においては、生殖補助医療の実施を認める国において他国の社会に属する者（外国法を属人法とする者）に対しても親子関係の成立を認めることを前提に、その者の属人法所属国で当該親子関係を認められるかという形で議論がされ⁽⁷⁹⁾、国際条約の作成においても、一定の条件の下に親子関係の成立を各国が承認するという方向性での議論が想定されるようである⁽⁸⁰⁾。このように生殖補助医療を実施する国で親子関係が創設されることは、基本的に関係当事者の利益、特に、生まれてきた子の福祉を考慮してのものである⁽⁸¹⁾と考えられるが、それを当然視することは、各法秩序の生殖補助医療に関する考え方の差異を尊重しようとする立場とは相容れないものである。また、国際社会において、各国に一定の条件の下とはいえその承認を求めるという方向性は、親子関係の成立を認めるという実質的価値判断に基礎付けられたものであるといえよう⁽⁸²⁾。本稿は生殖補助医療が実施された場合における親子関係の成否についていずれの立場に与するものでもないが、仮に、価値中立的に各国法秩序の自律性を尊重するのであれば、法の適用範囲を定めるという視点からの検討も有益といえよう。

法の適用範囲を定めるという視点は、確かに、自国の実質法の政策的意図の実現に親和的な結論に至り得るものである。しかし、そのような結論はこの視点から必然的に導き出されるものではなく、自国の利益に従った法の適用範囲の設定を行うか、普遍理論のように、国際的な私法秩序の観点から価値中立性を基本として法の適用範囲の設定を行うかは、やはり国内法としての国際私法

の政策判断によることとなる。いずれにしても、単一に視点にとらわれることなく、多様な視点からより慎重に国際私法規範を構想することが肝要である。

4 結語——国際私法の基礎にある多様性

普遍理論のように価値中立性を前提とすると、法律関係の準拠法決定について内外国法の平等のような原理に基づく判断も可能となる。これに対し、現代の日本の国際私法規範は、少なくとも普遍理論の有する価値中立性を有することを当然の前提としてはおらず、その意味で、常に慎重な政策判断が求められ、より多様な視点からの分析が重要となる。特に、普遍理論と乖離することによって、普遍理論において表裏一体の問題であった各法秩序の法の適用範囲を定める問題と具体的な法律関係に対して準拠法を定める問題は分離し、いずれの視点から分析するかで、実質的な差異を生じるようになってきているため、現代の日本の国際私法で強調される具体的法律関係に対する準拠法を選択するという視点、その結果としての当事者利益の尊重という視点からだけでなく、法の適用範囲を定めるという法秩序の視点からの分析も、分析の多様性を維持するために必要となる⁽⁸³⁾。

また、あらゆる国内法上の国際私法立法政策から離れて外在的根拠に基づき構想された普遍理論は、現代の日本の国際私法規範やそれに関する議論にとって、特定の視点からの分析に拘泥していないか、特定の関係者の利益のみを強調する思考に陥っていないか確認するための比較の対象として、有益であろう。そのような比較の対象の質を向上させるため、普遍理論自体の研究も、国内法としての国際私法の立法・解釈に関する議論とは別に、今後も重要性を有すると考えられる。

- (1) 特段の言及のない限り、本稿における「国際私法」とは、狭義の意味（準拠法選択規則の意味）において用いる。
- (2) 国際私法が人権といった比較的広範に認められる価値との関係でも衝突し得るものであることについては、ユズニエ・ローランス（福田真希訳）「フランスの国際私法領域での人権の影響」名古屋大学法政論集 248号（2013年）299頁以下参

照。

- (3) 中西康他『国際私法』（有斐閣，2014年）24頁，櫻田嘉章『国際私法』（有斐閣，2012年）16-17頁，松岡博編『国際関係私法入門〔第3版〕』（有斐閣，2012年）28-29頁，横山潤『国際私法』（三省堂，2012年）28頁等。
- (4) 南敏文『改正法例の解説』（法曹会，1992年）106頁。
- (5) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 8 (1949).
- (6) Zitelmann, *Internationales Privat Rechts*, Bd. 1 (1897).
- (7) 例えば，櫻田・前掲3，14頁。澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第7版〕』（有斐閣，2012年）4-5頁。ただし，このような法域毎の法秩序の併存を前提とする施行に対しては，法域を越える形で形成され得る宗教法秩序をどのように位置づけるべきか等，なお検討すべき問題があるが，Savignyも意識的にラント領域によって限界づけられる法秩序を選択した（Savigny, a.a.O., S. 14-18; cf. Neuhaus, "Savigny und Rechtsfindung aus der Natur der Sache," *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 15 (1949-50), S. 376-377.）ことから，問題の分析には，前提として法域の併存を基本とする国際私法の思考枠組みについてのより深い理解が必要であろう。なお，この点に関する近時の論考として，西谷祐子「国際家族法における個人のアイデンティティ(1)・(2)・(完)」民商法雑誌152巻3号231頁以下，4・5号371頁以下（2015年）がある。
- (8) Jitta, *La méthode du droit international privé* (1890), pp. 52-62. 田中耕太郎『世界法の理論・第2巻』田中耕太郎著作集2〔復刻版〕（新青出版，1998年）197頁以下。これらの見解は自然法主義に立つ点については，拙稿「Zitelmann 国際私法理論の『実証性』(3)」法学協会雑誌122巻11号（2005年）130-131頁も参照。
- (9) 例えば，田中耕太郎の思考（Cf. Takeshita, "Sadajiro Atobe and Kotaro Tanaka: The Universal Private International Law School of Thought in Japan," *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 56 (2013), pp. 223-238.）においては，当事者自治の原則が推奨される（田中・前掲154-157頁）が，後述する（本稿3(3)参照）ように，当事者自治の原則は，決して価値中立的な規範でない。
- (10) Savigny, a.a.O., S. 108.
- (11) Zitelmann, a.a.O., S. 122 ff.
- (12) ただし，Zitelmann (*Ibid.*, S. 317 ff.) も Savigny (Savigny, a.a.O., S. 33 ff.) も，このような規範が国内裁判所においては国内公序によって制約されることを前提とする点で，国内裁判所における私人間の法律関係乃至権利の処理が全体として価値中立的に行われるべきことを主張するわけでないし，このような制約から，Savigny

は、原則的な法廷地法の適用を主張する見解と自身の理論の間の実際的な異なりはそれほど大きくないとする (*Ibid.*, S. 131.)。なお, Neuhaus は, Savigny が公序による制限としての政策的な介入規範を除外したからこそ, 法律関係から出発する問題設定が可能となったとする (Neuhaus, “Abschied von Savigny?,” *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 46 (1982), S. 8-9.)。

(13) *Ibid.*, S. 26.

(14) *Ibid.*, S. 23, 130.

(15) Zitelmann, a.a.O., S. 2-7. Zitelmann が掲げる普遍的な国際私法によって解決されるべき他の学問的課題としては, 将来における立法, 当事者による準拠法適用 (特定の国で裁判がされる以前に当事者が準拠法を認識できるようにすること) が掲げられる。 *Ibid.*, S. 7-20.

(16) *Ibid.*, S. 74-77.

(17) *Ibid.*, S. 108-110.

(18) Zitelmann, a.a.O., S. 72-74.

(19) その結果, 純国内的な法律関係に対する当該国内法の適用の根拠と, 渉外的な法律関係に対する一定の法秩序の国内法の適用根拠は, 必然的に共通化される。現代の日本の国際私法学における渉外的法律関係と純国内的法律関係の取扱いについての「法律関係全般説」(道垣内正人『ポイント国際私法総論【第2版】』(有斐閣, 2007年)5頁以下を参照。)と同様の結論であるが, むしろ, Savigny や Zitelmann の普遍的な国際私法規範の視点からはそれが理論的な必然であることに留意する必要がある。

(20) Savigny, a. a. O., S. 109-113.

(21) *Ibid.*, S. 11-13.

(22) *Ibid.*, S. 92-96.

(23) *Ibid.*, S. 58.

(24) *Ibid.*, S. 92.

(25) *Ibid.*, S. S. 111.

(26) *Ibid.*, S. 110-112. 実際, ローマ法における裁判籍の規定から準拠法を論じる箇所においても, 例えば, 物権に関する裁判について, 物の所在地の裁判籍と人の住所の裁判籍の双方が認められるとした上で, 「法律関係に向けられた特別の意思」を根拠として, 物の所在する地の領域法が適用されるべきであることを論じる (*Ibid.*, S. 169-172.)。

(27) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1 (1840), S. 14, 18-20.

(28) *Ibid.*, S. 21-22.

(29) *Ibid.*, S. 24.

(30) Savigny は、国家が個人々の恣意・契約によって成立したとする社会契約論の思考について、個人がまったく国家がないままでいることも、現実とは別の国家が成立することも、別の体制が選択される可能性も認め得るとすると、自然的単一体として存在する民族やその成立の内的必然性が無視されるとして批判する (*Ibid.*, 29.)。Savigny の思考においては、個人の意思に対して、社会契約論のように社会を構築・変革する能動的な意義を与えることはされず、むしろ現実における民族が形成する法に対する私人の服従を説明し、現状を根拠づける受動的な意義のみが与えられていたと考えられる。

(31) Cf. Neuhaus, a.a.O. (Anm. 7), S. 374. 例えば、人と領域法との結合を住所ではなく「生まれ (origo)」によって結合する場合、結合関係は人の自由な意思ではなく、出生によって発生させられることとなるため (Savigny, a.a.O. (Anm. 5), S. 111.), その者が個人的な意思で当該領域法に反する場合にそれが不法であることを根拠づけるためにその者の意思を根拠とすることができないことが問題となると考えられる。

(32) Cf. Neuhaus, a.a.O. (Anm. 7), S. 374. なお、「自由意思による服従」が恣意的なものではなく、あくまで、住所の選択等の私人の行為の内的必要に応じて認定されるものだからこそ、当事者の意思による積極的な準拠法の指定である当事者自治とは異なるものである。Cf. Takeshita, "Critical Analysis of Party Autonomy: From A Theoretical Perspective," *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 58 (2015), pp. 196-222.

(33) Savigny は裁判籍と適用されるべき領域法の双方の基準の間に内的関連を認め (Savigny, a.a.O. (Anm. 5), S. 109-110.), 裁判籍の基準を基礎として準拠法選択規則を導き出す。このことが合理的であるのは、ある民族の法の実現としての法律関係・権利の判断が当該民族の法秩序の裁判において実現されるため、裁判が行われるいずれかの領域の法が準拠法となると考えるからであると解される。

(34) なお、Savigny は、不法行為の裁判籍との関係では「自由意思による服従」ではなく「必然的な服従」 (*Ibid.*, S. 240) とするが、不法行為に基づく債権に適用されるべき法は常に「強行的で厳格に実定的な法律」 (*Ibid.*, S. 33.) であり、法廷地法が適用されるべきであるとされ (*Ibid.*, S. 278-281.), 異なる取扱いがされる。

(35) Zitelmann, a.a.O., S. 54-65.

(36) Zitelmann は、「主観的私法」を「客観的法命題によって設定されたある私人の他の一人又はすべての人に対する個別の利益的法状態であって、このような法状態

の国家による保護の発生及び遂行が第一の私人の意思の中に位置づけられている場合」(*Ibid.*, S. 37) と定義付ける。

(37) *Ibid.*, S. 55.

(38) *Ibid.*, S. 60-62.

(39) Savigny, a.a.O. (Anm. 5), S. 27-31. なお, 櫻田嘉章「サヴィニーの国際私法理論(1) ~ (4・完) — 殊にその国際法的共同体の観念について」北大法学論集 33 卷 3 号 589 頁, 4 号 1039 頁, 6 号 1436 頁, 35 卷 3・4 号 319 頁 (1982 ~ 1984 年) も参照。

(40) Savigny, a.a.O. (Anm. 5), S. 28.

(41) Zitelmann, a.a.O., S. 66-71. Zitelmann は, 他国での執行の可能性等の実際の必要性から, ある国が付与する私権が他国でも承認される必要があるとする。

(42) *Ibid.*, S. 78-79.

(43) *Ibid.*, S. 80-81. 私法の領域において, ある国家が他国の国家支配権の範囲を侵害することで得られる利益は, 私人の国際的に完全に秩序づけられた法交通の実現の利益と比較して, 非常に少ない, あるいはほとんど無いに等しいものであることを根拠とする。このように国家の利益状況が異なるため, 同所では, このような利益共同体の成立において, 刑法と私法とは異なるとして, 国際刑法と国際私法を区別する。

(44) *Ibid.*, S. 75.

(45) Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden - Ein philosophischer Entwurf* (1796), S. 28 における Völkerbund に基づく国際秩序を想定している。同所で, Kant は, 民族 (Volk) 乃至国家は, 個人と同様に判断されて良いとしており, 自由な個人が共和的な国家を構築すること (*Ibid.*, S. 19 ff.) と同様に, 自律性を有する民族乃至国家が共和的な連合を形成することを想定しており, そこでは, 永遠の平和のために, このような連合は, 単に, 国家に自国の自由の保持を求めると同時に, 他国の自由の保持を求めるのみであるとされる (*Ibid.*, S. 32.)。なお, Savigny と Kant との関係を指摘するものとして, Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnorm* (1965), S. 218-219 や Seif, "Savigny und das Internationale Privatrecht des 19. Jahrhunderts," *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 65 (2001), S. 502 がある。より一般的に国際私法と Kant との関係については, Siehr, "Kant and Private International Law," *European Business Organization Law Review*, vol. 2 (2001), pp. 767-775 も参照。

(46) Savigny, a.a.O. (Anm. 5), S. 3.

(47) ただし, 既に日本でも紹介されておられるように, Neuhaus は「コペルニクスの転回」(Cf. Neuhaus, a.a.O. (Anm. 7), S. 366.) と呼び, この問題設定の変更に固有の意

義を見出す (*Ibid.*, S. 370-373.)。しかし、塚場準一『ウルリクス・フベルス『抵触法論』註解』(尚学社, 1996年) 93頁以下に指摘されるように「コロンプスの卵的発見」(同書 97頁)であろうし、少なくとも、普遍理論の思考枠組みの中では、いずれの問題解決の方法を採っても実質的に変わりはなかったと考えられる。この点については、Neuhaus, a.a.O. (Anm. 12), S. 6-9も参照。

- (48) Zitelmann, a. a. O., S. 23. は、「それ(注: Savignyの理論)は、法律関係の本拠という比喩的な表現の中には、その独創性にもかかわらず、根拠もそれ故に確信させる力も有しないということを、今日においてはほとんど誰も疑わない」とした上で、その定式のみを自説のために活用する他の学説について、批判的に、「国際私法の他の理論は、一致した外観に至ったが、それらは、Savignyの理論と比べると、非常に少ししか、法学的な精確な意義を伴わないのである。」とする。
- (49) 横山潤『国際私法』(有斐閣, 2012年) 25-26頁を参照。
- (50) Neuhaus, a.a.O. (Anm. 7), S. 372-373, 376.
- (51) Cf. Neuhaus, a.a.O. (Anm. 12), S. 9-10; Seif, a.a.O., S. 495-500.
- (52) 双方の関係についての近時の研究として、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・エブケ編著『国際関係私法の挑戦』(中央大学出版会, 2013年) 249頁がある。同論文は、Neuhausが指摘 (Neuhaus, a.a.O. (Anm. 7), S. 372) した両者の関係性、すなわち「法律からの出発」が法の適用範囲を「国家の政治的、経済的又は威信の利害」によって定めることに至り、「法律関係から出発」する方法は「個々の法律関係の中心に位置する人間を念頭に置き……人間の利益と意思を顧慮する」という関係付けを批判的に検証する。
- (53) 例えば、澤木=道垣内・前掲 15頁では、「国際私法は……法律関係について類型毎に準拠法を決定し、これを適用する」とされ、適用範囲という問題設定は、一方的抵触規定の説明の箇所で行われるのみである(同書 17頁)。特に、同書 74頁においては、「現在のサヴィニー型国際私法においては、法の適用範囲という発想ではなく、単位法律関係ごとに適当な連結点を設定して、それが指し示す地の法を適用するという方法」を採用しているとする。中西康他・前掲 16頁においても、「法律関係からのアプローチ」として「法的问题……を解決する法秩序として……いずれの国(正確には法域)が選ばれるべきであるかと考える」と説明され、法の適用範囲を定める「法規からのアプローチ」については一方的抵触規定のみが説明される(同書 15-16頁)。
- (54) 法の適用範囲を定める問題と説明する記述として、櫻田・前掲(注3) 14頁の

「国際私法は……内外のいずれかの私法を準拠法……として指定・適用する……，翻っていえば，内外私法の範囲を定めることを目的とする」（下線は筆者が挿入）との記述がある。

- (55) なお、多喜・前掲 272 頁で指摘されるように、国際私法の問題を各法秩序の適用範囲の問題と捉えるか、具体的な法律関係・法律問題の準拠法選択の問題と捉えるかの対立は、一方的抵触規定と双方的抵触規定の対立とは異なるものである。ただし、現代の国際私法学の考え方が、Savigny の普遍理論とは乖離している以上、法規から出発する立場と法律関係から出発する立場が、Savigny の想定した意義と同じ意義を維持しているかは、即断できず、むしろ異なる意義を有する（意図せずに異なる意義が付与される）ことの方が当然である。同書の「法規の趣旨・目的・機能の分析」が不可欠であるとする結論はそのとおりであろうが、双方の問題解決の意義が Savigny の意図から変化していないことを前提として説明することは、適切でないと考える。仮に意義に変化がないとすれば、むしろいずれの方法論を採っても Savigny が述べるとおり結論は同じであり (Savigny, a.a.O. (Anm. 5), S. 3.)、そのような分析は不可欠のものとはならないはずである。
- (56) 選択的連結の意義については、横山潤『国際家族法の研究』（有斐閣，1997 年）147-158 頁を参照。
- (57) 中西他・前掲 50-52 頁。
- (58) 南・前掲 106 頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法・第 2 巻』（有斐閣，2011 年）66 頁〔佐野寛〕、横山・前掲（注 56）155-157 頁等。
- (59) Zitelmann は、国際法上の国家支配権が重複しないことを前提とするため (Zitelmann, a.a.O., S. 119-122.)、単一の準拠法を導くこととなる。また、Savigny も、基本的に本拠が単一であることを前提とする (Savigny, a.a.O. (Anm. 5), S. 110.)。なお、Savigny は、例外的に、法律行為の方式について行為地法の選択的連結を認める (*Ibid.*, S. 358.) が、これは行為地において外国準拠法上の方式を行ない得ないという問題が 16 世紀以来増加し、そのような困難を除去するために一般的慣習法として成立したものであり (*Ibid.*, S. 350)，ローマ法に基づくものではない (*Ibid.*, S. 360-363) とされることから、他の普遍的な国際私法の規範とは性質の異なるものと捉えられていた。
- (60) Cf. Neuhaus, a.a.O. (Anm. 7), S. 372; Kegel/Schrig, *Internationales Privatrecht* (9. Aufl., 2004), S. 184. なお、焔場・前掲（注 47）98 頁においては、「一度、問題が国家的利益を優先すべき場合であると考えられたときには法規から出発し、逆に、私人の利害がより重要だと判断されるときには法律関係から出発するのが通例」とさ

れるが、現代において、法律関係から出発することがある意味で当然視されると、逆に、私人の利益がより重要だという判断が当然の前提となると考えられる。

- (61) 南・前掲 106 頁。
- (62) 横山・前掲 (注 56) 148-149 頁。
- (63) 例えば、通則法 28 条については、子の利益、特に、嫡出親子関係を成立が望ましいことを前提とするものであり、そのような政策判断は、国際私法の平面における両性平等も考慮 (南・前掲 103 頁) すると、十分に是認されると考えられる (横山・前掲 (注 56) 165-166 頁)。しかし、同時に、嫡出否認の訴えや親子関係不存在確認の訴えが提起される状況において、原告の利益に公平に配慮しているわけでないことや、嫡出親子関係の成立が子にとっても実質的に望ましいか、日本における最判平成 25 年 12 月 10 日 (民集 67 巻 9 号 1847 頁) や最判平成 26 年 7 月 17 日 (民集 68 巻 6 号 547 頁) のそれぞれで裁判官の意見が分かれていることを踏まえても、様々な可能性があり得ることには留意すべきであろう。
- (64) Neuhaus, a. a. O. (Anm. 7), S. 372.
- (65) 畑場・前掲 (注 47) 98 頁では、「双方 (筆者注: 本稿で扱っている国際私法の問題の 2 つの解決方法を指すと考えられる。) を全体的に包括しうる法抵触の解決原理・理論が求められ・試みられることが必然」とする。
- (66) Cf. Takeshita, *supra* note 32, pp. 197-199.
- (67) 普遍理論が、現代における当事者自治の原則を否定している点については、*Ibid.*, pp. 206-219.
- (68) 例 えば、Rome III 規則 (Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation) 5 条においても、当事者自治が認められている。同規則及び離婚に関する当事者自治については、小池未来「国際離婚法における当事者自治の根拠：ヨーロッパの立法例を手がかりに」同志社法学 66 巻 3 号 (2014 年) 623 頁以下を参照。
- (69) 普遍理論で登場しない国際私法規範は、何らかの国際私法上の立法政策及びそこから導き出される実質法の適用範囲の設定が内包する実質法的価値を含むものであり、このことは、当事者自治以外の客観連結を行う国際私法規則についても同様である。例えば、養子縁組について養親となるべき者の本国法を準拠法とする通則法 31 条 1 項本文について、必ずしも価値中立的でないとの指摘がある (横山・前掲 (注 56) 149-150 頁) が、例えば、Zitelmann の理論においては、このような養親となるべき者の本国法によるとする連結政策を批判して、法例 (明治 31

年6月21日法律第10号、昭和61年法律第84号による改正前のもの) 19条1項のように、むしろ養親となるべき者の本國法と養子となるべき者の本國法の配分的適用を主張する (Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Bd. 2 (1912), S. 882-883.)。なお、同法例19条2項は、養子縁組の効力について養親の本國法のみによる規定となっており、Zitelmannの発想と同一ではないものの、日本人が養親となる事例だけであるとすると、引用する日本の國籍法(明治32年法律第66号)5条4号によって外国人である養子が日本国籍を取得することとなり、養子の本國法も養親の本國法と同一となるため、Zitelmannの主張する結論と同様の帰結となる。Zitelmannの普遍理論における結論は、国内法としての国際私法という観点からは1つの選択肢に過ぎないが、両者の比較をするならば、國籍法を視野に入れた国際私法立法政策の検討の必要性が浮かび上がる。

- (70) 一般的には実質的な消費者保護、労働者保護と捉えられている(櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』(有斐閣, 2011年)251頁[西谷祐子], 272頁[高杉直])。ただし、とりわけ労働契約については、当事者による準拠法の選択がない場合には通則法8条1項によって最密接関係地法が適用されるため、当事者が一定の準拠法を選択した場合であっても、労働者側が最密接関係地法上の強行規定の適用を主張しなければならない点(及び当事者が選択した準拠法上の規定について適用を主張しなくてもよい点)を除き、当事者自治を否定し、当事者に実質法的指定を認めていることと実質的に同様である。Cf. Takeshita, *supra* note 32, pp. 201-205.
- (71) 水戸地裁平成26年3月20日判決(判例時報2236号135頁)においては、訴外会社と被告との間の契約締結時の準拠法合意について、原告が主張する通則法9条ただし書の類推適用の可能性が議論となった。このような事例は、契約締結時の準拠法合意であれ、それに関与しない第三者に影響を与える可能性があることを示唆するものであり、原告の主張の当否はともかく、少なくとも、そのような第三者への影響・第三者の利益保護の可能性を視野に入れて検討しなければならないことは確かであろう。
- (72) あくまで管轄合意についてはあるが、東京地裁平成28年2月15日中間判決(NBL1073号(2016年)46頁。なお、同判決については、道垣内正人「国際裁判管轄合意の有効性：東京地裁平成28年2月15日中間判決をめぐって」NBL1077号(2016年)25頁も参照。)においては、一方当事者がコンピュータ・スマートフォンの販売を行う世界的企業であり、優越的地位に立つ場合の合意の有効性が問題となっていたと考えられる。同判決では合意が方式上有効でないとして、管

轄合意条項を無効としたが、交渉力に差がある当事者間の合意を有効と認めて構わないか、管轄合意についても、準拠法合意についても、改めて検討を要するよ
うに思われる。

- (73) Takeshita, *supra* note 35, p. 222.
- (74) 道垣内・前掲（注19）6～7頁で論じられるように、「法律関係全般説」の問題点として純国内的法律関係にも当事者自治を認め得ることが指摘されるものの、それが不合理であれば、むしろ当事者自治原則自体を批判的に検証する必要性があるといえる。
- (75) 早川眞一郎「国際的な生殖補助医療と法——ハーグ国際私法会議のプロジェクトを中心に——」法曹時報 67 卷 11 号（2015 年）7 頁。
- (76) 早川・前掲 26-27 頁，同「国際的な生殖補助医療と親子関係」論究ジュリスト 2 号（2012 年）129 頁を参照。
- (77) 最高裁平成 19 年 3 月 23 日決定（民集 61 卷 2 号 619 頁）及び同補足意見を参照。なお，同判決については，早川・前掲（注 75）8-10 頁も参照。
- (78) 普遍理論においても，少なくとも，家族関係に対する法的規律についての属人法の適用という限度は一致があり，そのような原則に従った規範の中に，各私法秩序の自律性を確保する価値中立的な規範があると考えられる。
- (79) 早川・前掲（注 75）39 頁では，外国で成立した依頼者との法的親子関係を認めるという方向への動きがあり，「法的親子関係を日本で承認すべきであるということになりそうである」とする。特に，フランスも「方針変更せざるを得なかった」との指摘は，現在の議論が決して各法秩序の自律性の尊重を基本とするものでないことを，示すものであると考えられる。
- (80) 早川・前掲（注 75）40-43 頁。また，早川・前掲（注 76）132-133 頁も参照。
- (81) 早川・前掲（注 75）39 頁，44 頁。
- (82) 外国判決の承認に関し，二当事者対立構造に基づく訴訟事件裁判の判決ではなく，依頼者夫婦・代理母（更にはその夫）等での合意が成立している場合の裁判を，訴訟事件裁判と同様に承認することは，基本的に（親子関係の成立について特定国に専属的な管轄権を認める発想を採らない限り）親子関係の成立を促進する実質法的価値に基づく思考である。特に，仮に依頼者夫婦が属する社会の法によって代理懐胎が禁止されており，法的親子関係が否定されることを念頭に置くと，なぜ，国際的に，肯定する判断のみが承認され，否定する判断が承認されないこととなるのか（無論，実質的な子の福祉に配慮してのことであると考えられるが），少なくとも，内外国平等といった観点からは問題視することができる。中

立的な裁判体による判断としての外国訴訟事件判決の承認とは異なる、このような一定の法律関係の成立に関する承認についての議論は、基本的に法律関係の成立等を促進するものであり、その促進政策の妥当性や、いかなる国との間で促進政策を実現するかといった点については、慎重な検討を要するように思われる。これらの承認に関しては、北澤安紀「EU国際私法における承認論」法学研究（慶應義塾大学）88巻1号（2015年）147頁以下も参照。

- 83) より本質的には、SavignyやZitelmannのような普遍理論を採らない以上、国際私法の問題に対して、法律関係からの出発と法規からの出発と、いずれが学問的に合理的であるか、問われなければならないであろう。日本の現状においては、法律関係からの出発を基本とする考え方が支配的であろうが、例えば、Wenglerは明確に法規からの出発が適切であるとする（Wengler, *Internationales Privatrecht*, Teil 1 (1981), S. 132.）。Cf. Neuhaus, a.a.O. (Anm. 12), S. 12-14.