

# 外国出訴期限規定あるいは消滅時効規定の 適用事例から見える国際私法の考え方の相違<sup>(1)</sup>

佐藤やよひ  
きとう

関西大学法学部教授

- I. 序—問題提起
- II. 外国出訴期限規定／消滅時効規定に関するオーストラリア・南アフリカ連邦およびドイツの判例
- III. 法性決定と反致
- IV. 結論

## I. 序—問題提起

筆者がここで取り扱おうとしている問題は、法性決定 (characterization, qualification or classification<sup>(2)</sup>) と反致 (renvoi) の理論構成の間に相関関係があるか否か、そしてそれは国際私法の体系的考え方とどのように関連しているかということである。法性決定と反致は双方とも国際私法の体系、すなわち総論における重要な論点であり、それぞれにつき膨大な量の論文が蓄積されている<sup>(3)</sup>。そして、英・仏・独・伊等いずれかのヨーロッパ言語を母国語、あるいは母国語とほぼ同じように操作できる欧米の学者、それも第一級の学者が、到底すべてを読み切ることにはできないと give-up し、また、いずれの論文でも、参考資料として主だった論文のみを挙げるにとどめているような論点である<sup>(4)</sup>。ところで、母国語は日本語、外国語の読解能力というと、欧米の学者に比すると天と地ほどの差もある筆者が、そのような問題を2つとも同時に取り扱おうという無謀なことに取り組もうとしたのは、筆者の性格が災いしているのは勿論のことだが、研究上は以下の理由による。

一つには、筆者がずっと研究対象としている W. Wengler について、その法性決定論<sup>(5)</sup>と、とくに反致論についての考え方を明らかにしなければならないという課題が残っていることである。特に、反致については抽象的な議論に終

始しないために適切な具体例を探していたということがある。第2に、そのようなところに岡野祐子教授がオーストラリア・カナダの在外研究の成果として2005年のオーストラリア最高裁判所判決、Neilson 事件を国際私法研究会で報告されたことがきっかけとなっている<sup>(6)</sup>。後に述べるように、これは中国の出訴期限規定／消滅時効規定の適用を反致で回避したものであるが、不法行為について反致を適用したことで、英米法諸国で極めて盛んに議論がなされたケースである。第3に、上述の Neilson 事件に引き続き、南アフリカ連邦（以下、南アとする。）でやはり出訴期限規定／消滅時効規定が関係する2006年の南アの最高裁判決、Society of Lloyd's v. Price & Lee が出たことである。ここでは反致ではなく、法性決定の問題として出訴期限規定／消滅時効規定の適用の有無が処理されたのである。

さらに言うと、筆者の問題意識を誘発したのは、前述の報告に際して、岡野氏が、「このような事例は日本では公序で中国の出訴期限規定／消滅時効規定を排斥すると思われるが、この点についてオーストラリアの学者からは何のコメントもなかった。」と言われたことである<sup>(7)</sup>。確かに、同様の事例で万一外国出訴期限規定／消滅時効規定の適用が、我が国の法廷で問題となったときには、「法の適用に関する通則法（以下、「通則法」と称する。）」41条の反致条項の適用対象外であるから、公序による処理がされる可能性が極めて高いといえよう<sup>(8)</sup>。不法行為の事例ではないが、最近我が国で問題となった親子関係存否確認の事例<sup>(9)</sup>では、韓国出訴期限規定の適用が問題となったが、公序によりその適用が排斥されており、筆者もその評釈では出訴期限規定／消滅時効規定の回避方法として法性決定、反致、公序を挙げている<sup>(10)</sup>。

しかし、今一度よく考えてみると、本来反致は国際的判決の調和のための装置であり、それに対し、公序は内国法秩序の維持のためのものといわれている。つまり、各事案の具体的事実の相違によって反致あるいは公序のいずれが機能するかが決まるのは当然としても、同一事例、あるいは極めて具体的事情の類似した事例で、ある国では法性決定で処理し、はたまた別の国では反致あるいは公序で処理をするというのは、あまりにも各機能を、その背後にある理念を無視して便宜的に使い過ぎてはいないか、という疑問がわき起こったのである。

[佐藤やよひ]

なるほど、国際的判決の調和という国際私法の根本的な指導原理に基づいて、その達成が可能となるようにありとあらゆる機能をフル稼働させるということもあり得るし、必要でもあろう。しかし、ではなぜそのように融通無碍に使えるのか、使ってよいものなのか、あるいは本当はそのように融通無碍に使っているのではなく、各国の国際私法そのものの根本的な考え方の相違が処理の相違に現れているにもかかわらず、それを我が国の国際私法の考え方に重ね合わせて見るから如何にも各機能を便宜的に利用しているように見えるのか、という点を解明する必要があると考えた次第である。そして、もし、そのように根本的・体系的考え方、あるいはそのプロセスに相違があるにもかかわらず、それを無視して各国が他国の判例を自国の体系的考え方に照らして読解することは、まさに国際私法の国際的統一を困難にするものであるといえる<sup>(11)</sup>。

勿論、このように同一あるいは極めて具体的事実の類似した事例を異なる取扱い方をする理由としては、そのような根本的な国際私法に対する態度というよりも、不法行為あるいは契約といった個々の分野に特有の各国独自の理論的な問題がそこに噴出しただけにすぎない、つまり各論の問題に過ぎないと見ることも可能であろう。そういう面は特に以下で見ていくオーストラリアの Neilson 事件の場合には大いにあるといえる。

しかし、国によって法性決定や反致といった国際私法総論の最重要論点に対する取り扱い方の相違はやはり存在するのである。そして、そのような根本的な相違は何をもたらすのか。つまり、端的にいうと準拠法の決定をするというのが、その際、我々は、あるいは、彼らは何をしているのか、ということである。どの国も同じように見えながら、本当に同じ処理をしているのか、それともそれは上辺だけで、実際は同床異夢なのか、ということが気にかかったわけである。そして、もし異なるならば、その相違を見据えることから新たな国際私法理論の展望が開けないかという、かすかな希望をもって、無謀にもこの問題に取り掛かったのである<sup>(12)</sup>。以下ではまず、各判例の紹介から始める。

## Ⅱ. 外国出訴期限規定／消滅時効規定に関するオーストラリア・南アフリカ連邦およびドイツの判例

まず、コモン・ローの世界で初めて、不法行為の分野での反致を導入したと言われる<sup>(13)</sup>オーストラリアの Neilson 判決から見ていくことにする。

(A) Neilson 事件<sup>(14)</sup>の事実の概要は以下の通りである。

### (1) 事実の概要と争点

原告はオーストラリア人で西オーストラリア州の住人である Neilson 夫人、被告は原告の夫の雇用者であったオーストラリア法人、Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd (以下 OPC と略す。主たる事務所の所在地はヴィクトリア州である。) である。原告の夫と OPC の間の雇用契約の内容は、2年間中国ウーハン市でコンサルタントとして勤務するというもので、契約で夫人の同伴も認められている。さらにこの契約に基づいて原告夫婦には OPC から中国ウーハン市で宿泊施設、すなわち本件で問題となった事故の生じたアパートを提供されていた。

原告の Neilson 夫人は 1991 年 10 月、夜間に 2 階の寝室から水を飲みながら階段に降りようとして、階段から転落し重傷を負った。階段の上部に手摺が設けられておらず、この危険性については入居したときから OPC 側にその改善を訴えていたが、改善がなされない間に事故が生じたのである。原告は夫の雇用期間の終了した 1992 年にオーストラリアに帰国し、1997 年 6 月に OPC に対して不法行為に基づく損害賠償を求めて西オーストラリア州裁判所に訴えを提起したのである<sup>(15)</sup>。

この訴訟の争点は、不法行為に関するオーストラリア抵触法ルール、すなわち、「厳格な不法行為地主義」を採用した Zhang ルール<sup>(16)</sup>にいう「不法行為地法」とは何か、それは不法行為地の抵触規定をも含むものと解すべきか否かというものである。つまり、反致を認めるか否かである。これは反致が認められてオーストラリア法の適用が認められるか否かが、出訴期限規定／消滅時効規定との関係で、請求を認めるか否かの判断が真逆になる可能性を有したからであるといえよう。法廷地法たる西オーストラリア州法によると出訴期限は 6 年

[佐藤やよひ]

で、本件訴えは期限内の提訴となるが、「中華人民共和国民法通則」136条によると人身被害に関する損害賠償請求の出訴期限は1年とされている。つまり、本件は中国法が準拠法となると出訴そのものが認められなくなり、反対にオーストラリア法が適用されると提訴可能で請求が認められる可能性が発生するものであった。

第一審<sup>(17)</sup>の McKechnie 判事は、中国法を準拠法とすると判示した上で、中華人民共和国民法通則 137 条が「特別の事情」のあるときは出訴期限を延長できると規定しているところから、本件にはその「特別の事情」のあること、さらに同法 146 条 1 項がその 1 文で侵害行為地法の適用を規定しているが、さらに 2 文で「当事者双方が同じ国の国民であるか、同じ国に住所を有している場合には、その国の法もまた適用されうる。<sup>(18)</sup>」と規定していることに基づき、本件当事者双方ともオーストラリア人であるとしてオーストラリア法を適用するとして、原告の訴えを認容した<sup>(19)</sup>。

この判決は一体準拠法を中国法としたのか、オーストラリア法としたのか極めて不明確な判決であるが、中華人民共和民法 146 条により、実質的には反致を認めたものとされている<sup>(20)</sup>。

これに対して控訴審において一審判決の判断をいずれも認めず、とくに不法行為の事案には反致の適用はないとした<sup>(21)</sup>。

## (2) オーストラリア最高裁判所 (High Court of Australia) の判断

オーストラリア最高裁判所は、中国法を「不法行為地法 (lex loci delicti) として指定しながら、反致によりオーストラリア法を適用して上訴人 Neilson 夫人の請求を認容したものである。つまり、中華人民共和国民法通則 146 条により反致が認められるとするものである<sup>(22)</sup>。

反致に関しては 7 人の裁判官<sup>(23)</sup>のうち、1 人が不法行為事案への反致の適用に反対 (McHugh J.)<sup>(24)</sup>するが、残る 6 人は賛成する。もっとも反致の種類として Callinan 裁判官は単純反致 (single renvoi) の採用を主張しているのに対し、残り 5 人は二重反致 (double or total renvoi) あるいは foreign-court-theory の採用を主張する<sup>(25)</sup>。

反致導入の理由としては、どの国が法廷地になろうとも、当事者の権利と義務に関し判断は同一になるべきであり、法廷地が異なることにより有利あるいは不利になることは避けられるべきであること、つまり法廷地漁りの回避の必要性、さらに外国法につき、それが実質法か抵触法か、その線引きは困難なことが挙げられている<sup>(26)</sup>。そして二重反致採用による「永遠の回帰 (infinite regression)」の状況が生じる恐れに対しては、二重反致を認めて上告を認容した判事たちは、中国法には反致の規定がない、あるいは反致を拒否すると思われるとして、そのような状況には陥らないとしている。その上で、二重反致を採用した場合に「永遠の回帰」の状態が生じたとしても、どうすべきかにつき論じる必要はない、彼らの任務は今この法廷で問題となっている事案につき判断をすることだけであって、反致をどのように取り扱うかにつき完全な理論を確立することではない、として回避している<sup>(27)</sup>。

### (3) 判決の評価

オーストラリア法の適用を認めた結論自体には、判決の国際的調和の見地から賛同する者もあるが、不法行為分野への反致の導入という点についてはモン・ロー諸国を中心に議論を巻き起こしていることは、前述の通りである<sup>(28)</sup>。

ところで、前述したようにこの論文の目的は当該判決そのものの評釈をすることではない。ただ、このように不法行為事案で反致を導入したのは、オーストラリア法独自の要因があったということである。それには、オーストラリアでは *John Pfeiffer Pty Limited v. Rogerson*<sup>(29)</sup> 判決および *Regie Nationale des Usines Renault SA v. Zhang*<sup>(30)</sup> 以降、例外を認めない厳格な不法行為地主義が導入されたこともあるが、出訴期限規定／消滅時効規定を手続法と性質決定して、中国法 136 条の適用を回避する手段はなかったということがある。前述の二つの判決は、さらにこの点につき、それまでの手続法と考える立場から一転して「出訴期限は実体法上の問題である。」とする立場を採用したからである<sup>(31)</sup>。そして、本件事案固有の要因としては、ここで FNC 法理を使ってオーストラリアではなく、中国での訴訟を促そうとしても、まさに出訴期限規定がネックとなること<sup>(32)</sup><sup>(33)</sup>、さらに契約という法性決定を用いようにも、すでに第1審にお

[佐藤やよひ]

いて、契約に基づく請求は、Neilson 夫人は当該契約の直接の当事者でないとして請求が棄却されており、この部分についての上訴はなされていないということがある<sup>(34)</sup>。つまり、最終的に最高裁判所が請求を認容するためには、反致に依る以外に残された途はなかったともいえよう<sup>(35)</sup>。その意味でオーストラリアの渉外不法行為に関する抵触法に極めて固有の解決方法、あるいはまさに escape device にすぎないのかもしれない<sup>(36)</sup>。ただ、P. Mortensen が指摘したように<sup>(37)</sup>、この判決は反致を不法行為分野にとどまらず、他の分野での導入の可能性をも示している点が今後問題となる。そして本判決後の 2006 年に O' Driscoll v. J Ray Mcdermott, SA 判決において、契約事案において同じく出訴期限規定／消滅時効規定の適用に関連して反致が争点の一つに挙がっている。西オーストラリア最高裁判所は、結果的には反致につき判断する必要はないとしているが、具体的事案次第では契約分野にまで反致が導入される可能性を残しているといえる<sup>(38)</sup>。

それはさておき、次に南アフリカにおいて、やはり出訴期限規定／時効規定が問題になった事例はどのようなものかにつき、以下で見ていくことにする。

## (B). **Society of Lloyd's v. Price and Lee** 事件<sup>(39)</sup>

### (1) 事実の概要と争点

損害保険業界で世界的に有名な Lloyds 保険組合が米国におけるアスベスト訴訟の巨額賠償により危機的状況になったために、その再生計画により、エクイタス (Equitas) 再保険会社を設立し、いわゆるネームと呼ばれる保険引受人に対して追加出資 (Equitas Premium) を義務付けた<sup>(40)</sup>。しかし、その履行をしなかったネーム 2 人に対し、1997 年 6 月 27 日及び同年 10 月 13 日の英国高等法院判決<sup>(41)</sup>に基づいて Lloyds (原告) は、ネーム (被告 Price と Lee) の居住する南アフリカ・プレトリア高等裁判所に 2003 年 6 月その仮執行を求めた。しかし、すでに請求は時効消滅していると棄却されたので本件上訴がなされたのである。

これに対し、被告側は 3 つの抗弁を主張した。一つは、判決は訴えが提起さ

れるより3年前に認められたものであり、したがって1969年南ア時効法68号(The South African Prescription Act 68 of 1969) 11条(d)<sup>(42)</sup>により時効にかかっているということ、2番目が英国裁判所に国際裁管轄がなかったということ、3番目がこの判決は南アの公序に反するというものである。2番目と3番目の抗弁は、外国判決承認の条件に関わるものであるが、原審のプレトリア高等裁判所のMynhardt判事は、請求が時効にかかっているという理由で、ロイズ側の請求を棄却し、2番目と3番目の抗弁については何も言及していない。最高裁判所は本判決においてこの二つの抗弁については認められないとし、出訴期限/消滅時効につき、原審と異なり、英国法を適用してロイズ側勝訴の判決を導いている。したがって、本論文でも一番の注目点であるこの点についてのみ、本判決を見ていくことにする。

この承認を求められた英国判決は、南ア法の下では時効により請求は認められないものであったが<sup>(43)</sup>、英国法(s24 of the English Limitation Act 1980<sup>(44)</sup>)では出訴期限あるいは時効期間が6年のために、まだ期限を徒過していないというものであった。ここにおいて南アフリカ最高裁判所(Supreme Court of Appeal)は法選択をしなければならず、したがって法性決定が問題になったのである。

気を付けなければならないのは、この判決は外国判決の承認の局面で、出訴期限規定/消滅時効規定が手続か実体かという法性決定が問題となった事案であり、その意味でNeilson判決のように本案審理の局面で問題となった事案ではない。つまり、このような外国判決承認の局面では「反致」の適用を考える余地がないのではないかという指摘がなされ得る。その意味で事案固有の要因により「反致」ではなく、法性決定が問題となったのではないかということがいえなくもない。ただ、南アで出訴期限規定/消滅時効規定の法性決定が問題となった事案には、本事案以外に、準拠法選択の局面で問題となったものが3つある。さらに、本件のように外国判決の承認で問題となったものがもう1つ、外国仲裁判断で問題になったものが1件ある。それらは不法行為に関する1件以外は全て契約に関するものである<sup>(45)</sup>。そして、それらの判決の集大成としての判断をなしたのが本判決といえるので、外国判決の承認の局面での判断という事情は捨象してよいと思われる。



## (2) 南ア最高裁判所の判断

### (i) 2種類の法性決定

まず判決は、南アの国際私法も英国法の国際私法も、手続問題は法廷地法 (*lex fori*) により、実体に関する事項は準拠法 (*lex causae*) によることを認定する。そして、英国も南アも伝統的に2種類の時効/出訴期限を認めるとする<sup>(46)</sup>。権利そのものが消滅する実体的なものや救済を阻止する手続的なものである(判決パラグラフ10)。また、本契約の準拠法は英国法であること認定する(判決パラグラフ11)。そこで本件で問題となっている期間の制限が手続か実体かが問題となり、そこで法廷地法説を採用するのか、それとも準拠法説を採用するのかが問われることになったのであるが、本判決はそのいずれでもない *via-media* アプローチを採用すると明言した(判決パラグラフ12)。

### (ii) 法性決定の対象と法性決定方法の変遷

南アにおいては法性決定の対象は『法規 (legal rules)』であるということで判決は暗黙のうちに一致しているといわれる<sup>(47)</sup>。その上で、この南アの最高裁判所判決において Falconbridge (1875-1968) の *via-media* アプローチによることを明言したものである。従来南アにおいても法性決定の基準としては法廷地法説が通説であったが、1980年代頃から、“enlightened” *lex fori*<sup>(48)</sup> アプローチあるいは *via media* アプローチを南アの下級審判決が採用し始める<sup>(49)</sup>。そして、1988年には Lesotho 控訴裁判所がそのようなアプローチをとることを国際家族法・相続法の分野で認め<sup>(50)</sup>、さらに契約の分野で1992年にヨハネスブルグにある Witwatersrand 高等裁判所地方部で (Laurens v. von Hohne 1993 2 SA 104 (W)), 1997年には Harare 高等裁判所で (Courtts & Co. v. Ford 1997 1 ZLR 440 (H)) 2006年には ケープ高等裁判所で (Society Lloyd’s v Roman), そして2006年の最高裁判所による本件に至ったということになる<sup>(51)</sup>。

### (iii) *via-media* アプローチのプロセス

Van Heerden JJA は (Howie P, Scott JA, Zulman JA そして Cachalia AJA が同意見) は、まず、*via-media* アプローチを採用することを明言する。

「思うに、*via media* アプローチが、我々が直面している種類の問題を取り扱うのに適している。それは関連する法規範 (legal rules) の法性決定 (characterize) にあたり、法廷地法 (*lex fori*) と準拠法 (*lex causae*) 双方を考慮するばかりでなく、この法性決定がなされた後に、裁判所がどちらの法体系が当面の紛争に最も密接で最も現実的な関連性を有するかを決定することができる柔軟で事案に鋭敏に即応した方法を提供するものである。」(14)<sup>(52)</sup>

その上で、そのアプローチの適用方法を3段階に分けて説明する。

「この *via media* アプローチの第1段階は—南ア法 (*lex fori*) の原則に従い、その(時効)法の観点から消滅時効 (prescription) が実体か手続かを決定するのであるが—全く単純明快である。南ア法においては、消滅時効により権利が消滅することは明らかである。(Section 10 (1) of the Prescription Act<sup>(53)</sup>)。——」(15)

「この意味するところは、南アにおいては消滅時効は実体法事項と法性決定あるいは分類されるものであり、単に手続的なものではないということである。——」(16)

「第2段階では、英国法 (*lex causae*) に従い、関係する英国の制定法の条項 (the English Limitation Act 1980, s 24) が実体か実体か手続かの決定がなされる。この規定は問題となっている権利を消滅させるものではなく、単に権利を執行するための訴訟提起を阻止するにすぎない。この条文に言う『制限 (limitation)』はかくして、上述の『伝統的な』法性決定/分類に従うと、『手続事項であって、実体の問題ではない、つまり権利は、たとえ訴訟によって強制することができなくても存在し続ける』ものである。」(17)

「上で見たところによると、我々は今や法選択における『欠缺 (gap)』の問題に直面していることになる。南ア法 (*lex fori*) の下では消滅時効 (prescription) は実体に関する事項であって、手続ではない。したがって、消滅時効 (prescription) に関する南ア法は適用されない。英国法 (*lex causae*) の下では、出訴期限に関する24条の規定は、その性質上、手続であり、したがって *lex causae* [英国法を指す。括弧内は筆者による。] も適用されない。——」(22)

[佐藤やよひ]

判決パラグラフ 22 においては続いて、Laoconian 事件における Booyesen 判事及び同判事に依って引用された Dicey and Morris の“Conflict of Laws (13 版)” 174 頁における 1881 年のドイツ最高裁判所のテネシー州判決<sup>(54)</sup> についての評価をここでも引用している。それは、「もし準拠法 (*lex causae*) 中の規定が手続であり、法廷地法 (*lex fori*) のそれが実体であるなら、厳密な論理に従うといずれも適用されないということになり、請求は永久に執行可能な状態にあるということも可能であろう。ドイツ最高裁判所の悪名高い (*notorious*) 判決が、かつて実際にこのような結論を導き出したことがある。しかし、筆者はこのようなジレンマから脱け出す様々な方法がかつて示唆したことがある。そしておそらく英国裁判所は、そのような状況に陥ることはあまりないと思われるが、いずれかの規定を適用するものと思われる。」というものである。

そして続く判決パラグラフ 23 で、Laoconian 事件で Booyesen 判事が『欠缺』に際して、エーレンツヴァイクにならない法廷地法優先 (*residual lex fori*) により、法廷地法たる南ア法を適用したことを述べる。ただ、Laoconian 事件は仲裁事案であり、英国法でも南ア法でも時効にかかっていないので、どちらの法を適用しても結論は異ならなかったものであることを指摘して、原審の Mynhardt 判事がこの先例にしたがって法廷地法である南ア法を適用したものであることを指摘し、その結論には同意できないとして以下のように述べる。

「——『欠缺』のジレンマの解決には、二つの競合する法体系からの選択が必要となる。この *via media* アプローチの第 3 段階で、裁判所はどちらの法体系が当面の法的紛争に最も密接で最も現実的な関連性を有するかを決定するに際し、政策的考慮をしなければならないのである。Sieg Eiselen が指摘したように、『——そのプロセスは *lex fori* 優先に偏向しないように中立的なものであるべきである。』」(26)

「適切な法体系の選択は、勿論、関係する法規範の根底にある政策同様、判決の国際的調和あるいはその統一に注意深く配慮しなければならない。——」(27)

「——判決の国際的統一への考慮が示唆するところは、請求が生じた国家法の観点からすると未だ消滅しておらず強制可能な請求は、原則として南アにお

いても強制可能であるべしということである。——英国法は当事者の権利の発生、行使、解釈およびその強制可能性を支配する法体系である。そうすると、個々の消滅時効／出訴期限規定が単に救済を阻止するもの、あるいは権利を消滅させるものであるか否かに係らず、時効期間／出訴期限の徒過によりその権利が消滅したのか、単に強制できないだけなのかという問題に、英国法がまた最も密接かつ現実的な関連性を有する法体系である、というのが論理的であると思われる。このことが特にあてはまるのは、*lex causae* の下で、権利の消滅と期限による救済の阻止との伝統的な区別が極めて技術的なものになっているときである。——」(28)

そう述べた上で英国でも施行されている「契約準拠法に関するローマ条約(1980)」では、時効規定は実体と性質決定され、近年は実体とする傾向が強くなっていることを指摘して、「——私の見解では、政策の考慮、判決の国際的な調和、正義そして便宜からすると、現在のこの事案における『欠缺 (gap)』のジレンマ (窮地) は、*lex causae* である英国法の関連規定たる出訴期限法の観点から時効の問題を解決することが求められていると考える。」(31) と述べる。

結局、法廷地法と準拠法による法性決定——準拠外国法規の法性決定に際しては当該外国法の文脈の中で該当法規の性質、射程及び目的を考慮して決めることになる<sup>(55)</sup>——を照らし合わせて、最終的には政策的考慮、判決の国際的調和、正義および便宜といったものを総合的に判断して裁判官の裁量により、いずれの法が最も密接で現実的な関連性を有するかで、決定するということになる。

### (3) 判決の評価

#### (i) 学説と本判決における *via-media* アプローチの取扱いの相違

本判決では *via-media* アプローチに関して、Falconbridge の論文は勿論のこと、C.F.Forsyth や Jan L Neels の論文を盛んに引用している。ただ、*via-media* アプローチの説明が Forsyth や他の南アの学者<sup>(56)</sup>とは多少異なるように見える点がある。

[佐藤やよひ]

Forsyth によると<sup>(57)</sup>、第1段階では潜在的に準拠法となる可能性を有している法規を、その所属する法体系に従って法性決定する。その際、問題となっている具体的事例に当該法規が適用されるか、されないかまでを見ることになり、適用されないことが明らかな規定はここで振り落とされることになる<sup>(58)</sup>。そして第2段階で法廷地法による法性決定に進み、ここで適用可能な外国法の法性決定をするが、この段階での法廷地法というのは、決して厳格な法廷地実質法の概念ではなく、Otto Khan-Freund のいう“enlightened” *lex fori*<sup>(59)</sup>ともいふべきもので、裁判官の裁量の手助けとなるものであるとする<sup>(60)</sup>。Falconbridge もこの段階で、適用可能な規定の法廷地国際私法概念への包摂を考えているので、この段階の概念は単なる法廷地実質法ではないということになる。Falconbridge 自身の言葉によると、抵触規定は *sub specie orbis*（世界的観点の下で）解釈されるべきであるということである<sup>(61)</sup>。

## (ii) Jan L Neels<sup>(62)</sup>の分析

もっとも以上のように抽象的に法性決定の過程を述べられても、現実にとどのようにそれが使えるかは、極めてわかりにくい。しかし、ここに Jan L. Neels が上述の判例に基づき、この *via-media* アプローチを分析した論文“Falconbridge in Africa”<sup>(63)</sup>に従って、いかに決定するかを見ていくことにしよう。

南アでは英国コモン・ローの伝統を継承し、時効に関しては2種類のを認める。強い時効、つまり権利そのものの消滅をもたらすものと、弱い時効、すなわち救済だけを拒否し権利自体の存続は認めるもので、いわゆる出訴期限のことといえる。ところでこのような消滅時効に関して、法廷地の消滅時効規定と準拠法中の消滅時効規定の適用が問題となるときに4つの場面が考えられるという。ここでは法廷地の消滅時効規定は手続ではなく、法廷地では常に実体と考えられていることを前提する。なぜなら、法廷地の規定が手続と法性決定されるものならつねに法廷地法の規定が適用されることになるからである。

①法廷地法説 (*lege fori*) によっても準拠法説 (*lege causae*)<sup>(64)</sup>によっても *lex causae* 中の消滅時効規定が実体と性質決定されるとき。——いずれの説によっても *proper law*（準拠法）中の消滅時効規定がどのアプローチでも適用されること

になるので、*via-media* アプローチでも *proper law* (準拠法) 中の消滅時効規定が適用されることになる<sup>(65)</sup>。

② *lex causae* 中の時効規定が準拠法説によると実体と法性決定されるが、法廷地法説によると手続と法性決定される場合。——法廷地法説によると、*lex fori* 中の消滅時効規定は実体的性質を有するので、適用されない(何とならば実体を支配するのは *proper law* たる *lex causae* だから)。しかし、*lex causae* 中の時効規定は法廷地法説によると手続と法性決定され、これも適用されない。ここに欠缺が生じる。しかし、準拠法説にしたがう法性決定によると *lex causae* 中の消滅時効規定は実体規定なので適用されるという結論が導き出されている。このときに、*via-media* アプローチでは準拠法説のほうの法性決定にしたがひ、その時効規定を適用する<sup>(66)</sup>。理由は法廷地法説によると『欠缺』が生じるが、準拠法説によるとそれがなくなること、そして判決の国際的調和の理念からして準拠法説の立場がこの場合望ましいということである。又、これと同様の事態となった *Laurens* 事件では、関連する外国法はドイツ法であったが、ほとんどの関連性がドイツを示し、当事者の期待もドイツ法の適用であったところから、この結論を正当化するという。

③ *lex causae* 中の時効規定が準拠法説によると手続と法性決定されるが、法廷地法説によると実体と法性決定される場合。——法廷地法説によると *lex fori* 中の消滅時効規定も *lex causae* 中の時効規定も実体と法性決定される。ゆえに *proper law* となる *lex causae* 中の時効規定が適用可となる。準拠法説の法性決定によると *lex causae* 中の時効規定は手続、また、*lex fori* 中の規定は実体と法性決定されるので、いずれも適用されないことになり、『欠缺』が生じる。このとき、*via-media* アプローチでは欠缺の生じない法廷地法説の法性決定に従ひ、*lex causae* 中の、つまり *proper law* 中の消滅時効規定を適用する。これも『欠缺』が生じない方の法性決定に従うのと、これが判決の国際的調和および当事者の期待に合うからであるとする<sup>(67)</sup>。

④. *lex causae* 中の時効規定が *lex causae* によっても *lex fori* によっても手続と法性決定される場合——法廷地法説による法性決定にしたがうと、*lex fori* 中の消滅時効規定は実体であり、*lex causae* 中の規定は手続となる。したがって、いず

[佐藤やよひ]

れも適用されない。つまり、『欠缺』が生じる。また、準拠法説によると *lex fori* 中の消滅時効規定は実体であり、*lex causae* 中の時効規定は手続となり、ここでも『欠缺』が生じる。このとき *via-media* アプローチではどうするかが問題となる<sup>(68)</sup>。

これは double gap が生じる場合であるが、南アで問題となったケースのほとんどは、英国法中の出訴期限規定／消滅時効規定が問題となった事例でこの double gap の事例である。これについては最高裁の判断は解答を open なままにしていると Neels はいう。つまり、南アの最高裁判所が「第3段階で、裁判所はどちらの法体系が当面の法的紛争に最も密接で最も現実的な関連性を有するかを決定するに際し、政策的考慮をしなければならないのである。“At this third stage of the *via-media* approach, the court must take into account policy considerations in determining which legal system has the closest and the most real connection with the legal dispute before it.”」(26) としたことを指して、解答を open にしているというのであろう。

本事案では最終的に英国法中の出訴規定が適用されたわけであるが、裁判所としては事案によっては必ずしもそうはならないという含みを残したように思われる<sup>(69)</sup>。

### (iii) Neilson 事件に *via-media* アプローチを適用した場合

では、Neilson 事件につきこの *via-media* アプローチを適用すればどうなるであろうか。

Neilson 事件ではオーストラリア最高裁判所は、少なくとも出訴期限規定／消滅時効規定の法性決定につき法廷地法説に依って実体と認定したと見ることができる。したがって、準拠法として指定された中国法の出訴期限規定／消滅時効規定の適用がオーストラリアの法廷でも問題となったわけである。ではここにおいて、法性決定につき準拠法説に依るとどうなるのであろうか。OPC 側の中国法の専門家たる証人によると、中国法でも実体と法性決定されているということであるが<sup>(70)</sup>、もしそれが正しければ、上述の Neels の分析ケース①にあたり、反致がなければ準拠法は中国法となり、請求は認容されないことに

なる。そしてその場合、オーストラリアのように厳格な不法行為地主義を採用した国としては、国際的判決の調和をもたらす反致の利用が適切ということになろう。

しかし、今一つ考えなければならないのは、中国法の原文にあたると、民法通則136条の規定は「第七章 訴訟時効」という見出しの下に置かれている点である。つまり、文面に忠実に読むと、むしろ手続と法性決定するほうがよいのではないかということも考えられる。そうすると、136条の規定は、法廷地法説による場合と異なり、準拠法説によると手続と性質決定され得るものとなる。このときにはまさに1882年のライヒスゲリヒトと同じ③のケースにあたる。つまり、法廷地法説に依ると実体と法性決定されるのに対し、準拠法説に従うと手続と法性決定される場合となるのである。異なるのは、ライヒスゲリヒト判決では法廷地法・準拠法いずれが適用されても期間は徒過しており、本来請求は認容できないはずではないかと考えられた場合であったのに対し、Neilson事件はこれとは異なり、法廷地法によると期間は徒過しておらず、準拠法によれば徒過している点である。このとき、上述のように *via-media* アプローチによると、『欠缺』の生じない法廷地法説に依る性質決定に従うことになるので、*lex causae* たる中国法の出訴期限規定が適用されることになる。

そこで、このような場合に反致をさらに適用し得るかという問題が出てくる。前述したように *Society Lloyd's v. Price & Lee* が外国判決の承認の局面ではなく、準拠法決定の場面で問題となる事例であったとしても、すでに法性決定の段階で、関連する外国法を当該外国法の観点からその適用の有無を考慮しているような場合には反致は問題とならないはずである。又、実際に *Forsyth* によると南アでは反致が問題になった事例は一つしかなく、そこでも裁判所は反致について議論をしなかったということである<sup>(71)</sup>。

もし、法性決定の段階のみの処理でオーストラリア最高裁判所の判決と同じ結論を導こうとすれば、*via-media* アプローチのいずれの場合にも Neels のような機械的な法の選択をするのではなく、そこに政策的考慮をいれていわゆる *Interest approach* のような方法をとらざるを得ないように考えられる。*Van Heerden* 判事が *Society of Lloyd's v. Rohman* 事件の *Van Zyl* 判事の *via-media* アプ



[佐藤やよひ]

ローチの理解の仕方を *inflexible* といひ<sup>(72)</sup>、このアプローチをより柔軟に適用しようとしたのは、慧眼であると評価することができるが、その結論の確実性に鑑ると、それが恣意に流れないようにする工夫も必要であろう。

(iv) *via-media* アプローチの特色

上述の Neels の分析は 2 カ国法しか関係してこないということを前提としており、かなり単純化したもののように思われる。しかし、現実には南アフリカで出訴期限規定／消滅時効規定が問題になった事例を見ると、2 カ国の規定の適用が問題となっており、現実はそのようなものかもしれない。したがって、その点を批判しても無駄であろう。いずれにせよ、果たして Falconbridge が②と③で欠缺を生じない方の法性決定にしたがうと考えていたかは、彼のこの論文に対する評釈を聞けない現在にあっては不明である<sup>(73)</sup>。が、ここで見えてくる *via-media* アプローチの特色は、法性決定の段階で関係してくる法の適用範囲を含めて、密接な関連性がどこにあるかを既に考慮している点である。これは、云ってみれば準拠法説と同じく、反致の段階に到る以前に外国法の適用範囲を定める規定の考慮、すなわち、それが端的に表れた外国国際私法を考慮するのと同じ結果になるということである。Falconbridge にとっては F. Kahn が指摘した抵触問題（1. 明示の抵触——国際私法規定の相違、2. 連結概念の相違、3. 潜在的抵触）を準拠法決定の各段階に置き換えて、第 1 段階で F. Kahn のいうところの潜在的抵触、すなわち、法性決定の抵触が生じ、第 2 段階ではやはり潜在的抵触になるのだが、一見すると同一の連結点を利用しているようであるが、その概念の内包が相違している場合、及び、明らかに異なる連結点を使用しているために生じる抵触があるとする。そしていずれも異なる連結点に基づいて準拠法を決定することになるため、明らかに連結点が異なる場合のみを反致として特別に論ずることはおかしいということである。つまり、我々が普通反致として問題にする連結点の明示の相違の場合に考慮すべきことは、どの段階でもどの場面でも考慮が必要であるということになる<sup>(74)</sup>。彼は柔軟な法性決定によっていわゆる反致論を拡大利用する必要はなくなり、例外的な場合に限ることができると考えているのであるが、その考え方は法性決定の段階で密

接関連法たる準拠法の決定はなされているというものであり、そうするとむしろ反致を利用する事案とはどのようなものか、という疑問が生じてくるのである<sup>(75)</sup>。

とりわけ実体と手続の法性決定が問題となるときには、準拠法中の規定で「手続」と法性決定されるものについては、その法性決定そのものにおいて明確な適用範囲の確定がなされているという特徴があるので、法性決定の後に、さらに反致でその適用範囲を考慮する余地は、実体規定の法性決定の場合と異なり、明確に無いといえるのである。

では、『欠缺』の処理というとは必ず引き合いに出されるドイツの判決とはどのようなものであろうか。この判決は19世紀のものであって、近年問題となった出訴期限規定／消滅時効規定の適用の可否という問題が決して新しい問題ではないことを示す。

### (C) 1882年1月4日 ライヒスゲリヒト判決 (RGZ7, 21)

#### (1) 事案の概要とその判断

これはテネシー州約束手形事件 (Tennessee-Wechsel-Fall) と称される事件である。被告は当時居住していたテネシー州で約束手形を振り出し、支払地もテネシー州であった。つまり、振り出し当時は米国の国内事件であったといえよう。しかし、後に被告がブレーメンに住所を移したので、原告がその支払いを求めてドイツで訴えを提起したものである。ところでこの手形債権はテネシー州の出訴期限規定の定める期間6年を徒過しており、また、ドイツの消滅時効規定は3年であったことから、いずれの国あるいは州の規定が適用されても訴えは認められないものと普通は考えられるものであった。ところが、ここでライヒスゲリヒトは大変面白い判断を下したのであり、それがために後々まで批判されることになったわけである。

つまり、判決は、テネシー州の出訴期限規定は手続規定であるから、「手続は法廷地法による。」という国際私法上の大原則に従い、ドイツの法廷では適用されない。ドイツの消滅時効規定は、その性質上実体規定であるから、ドイ

[佐藤やよひ]

ツ法が準拠実質法であれば適用されるが、本件の準拠法はテネシー州法であるから適用されない。つまりいずれの出訴期限規定も消滅時効規定も適用されないから、本請求を認めるという判断を下したのである<sup>(76)</sup>。

## (2) 判決に対する評価

### (i) Otto Kahn-Freund の評価

この判決は、M. Ferid<sup>(77)</sup>の言葉、“unsterbliche Blamage des Reichsgericht”，つまり、日本語に訳すと『ライヒスゲリヒトの不滅の面汚し判決』というところになろうが、ドイツばかりでなく世界的にまさにその悪評の高さでよく知られている判決である。Feridの表現はまさに罵倒といってもよいものであるが、当事者ばかりでなく学界でその結論をいかに不合理に感じたかということの表れであろう。

ところでこの判決については法性決定にあたって、後に Despagnet-Wolff アプローチ、つまり法性決定において準拠法説を利用してこのように馬鹿げた (absurd) 結果になったと Otto Kahn-Freund は述べており<sup>(78)</sup>、一般的に準拠法説がもたらす『欠缺』の悪しき見本と捉えられている。

Kahn-Freund は、Wolff はこの馬鹿げた結果は自分の見解に従ったものではないということを「示そう」としている<sup>(79)</sup>が、それに失敗していると批判する。

### (ii) Martin Wolff の回答

では Wolff はこの判決についてどのように述べたのであろうか。Helmut Weber がその著“Die Theorie der Qualifikation” (1986年)<sup>(80)</sup>の148頁以下で述べているように、Wolff がこの事件について初めて言及したのは、1945年刊の彼の英語版のテキスト“Private International Law”においてである<sup>(81)</sup>。既に1933年にドイツにおいてドイツ語版の教科書を出版しており、そこで自分が準拠法説に立つことを表明しているが、そのドイツ語版のテキストではなぜかこの事件は扱われていない。しかし、この1945年に初めて出版した英語版のテキストで、Wolff はこの判決を評して「馬鹿げた (absurd) 結論」と述べたのである<sup>(82)</sup>。さらに、この初版の162頁で、「この驚くべき不満足な判決の誤りは、裁判所がテネシー州の規定の分類<sup>(83)</sup>を誤ったことである (The mistake in this

surprising and unsatisfactory judgment was that the court misunderstood the classification of the Tennessee rule.)」としていたものを、1950年発行の第2版においてはその162頁において、主語を「この馬鹿げた判決の誤りは (The mistake in this *absurd* <sup>(84)</sup> judgment)」と変えたのである。要するに、この判決を評して Wolff が「馬鹿げた (absurd)」という言葉を使用したことに、周囲は驚いたのである<sup>(85)</sup>。

Wolff が云うには、ドイツの消滅時効規定を実体と性質決定したことは正しいし、テネシー州の出訴期限規定の性質を、テネシー州の性質決定に従い “procedural” とすることに誤りはないが、ライヒスゲリヒトの誤りは、英米法における “procedure” がドイツの “prozeß” と同視した点にあるという。アメリカ法あるいはイギリス法がある規定を「手続的な (procedural)」と性質決定するとき、これが意味するところは、アメリカあるいはイギリスの裁判所で提起される全てのケースに当該規定を適用しなければならないということであり、その規定が管轄する事項に関しては外国法は無視されなければならないということであって、外国の裁判所が英米法のその規定を適用してはならない、ということまでも意味していないというのである。つまり、“procedural” ということは当該規定については unilateral な適用指定をしているだけで、その双方化については何も言っていないのだというわけである。そして、英米法でいう “procedure” という概念は、その言葉に対応する大陸法の術語よりも広い意味、内包を有している。裁判所に訴えを提起する権利は、大陸法では手続の一部ではなく、その基礎となるもので、この訴を提起する権利が出訴期限によって影響を受けるのであって、手続きが影響を受けるのではない。英米法ではこの権利への影響までを “procedure” という術語に含めているのであり、このことを無視してドイツの裁判所がテネシー州法の出訴期限法を適用しなかったことが誤りであるとするのである。

ただ、Wolff の云うことは、結局、言語の相違からくる内包の相違を法廷地法概念によって修正することになり、これは準拠法概念を法廷地法概念で修正するということである<sup>(86)</sup>。すなわち、準拠法説によると、テネシー州の出訴期限法は手続と法性決定されるが、そもそもその「手続概念」には法廷地

[佐藤やよひ]

法たるドイツ法における「実体」も含まれる。その場合には、ドイツで「手続」そして扱うのは、法廷地法たるドイツ法にいう「手続」のみであり、その範囲に入らないものは「実体」として取り扱うことを言っているように考えられる。しかし、これはまさに法廷地法説ではないかという批判がなされることになる。しかも、このような概念操作まで裁判所に求めることは可能かという、不可能ではないにしても裁判所のとって大変な負担を強いるものであり、ひいては当事者に負担を強いるものとなると考えられる。

Weber は、Wolff は自らドイツ語版テキストで展開した準拠法説にかなりの制限を課したように思われるとし、しかもその制限の射程距離は不明確なままであると批判している。Wolff はその解決として英語版のテキスト第2版の161頁で『偉大なる後見人、師匠、そして訂正者たる common sense に依るべし。』というが、これは準拠法説によると不可避的に発生する法の欠缺 (gap) と重複 (cumulation) の問題を、抵触規定の解釈問題ではなく、複数の準拠法となる可能性のある法の適応問題として捉えているからともいえる。いずれにせよ、Wolff が common sense を持ちだして、合理的な結論の達成ということを云ったときに、この問題は単なる法性決定の問題とは別の問題にすり替えられたといえるのではないかと考えられる。

ただ、Wolff が、米国で「手続」とされる規定につき、外国においてその規定の適用を禁止しているわけではないとの指摘は、米国での出訴期限規定の取扱いかたを見ると、必ずしもおかしなことを言っているわけではない。米国では出訴期限規定に関しては borrowing statute<sup>(87)</sup>として他州あるいは外国の出訴期限規定であっても、法廷地出訴期限規定が定める期間より短い期間を定めている場合は、forum shopping 防止のために、法廷地出訴期限規定ではなく、他州あるいは外国のそれを借りて適用するという規定を設ける州が多く見受けられる。勿論、その適用のためには各州の制定法で様々な条件に伏せられているが、手続規定としつつも一概に他州の出訴期限規定の適用を否定するのではなく、その適用をも認めているわけである。そうすると、ドイツでテネシー州がその出訴期限規定の適用を禁止しているのではないとして、Wolff のように準拠法説に立ちながら、テネシー州法でいう” procedure” の概念に本来含まれて

いる規定を「実体」に categorize し直すという余地もあり得ることになる。

Wolffは、反致に対してはその英語版のテキストでは淡々と学説・判例につき述べている。ただ、判決の国際的調和が強く要求される分野では、実務的にその有用性を否定はしていないが、それ以外、支える根拠は弱いとしている。さらに、反致に際しては外国国際私法における法性決定を尊重しなくてはならない (must) とするが、これは<sup>(88)</sup>、結局反致をしばしば認めることは、法性決定における準拠法説を採用する結果となることをも見越しているのかもしれない。

### Ⅲ. 法性決定と反致

#### (1) ライヒスゲリヒトの立場再考——準拠法説を採用したものか？

上述したように、法性決定についてどの立場に立つかによって反致に対する態度は異なり得るといえる。これは、どういうことであろうか。今一度ライヒスゲリヒトの判決をその歴史的流れに置いて再考してみよう。

まず問題となるのは、果たしてこのライヒスゲリヒトの判例は法性決定につき、準拠法説の立場に立ったものかということである。1934年にこの判決は覆され、ドイツの裁判所は法廷地法説<sup>(89)</sup>に立つことになる。

しかし、ここで注目したいのはこの判決が下されたのが1882年であるということである。現代国際私法の基礎を築いたと言われるサヴィニーの現代ローマ法体系第8巻が公刊されたのが1849年<sup>(90)</sup>、その後1865年にイタリア・ルーマニア、1867年にポルトガル、1888年にスペイン、1891年にスイス、そして1896年にドイツがそれぞれの国際私法を成文化しているわけである。また、Wolffは1872年生まれで1953年に死亡している。F. Despagne は1857年生まれで1906年に死亡している。つまり1882年にはWolffは10歳になったばかりであり、Despagne は25歳である。そして、そもそも qualification あるいは characterization への問題意識が発生したのが、E. Kahn (1891年) と E. Bartin の論文 (1897年) が出てからであり、Despagne もこれらの論文に刺激されて1898年の論文で準拠法説を主張し始めることになる。つまり、1882年にライヒスゲリヒトが法性決定の問題を意識し、準拠法説を採用して判決を書い

[佐藤やよひ]

たということは、まずあり得ないのではないかということである。判決後、少なくとも10年くらいして、この判決につきなぜこんな結論に達したのかを考えると、準拠法説に立つとこの判決の説明が可能だと考えられたというにすぎないであろう。

ではこの判決は一体どう見ればよいのか。ドイツのライヒスゲリヒトは、到底、我々が意識するような法性決定の問題を扱っているという意識などなかったのは確かであろう<sup>(91)</sup>。

法規分類学説では、関連する法規を人法と物法に区別をしたということがよく云われるが、関連する法規を人法・物法に区別する前に、もう一つ、手続か実体かという観点から法規の分類をしていたはずである。だからこそ、現在なおも適用される各国共通の不文の国際私法上の大原則、「手続は法廷地法に依る。」という規定が普遍的であるといえよう。そうすると、この1882年のライヒスゲリヒト判決はまさに個々の法規の内容と目的からその性質だけでなく、その適用範囲を探求した法規分類学説の手法に依ったと見るのが妥当ではないか。

そして、準拠法説から、この判決が説明できるということは、とりもなおさず、準拠法説自体が、この法規分類学説を継承している表れといってもよく、この考え方がサヴィニー型国際私法、すなわち管轄全体を丸ごと選択する考え方となじまないところが出てくるのもそのためではないかと考えられる。そして、準拠法説に立つ学説は法性決定の対象を「法律関係」ではなく、「法規」としていることからそれは伺えよう。

この点はWolffも明確に対象を「法規」としている。テキストの法性決定を扱っている章のタイトルを見ると、1945年英語のテキストでは、“The Classification of Legal Rules and Institutions”, 1950年の第2版では“Classification”<sup>(92)</sup>, 1949年発行のドイツ語のテキスト初版 *Internationale Privatrecht Deutschlands* では“Die Einordnung der Rechtsverhältnisse und Rechtssätze”, 1954年版(第3版)では“Die Einordnung der Rechtssätze”となっている。そして、このように「法規」を対象とすると、問題となっている事案に関係してくる個々の法規の性質(本質と目的 *Wesen und Zweck*) が問題となり、それは必然的に当該法規の適用範囲にも関

係してくることになる<sup>(93)</sup>。

法規分類学説の時代ならばともかく、ライヒスゲリヒトの判決の出された当時、欧州各国はすでに国民国家の時代に突入していた。しかも国際私法を含めて民法の法典化も進められている時代にあつては、この判決の結論は仰天すべきものであったろう。しかし、法規分類学説の出してきた時代状況は、各地域の固有法、すなわち *statuta* が適用されないところでは普遍法あるいは一般法たるローマ法あるいはカノン法が適用されていたわけである。すると、古典ローマ法ではいかなる訴訟も出訴期限の制限を受けなかったということであるし、英国で最初の出訴期限法ができたのは17世紀初めということである<sup>(94)</sup>。また、1869年に出版された Eduard Graf and Mathias Dietherr の “Deutsche Rechtssprichwörter” 2<sup>nd</sup>, p. 95 では “something that has been wrong for hundred years cannot be right for an hour<sup>(95)</sup>” という考え方がドイツで広く行きわたっていたということなので、もう半世紀位前に出された判決なら、それほど驚かれ、罵倒される判決ではなかったのかもしれない。

ところで K. Lipstein は、この判例について以下のように述べる<sup>(96)</sup>。

「このドイツの1882年の最高裁判所判決は F. Kahn を突き動かし、彼はテネシー州法による第二次法性決定 (a secondary characterization) に依ると、新しいタイプの反致が生じることに気がついた。それは *lex fori* の連結点とは異なる連結点を *lex causae* が利用していることから生じる反致とは違うもので、*lex causae* による性質決定を利用することから生じるものである。」

これは、その法性決定をどの段階で考慮するにせよ、要するに『性質決定における反致 (*renvoi de qualifications*)』を創り出したと考えるようになったのだということであろう。Lipstein は、『第二次法性決定 (Secondary Qualification (Conflicts de Qualifications))』の小見出しの下に、1882年に始まり、1934年に終わった、このドイツでの判例の動きから次に述べるような結論を確認できるとしている。準拠法に照らして法規の性質を再検討するという過程は、一見すると反致に導き、そして実務的には欠缺と重複をもたらすこと、また、ここでいう反致とは性質決定の衝突からでてくるものであり、一般に云われる連結点の相違によるものではない、としている<sup>(97)</sup>。F. Kahn も1891年論文で1882年判



[佐藤やよひ]

決をとりあげ、それによって性質決定における反致の問題が発生する可能性を予期したのだとしている<sup>(98)</sup>。

ところで、ここで「第二次法性決定 (secondary qualification)」という言葉がLipsteinによって使われているが、これはどういうことであろうか。このことは法性決定において法廷地法説の立場に立てば理解できるものである。

## (2) 法廷地法説の立場と第二次法性決定

### (i) 法廷地法説の立場における典型的思考プロセス

では、法廷地法説に立つ論者は法性決定において普通どのような思考プロセスを辿るのか。少なくとも我が国で通説的と思われる立場に依ると、まず①問題となる「法律関係」を法廷地法の立場から<sup>(99)</sup>性質決定をする。次いで②国際私法規定を見て、そこで連結点のある国がいずれかを見る。③準拠法となる可能性のある国の法を特定し、反致の可能性を探る。④そして、最終的に外国法が準拠法とされた場合にその内容及び具体的事例への適用結果が公序に反するか否かを検討する<sup>(100)</sup>。

以上はいわゆる典型的なサヴィニー型国際私法と呼ばれるものであるが、ここでも勿論①の段階、つまり第一段階で「法性決定」をする。これが普通「法性決定」あるいは“characterization”, “qualification”, “classification”と称されるものである。ここでは、法規ではなく『法律関係』を法性決定の対象とするので<sup>(101)</sup>、このプロセス全体を通じて外国法の内容、あるいは個々の法規の内容、その適用範囲は、第④段階に至るまで見ることはない。つまり各国法を管轄選択的に決定する、俗に言う法体系全体の『丸ごと』の選択である。ただ、この過程でも各国実質法の体系全体としての適用範囲は第3段階の反致で考慮され得る。但し、今述べたことからわかるように、この反致の段階でなされる考慮も又、管轄選択的なものにすぎない。たとえば法規そのものがその適用範囲を限定しているもの (self-limited substantive law) であれば、準拠法の『解釈の問題』として、各法規の事項的適用範囲はその適用の段階、つまり最後の④の段階で考慮されることになる。そして準拠法体系所属以外の法あるいは法規の適用意思は、極めて例外的な場合を除いて<sup>(102)</sup>、無視されることになる<sup>(103)</sup>。

しかし、各国法規の適用範囲を無視して涉外事件についての準拠法を決定することは、Brainerd Currie<sup>(104)</sup>が指摘したように、本来関連する法規の間に『衝突 (conflict)』はないのに、いわゆる『虚偽の抵触 (false conflict)』を作り出し、結局は「判決の国際的調和」という理念に反することになる。そうすると、外国法規の内容、適用範囲をより早い段階で見ておくことが必要ではないかという考えが出てくるのも当然であろう。

(ii) 第二次法性決定 (secondary characterization<sup>(105)</sup>) —— Robertson の考え

第二次法性決定という術語は、1938年英国のG.C.Cheshireの著作“Private International Law”第2版で初めて出てきたものである<sup>(106)</sup>。山田録一教授の研究に依ると、Cheshire自身は1952年に出版された第4版においてはこの言葉は使用しなくなっているとのことであるが<sup>(107)</sup>、この考えをさらに発展させたのがA. H. Robertsonである。彼は法性決定を詳細に論じたその著作“Characterization in the Conflict of Laws” (1940)において、法の抵触の解決プロセスを以下の3段階に分ける<sup>(108)</sup>。

①問題あるいは事実状況の法性決定 (Characterization of the question or factual situation)

②適切な連結点の選択による準拠法 (proper law) の選択 (Selection of the proper law by means of selection of the appropriate connecting factor)

③準拠法の限界画定とその適用 (Delimitation and application of the proper law)

こうして見ると我が国の通説的立場における第3段階と第4段階が一つの段階にまとめられ<sup>(109)</sup>、そのまとめられた第3段階の delimitation 機能を果たすのが第二次法性決定ということになる<sup>(110)</sup>。そして、第一次法性決定 (primary characterization) の対象は問題<sup>(111)</sup>あるいは事実的状況であるのに対し、第二次法性決定 (secondary characterization) の対象は法規範 (rules of law) である。つまり、準拠法、proper law が外国法となるとき、当該外国法の文脈の中で、問題となっている争点に外国法中のどの範囲の規定が関係してくるかを、その適用範囲とともに考慮することになる<sup>(112)</sup>。

Robertsonによると、出訴期限規定／消滅時効規定が実体か手続かといった

[佐藤やよひ]

法性決定はここでなされるのである。つまり、第一次法性決定において、問題となる事実状況が契約なり不法行為なりの第一次法性決定がなされて準拠法たり得るものが確定された後に、この第二次法性決定において準拠外国法中の出訴期限規定／消滅時効規定が当該外国法の体系において実体と捉えられているのか、それとも手続として捉えられているのかを見るのである。又、同様に法廷地法の規定が手続か実体かもここで判断される。

そうすると、法廷地法 (*lex fori*) においては出訴期限規定／消滅時効規定が「手続」と考えられている場合には、手続法として法廷地出訴期限規定／消滅時効規定が適用され、準拠外国法 (*lex causae*) が自国の出訴期限規定／消滅時効規定を実体と法性決定していれば、準拠法の適用の範囲に含まれて適用される。これは同じ問題が重複して考慮の対象となっているのではないかという批判がなされよう。これについては、法廷地は自国法中の手続に関する法規を見て、その要求する要件の充足如何を判断し、準拠法たる外国法はそこで問題に関係してくる実体に関する規定を見て、その要件の充足を判断するだけである。そもそも外国的要素を含む事案が唯一の法体系の規制にのみ服するとするのではないというだけのことである、とする<sup>(113)</sup>。つまり、Robertson は、ここで問題にしているのは、関係する可能性のある規定をその規定の所属する法体系の文脈の中で法性決定することであって、問題を二重に法性決定するのではないと言いたいのであろう。

ただ、このようにたとえ第二次法性決定であっても、各法体系の中で問題となる規定の法性決定をすると、まさに1882年のライヒスゲリヒトの判決のような事態が生じうる。法廷地法では実体、準拠法では手続と法性決定されるため、いずれも適用されないと判断される場合である。Robertson もやはりライヒスゲリヒトの結論には賛成はしないのであるが、「問題となる米国の規定を手続であって実体ではない、ドイツの規定も実体であって手続はないと厳密に捉えると正当化しうるものであろう。」<sup>(114)</sup>と述べる。そう言いつつも、本来このような規定は実体と手続と双方の性質を持ち合わせるものであって、そのような区別は相対的なものであって厳密になされ得るものではない<sup>(115)</sup>とし、そこに解決を見出したいようである。そのために、米国では出訴期限法が bor-

rowing statute として他州, あるいは他国の法の出訴期限を過ぎている場合には, 法廷地においてそれを考慮する場合のあることを挙げている。

Robertson に言わせると, 第一次法性決定で法廷地法説に依らなければならない, という理論的必然性は何もないということである。ただ, 実務の便宜からして法廷地法に依らざるを得ないのであって, それ以外のものに依ることは裁判官の立場からして全く实际的ではないとする<sup>(116)</sup>。つまり, 法廷地法による法性決定は, 準拠法決定開始のためのスタート装置にすぎない。ここで, 第一次法性決定に, さらに単に法律関係の大きさに応じた「送致範囲」の決定機能まで持たせると, 外国準拠法の出訴期限規定/消滅時効規定は, 法廷地法がそれを手続と法性決定した段階で, 適用からははずれることになる。

Robertson は, むしろ第二次法性決定が, その国際私法体系においては極めて重要であると主張したいように思われる。そして, この第一次法性決定と第二次法性決定の組み合わせで涉外事件における『法の抵触』を解決するための満足のいく基盤のある装置を有することになるとする<sup>(117)</sup>。

ところで Robertson と同じく, Falconbridge も裁判官の審理の過程が性質決定, 準拠法の選択, 適用の3段階に分かれることには賛同している, というより彼に言わせると, この3つの段階に分けると言うことを言い出したのは彼が初めてであるということであるが, それは兎も角, 彼にとっては, いわゆる第一次法性決定は仮の, あるいは暫定的法性決定にすぎない。したがって, そこで導かれる準拠法 (proper law) は暫定的なものであって, 最終的に適用される法は適用の可能性を有する法の特定の条項を検討した上で決まるということである<sup>(118)</sup>。したがって, 彼の理論では一応3段階に分けることに同意していても, 結局は全ての段階は法性決定に飲み込まれることになろう。

### (3) 反 致

#### (i) 一方主義と反致

反致に目を向けると, Falconbridge のような法性決定の考え方では確かに反致を考慮する必要性は低くなる<sup>(119)</sup>。つまり, 法規を法性決定の対象とし, その適用範囲を探求することにより準拠法を決定していく立場に依ると, 反致で

[佐藤やよひ]

考慮すべきことは、個々の法規の適用範囲の探求に収斂されてその必要性が認められなくなると言ってもよい。

しかるにここに極めて興味深い説明を J. Georges Sauveplanne が反致について述べている<sup>(120)</sup>。

『一方主義に於いては、抵触規定は *lex fori* の適用範囲を限定するだけである。外国実質法固有の適用範囲は当該外国抵触規定にその限定を委ねている。一方的な規定に従うと、法廷は自国法を適用しないときには準拠法となる外国法の抵触規定にその外国法の適用の有無をきかなければならない。一見するとこれは反致のような印象を与える。しかしながら本当の反致の状況は、法廷地が法廷地国際私法により外国法に導かれ、当該外国抵触規定により法廷地法、あるいはさらに第三国法に導かれることを言う。一方主義の体系においてはいかなる（抵触）規定も自国の実質法の適用可能性に関する以外、何も言わないし、最終的に適用される法は抵触規定間の相互作用により選択されたものではない。反致のテクニックは、ゆえに国際私法の双法主義体系においてのみ考えられ得るものであって、一方的規定を適用するに際しては利用しえないものである。』

一方主義を主張する学者は、「準拠法説」を取る。そして Sauveplanne が上述したように、各国抵触規定は、自国法の適用範囲のみを定めるゆえに、自国の抵触規定が他国法に事案を「送致 (*refer*)」すること自体が考えられない事態なのである。各国の規定は、自国法そのものが有する『妥当力 (*Geltungsgewalt*)』によって、法が包摂する事案に適用されるのである。すると問題はそうして成立した法律関係が重複した場合、あるいは反対に、いずれの国の法も適用を欲しない場合にどうするかという問題である。前者の問題については法規分類学説もその解決に苦勞して、そこから我々が現在も利用している、“*locus regit actum*”あるいは「手続は法廷地法 (*lex fori*) に従う。」といった国際私法上、どの国に於いても取り入れられている原則が発生したことは周知のことである。

## (ii) 法規分類学説と反致

1. では、どの国の法も適用を欲しないという「消極的抵触」が生じた場合にどうするか、すなわち反致 (*renvoi*) が取り扱う問題について法規分類学説

は、果たしてどのような立場をとったのか。これは反致理論の歴史がその答えを出してくれるであろう。

反致についての議論は比較的新しいものである。Michael Sonnentag<sup>(121)</sup>によると17世紀にミラノ裁判所ですでにその考え方の萌芽が見られるようであるが、ほとんどの事例は19世紀以降に遺言の形式的有効性に関して問題となったものである。そして、1878年のフランス破棄院判決 Forgo 事件を契機に1879年以降になって研究者の関心を引いたのである。そして、理論的に反致の問題を取り上げた最初の学者は Mancini であった<sup>(122)</sup>。つまり、反致は国民国家の基盤が各国で固まっていき、国際私法についても現在の形の元になる制定法がつくられる頃になって問題として意識されるようになったと言ってよい。

このような反致理論および実務の歴史が示すのは、法規分類学説の時代には反致は問題視されなかったということである。では、それはなぜなのか。既に述べたように、現在我々が問題とする『準拠法の欠缺』は、当時は生じなかったということであろう。そのような場合には、*statuta* の欠缺は普遍法たるローマ法でというものがあり、それにより充足することが可能であったのである。要するにそれについて意識する必要はなかったといえる。

2. ところで、すでに Bartolus の時代にはその考え方は双方化していたといわれる<sup>(123)</sup>。これは上に述べたような、我々が国際私法上の大原則と考えているものが、すでに法規分類学説の時代から継承されていることに鑑みても明らかであろう。前述したように Sauveplanne は反致を双方主義の落とし子と見ているが、これは果たしてそうなのだろうか。法規分類学説の時代にはすでに双方向的な考え方が見られたにも拘らず、反致の考え方が発生しなかったのである。

これは、確かに現在と事情が異なり、普遍法の存在があったため、反致のような場合を意識する必要がなかったというだけではなく、法規の適用範囲を探求するという姿勢にその原因を求めるべきなのではないかと筆者は考える。一方主義の立場に立つということは、法規の適用範囲を探求するという形での国際私法体系を構築することになる。そうするといずれの国の法規も適用を欲しない場合、つまり1882年のライヒスゲリヒト判決のような問題が生じた場合には、反致論のように直ちに法定地法、あるいは第三国法が適用されることに

[佐藤やよひ]

なるのではなく、その欠缺を充足する必要があるのかという問題がまず出てくる。つまり、相続について適用すべき法が欠缺した場合、法の欠缺を理由に、遺産につき、直ちに全て無主物となると判断するべきではないだろう。それに対して不正競争とされる行為に適用すべき不正競争防止法が欠缺するときには、それは許されるべき競争行為とみるべきである。つまり、法の欠缺が生じた場合、補充すべき欠缺と補充の無い欠缺を区別をする必要があるということである。そして、サヴィニー型の双方主義とは異なり、一方主義においては欠缺補充に関し、反致理論のように当然のものとして外国法の指図によることはできない。なぜなら、外国国際私法は当該外国法についてのみ適用の指図をしているからである。この補充については法廷地実質法に依ることもあれば、外国法の適用意思に反してでもその適用範囲を拡張する形で補充する、あるいは転致の場合と同様に第三国実質法による方法も考えられるのである<sup>(124)</sup>。いわゆる現代の一方主義の代表的主張者のような Quadri などは反致に対して一貫して否定的立場を採用しているが、外国国際私法が法廷地法の適用範囲を指図するという自体が、各法規にはそれぞれ固有の適用範囲があり、その法規の適用範囲を探求することをその国際私法理論の基礎とする立場からは考えられないということであろう<sup>(125)</sup>。

要するに、『一方主義 (unilateralism)』では、『法律関係』を対象とするという考え方は入り込まない。つまり、法性決定の対象を『法律関係』とするサヴィニー型国際私法とは異なる、『法規』を対象とする立場からは反致を言う必要がなく、それはいわゆる『棄権論 (desisment theory)』<sup>(126)</sup>で充分であるということになる。

### (iii) Savigny 型国際私法理論と反致

Savigny が法性決定の対象を『法規』から『法律関係』にコペルニクスの転回をしたときに落ちたものが、この『法規の適用範囲』であり、それは本来その法規の立法者が定めるものであるとする点である。法規分類学説の学者は、物法と人法の区別を如何にするかという問題にも頭を悩ませたであろうが、それ以上に二つ以上の法規が適用を主張して、それが互いに内容的に抵触すると

きにはどちらを適用すべきかという問題にも、我々同様、頭を悩ませていたのである。それについて徐々に様々な原則が、個々の問題点について発展し、その中に我々が継承しているものがあるといえるのであるが、そこに Savigny が一挙に問題を解決する方法を発見したといえる。つまり、視点の据え方を変えるという方法<sup>(127)</sup>である。まさに『眼からうろこが落ちる』という意味で全ての国際私法学者にとって『コペルニクス的転回』と感じられたのであろう。しかも、こうすることによって全ての国の法を平等に取扱い、いずれは実務的に各国の法が内容的に収斂して統一法に至るのではないか、という期待をも持たせるものである。それは Ernst Zitelmann や Daniel Josephus Jitta のように、まず国際法的な指導原理を定立することなく、「方法論」によって Internationalism の理想を達成できるものであった。

ただ、『法律関係』を法性決定の対象とすることは、国際私法の考え方としては双方主義の立場にしか立てない。そして、法律関係を対象とすることに依る各国法の平等的取扱いのゆえに、最密接関係地法は法廷地国際私法の立場から管轄選択的に決定されることになる。つまり、ここでは各『法規』が有するはずの固有の適用範囲を考慮することなく、法体系全体としての準拠法を選択することが可能となった<sup>(128)</sup>が、このことが国際的判決の調和を害するおそれがあることは、誰も考えることである。つまり、『法律関係』のほうから見た双法主義の立場からの国際私法上の理想の達成手段として出てきたのが反致といえるのではないか、ということである。Robertson がその労作で延々、所謂 F.Kahn の言った明示の抵触法規の抵触、連結概念の相違と並んで、第二次法性決定の問題を持ち出し、全てを反致の問題としても捉えることができるとし、そこでの調整により国際的に判決の調和を達成できるような準拠法が決定されるとしたのも、このようなサヴィニー型国際私法に潜む欠陥の修正として捉えることも可能であろう。

#### (iv) 不法行為における反致

さて、反致が『法律関係』から見た双法主義国際私法理論に特有のテクニクであるとしても、従来反致が認められてきた分野というものは比較的限られ



[佐藤やよひ]

ていた。19世紀に問題となった事例の殆どは遺言の方式とその有効性に関するものであったし、その後の事例も身分や相続に関するものであり、不法行為についてはわずかである。しかもそれらについてほとんど反致は認められないという結論が出されているということである<sup>(129)</sup>。

では Neilson 判決はとんでもない判決なのだろうか。本来、利用できない、あるいはすべきではない反致を不法行為の分野に導入したのであろうか。この解答のヒントは、やはり Robertson の論文にあるといえる。

一般に反致という場合、法廷地国際私法規定により準拠法と指定された外国法中の国際私法規定／抵触規定を適用することを指すが、Robertson は反致を広く捉え、外国抵触規定の考慮という点に重点をおいて反致を捉えるのではなく、一旦準拠法として指定された外国法から事案が反対に送致される、あるいは第三国法に送致されるという点に重点をおいて、そういう場合全てを含めて『反致』の生じる場合として捉える。勿論、そのような場合には F. Kahn が提示した明示の抵触、連結概念の相違、法性決定の相違が含まれるが<sup>(130)</sup>、さらに、彼は第一次法性決定は属地的になされ、第二次法性決定は属人的になされることから生じる反致もあるという<sup>(131)</sup>。つまり、一方の法体系では法体系の抵触規定が属地的な連結点を利用してその抵触規定を構成しているのに対し、他方の法体系はその実質法の適用範囲を属人的に連結している場合である。このように抽象的に言ってもわかりにくいですが、彼が念頭に置いている事例は以下のようなものである。

ニューハンプシャー州にドミサイルを有する夫婦が、メイン州に自動車旅行をし、そこで夫の運転上の過失で事故に遭った。ニューハンプシャー州裁判所に妻は夫に対する訴えを提起した。しかし、配偶者間の訴訟はニューハンプシャー州では認められているが、メイン州では法律で禁止されている。この時、不法行為地法としてメイン州法が準拠法として選択されるが、配偶者間の訴訟を禁ずる法律により訴えは認められないものになるか否かということが問題となる。勿論これを実体か手続かという法性決定の問題として扱うことも可能であるが、Robertson は、そういう取扱いをしてもメイン州法が属地的なものか、属人的なものかの問題は残るといえる。もし、配偶者間訴訟の禁止を定めた規定

がメイン州にドミサイルを有する者にのみ適用される法律であるなら、これはニューハンプシャー州にドミサイルを有する夫婦の訴訟には適用されず、ニューハンプシャー州法に反致してくるというのである<sup>(132)</sup>。

彼のここで述べている結論は、Robertson自身の国際私法の体系に負うところが大きい、その指摘は鋭い。法を属地的に連結するか、属人的に連結するかということで、反致が生じると言うことは別に第一次法性決定と第二次法性決定の間でなくとも生じるからである。属人的に連結するにせよ、属地的に連結するにせよ、全ての国際私法規定が同じ連結素を利用する限り、その概念の内包が異なる場合はとも角、法の抵触は原則として全面的に解決されるはずである<sup>(133)</sup>。しかし、二つの抵触規定の一方が属人的に連結し、他方が属地的に連結する場合、ここに二つの法の重疊的な適用又は抵触、そしていずれも適用されない欠缺が生じてくる。

まさに反致は上記の後者の場合の処理であるが、契約と異なり、不法行為においては近年、共通属人法の適用が求められる事例が多くなっている。Neilson事件もその例であり、また、我が国で問題となったスキーツアー事件<sup>(134)</sup>もそれに属する。つまり、不法行為に関しては不法行為地法が属地的に適用されるべきとの考え方に、属人的に法の適用を考慮しなければならない場合が多く生じてきたのである。では、なぜ共通属人法を考慮しなければならないのか。それは、特に不法行為にあっては、共通属人法が当事者双方にとっての行為規範でもあるからである<sup>(135)</sup>。つまり、オーストラリアのように不法行為に柔軟な連結を採用しない場合、反致によって共通属人法を適用するということは決して不当とはいえない。判決では如何なる場合に採用されるべきか、という問題についてはオープンにしているが、契約はともかく、不法行為分野への反致の導入はある意味厳格な不法行為地主義を採用する国際私法を有する国にとっては単なる escape-device という以上の正当化も可能であったといえよう。

#### IV. 結 論

##### (1) 法性決定における立場と反致に対する立場に相関関係のあること。

以上からわかることは、法性決定においてどのような立場を採用するかは、

[佐藤やよひ]

その対象を『法律関係』とするか、『法規』を対象とするかに関連し、後者の立場では反致に対し否定的になるという相関関係があるということである。もっとも、このような体系的考慮を無視して機能的に考え、国際的判決の調和という観点を強力に推し進めたり、あるいは具体的事案に即して利益アプローチの観点から反致を利用したりするといった考えもあろう。しかし、法性決定で問題とされる事案と反致が問題となる事案が身分・方式と能力あるいは動産・不動産の相続というように類似性があることも事実である。

### (2) 我が国の国際私法において公序が活用される理由

我が国の国際私法理論は学説・実務いずれも法性決定については、その対象は「法律関係」、決定基準は「国際私法自体説／国際私法独自説」で確立されているとあってよい。しかも、反致に関しては法例以来現在の「法の適用に関する通則法 41 条」に至るまで、本国法が準拠法として指定された場合という制限が課せられている。したがって、具体的事案を前に、法性決定あるいは反致の柔軟な活用は英米法系諸国と比べると難しいといえる。それが公序則における処理という形で現れるのだと考えられる。つまり、どの段階で処理するか、ということは、各国国際私法の思考プロセスの特徴が現れているといえるが、我が国もその一つの例である。

### (3) 各法規の適用範囲の考慮の必要性

最後に述べたことからわかるように、我々は国際私法規定を創る場合に、あるいは、規定のない場合の処理を考える場合、単に『法律関係の密接関係法』と漠然と考えるのではなく、法規を念頭に於いてその効力を属地的なものとするべきか、属人的なものとするべきかを考慮しているといえよう。また、現実の国際私法規定は法規分類学説の遺産を継承しているものが多くある。

我が国において国際私法の考え方が導入されたのは、Savigny 出現後であるため、法規分類学説の遺産の継承はないに等しい。しかし、欧米諸国はそれらの遺産の上にサヴィニー型国際私法を形づくろうとしたり、あるいは Neo-Statuist と呼ばれる理論を構築したり、と様々である。そして、いずれの学派に

とつても共通して苦労しているのが、管轄選択的に準拠法を選択した場合に、各法規の適用範囲をどのように考慮するかということである。それが第二次法性決定であったり、*via-media* アプローチであったり、あるいは特別連結論であったり、体系そのものに工夫をこらしたり、あるいはサヴィニー型からこぼれおちそうなものを如何に個別的に拾い上げるか苦慮したりする形で表れているのだと考える。ともすると、我が国では各論的に捉えられがちであるが、法規の適用範囲を体系から考慮するということを改めて考えるべきではないだろうか。

筆者は、このような考慮を払うことによって、国際私法の理想「判決の国際的調和」の実現に真に資するものと考える次第である<sup>(136)</sup>。

- (1) 本稿は2015年6月6日に早稲田大学で開催された第128回国際私法研究大会での報告に基づくものである。大会報告のタイトルは「外国出訴期限規定あるいは消滅時効規定の適用に関わる諸問題」であったが、今回の論文では上記のタイトルに変更している。これは、筆者がこの論稿で扱う問題は、出訴期限規定／消滅時効規定そのものの問題というより、その国際私法上における取扱いから見える総論の問題だからである。
- (2) 術語としていずれを使用するか、またその訳語をどうするかについては以下の注83で述べている。論文の初めに於いては、いずれの術語についても『法性決定』ということにしておく。
- (3) Hein-Onlineで検索すると合わせて10万件以上あることがわかった。到底全てに目を通すことは欧米の学者でも無理である。
- (4) 例えば、Otto Kahn-Freundはその著書“General Problems of Private International Law”において、法性決定を扱う第9章の注3(p. 237)において“The literature has become unmanageable.”と述べ、反致を扱った第11章の注62(p. 312)において“The literature is extremely extensive.”と述べて、主だった参考文献を、それぞれ20前後挙げている。
- (5) もっとも法性決定論については、「ヴェングラーの先決問題理論とその国際私法理論：甲南法学第40巻3・4号229頁-280頁においてその骨子は述べている。簡単に述べると、彼の考え方は法性決定の対象は法規の有機的関連性である。そしてその有機的関連性により成立が認められる法律関係のいずれを採用するかの決

[佐藤やよひ]

定基準は法廷地法ということになる。

- (6) この報告に基づく論文は、岡野祐子「オーストラリアにおける不法行為の準拠法—厳格な不法行為地主義の下での反致の導入—」法と政治 60 巻 2 号 391 頁以下参照のこと。以下では「岡野論文」と称する。Neilson 事件については、この論文によるところが大きい。ここで感謝の意を表明する。
- (7) 岡野論文 399 頁注 325 においてもこの点についての記述がある。
- (8) 実際には、我が国では Neilson 事件のような不法行為の事例については通則法 20 条があるので、公序も問題とならないであろう。しかし、不法行為ではなく、死後認知あるいは親子関係の存否の確認につき、韓国の出訴期限法が問題となった事例では、いずれも公序則の適用が問題となっている。最判昭和 50 年 6 月 27 日家月 28 巻 4 号 83 頁、大阪高判平成 18 年 10 月 26 日判タ 1262 号 311 頁
- (9) 大阪高判平成 26 年 5 月 9 日判時 2231 号 53 頁
- (10) ジュリスト平成 26 年度重要判例解説 299 頁（ジュリスト 1479 号）。ここではもう一つ、連結点に関し、実効的国籍論の利用を挙げているが、これは評釈対象の事例の特殊性に基づくものであるから、本文ではとりあげていない。
- (11) F. Kahn は各国の法概念の相違が国際私法の統一の障害となるということをも 1891 年のその論文“Gesetzeskollisionen”で展開したわけであるが、筆者がこの論文で言いたいのは国際私法の体系的思考の相違もやはりその障害となり得るということである。概念の相違による国際私法の統一の障害は使用言語が異なることから、最後まで解決不能な点が残ることは否めない。しかし思考プロセスは不可視である。又、各国の法律家それぞれに特有の思考の癖というものがある。従って見過ごされ易いが、理論的相違を明確にすることで、対立あるいは統一の障害はある程度解消できるのではないかと考える。
- (12) 本当に我ながら呆れる無謀な計画である。そもそも一体何をどう読むのかからして手探りの状態で、しかも読むべき論文は多く、読んだ片端から忘れるという筆者の能力も障害となり、当初は果たして論文としての体をなすのかもわからなかった。ただ、以下に述べるとおり、J.H. Beale と A.H. Robertson を読むことにより、少し手応えのようなものを感じることができた。したがって、さらなる熟考が必要であり、本論文はその意味で筆者の考えの途中経過報告という未熟なものではあるが、現在の筆者の考えを示すものである。
- (13) 上掲・岡野論文 430 頁、K. Anderson and J. Davis “Annual Survey of Recent Developments in Australian Private International Law 2005” The Australian Year Book of international law (2007) vol. 26, 425, 435, および本件の控訴審判決 McLure 判事の指摘 [2004]

WASCA60, [34]-[39] である。さらに, Stephan G. A. Pitel は “Choice of Law in Tort: A Role for Renvoi?: Nielson V. Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd.” Canadian Business Law Journal Vol. 43, p. 172 では以下のように述べる。 “The orthodox view is that *renvoi* does not apply in tort cases. In the United Kingdom, where choice of law in tort is almost exclusively governed by statute, *renvoi* is expressly excluded. In one of the very few Canadian cases to even mention the issue, Reed J. noted “the general rejection of *renvoi* as applicable to conflict of law issues, especially tort claims.”

- (14) Neilson v. Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd. [2005] HCA 54 ; (2005) 223 CLR331 ; (2005) 221ALR213 ; (2005) 79ALJR1736 (29September2005)。ここでは以下すべて Neilson 判決については, 岡野・前掲論文に加え, M. Davies, A.S. Bell, P.L.G. Brereton “Nyggh’s Conflict of laws in Australia (第8版)” に大きく依っている (以下 “Nyggh’s Conflict” として引用する。)
- (15) 本件契約の準拠法はヴィクトリア州法であり, 原告側は契約不履行に基づく訴えも提起していたが, これは第1審で退けられ, 控訴もされていない。岡野・前掲 449 頁, Nyggh’s Conflict p. 318, note 10.
- (16) このルールは, Regie Nationale des Usines Renault SA v. Zhang (2002) 210CLR491 ; 187ALR1 ; 76ALJR551 で確立したものである。岡野論文 462 頁参照。
- (17) Neilson & Anor v. Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd. [2002] WASCA231
- (18) この 146 条 I 項については戸籍六法 (平成 29 年度) の日本語訳によると以下の通りである。
- 「第 146 条 [権利侵害行為の法律適用] 権利侵害行為の損害賠償には, 権利侵害行為地の法律を適用する。当事者双方の国籍が同一であるか又は同一国内に住所を有するときは, 当事者の本国法又は住所地法を適用することもできる。」
- 判決文中 (パラグラフ 75) の英語訳は以下の通りである。
- “Art.146 With regard to compensation for damages resulting from an infringement of rights, the law of the place in which the infringement occurred shall be applied. If both parties are nationals of the same country or domiciled in the same country, the law of their own country or of their place of domicile may also be applied.”
- (19) 岡野論文 446 頁-447 頁。
- (20) Nyggh’s Conflict pp. 318-319, 岡野論文 447 頁。
- (21) Mercantile Mutual Insurance (Australia) Ltd v. Neilson & Ors [2004] WASCA60, [25]-[48], 岡野論文 446 頁
- (22) 岡野論文 450 頁, 442 頁。なお, 本判決は反致以外に外国法の証明といった論点

[佐藤やよひ]

もあるが、これら全ての詳細については岡野論文参照のこと。筆者の意図は Neilson 判決の批評を書くことではないので、ここでは「反致」について、この論文で必要とする最小限について述べるにすぎないことを断わっておく。

- (23) Gleeson CJ., Mchugh, Gummow, Hayne, Kirby, Callinan, Heydon JJ である。
- (24) 反致採用について反対の理由は、端的には“logically impossible”というものである。岡野論文 430 頁～ 433 頁。Nygh's Conflict, p. 319 判決 at CLR353, ALR227
- (25) 但し、反致採用に賛成する判事の一人、Kirby 判事は、本件のもう一つに論点、「外国法の証明」の点で中華人民共和国民法通則 146 条についての証拠からは、中国法が反致を認めているかどうか判断しえないとして上告を認めないとする。岡野論文 434～439 頁、Nygh's Conflict, p. 318
- (26) Gleeson CJ. 以下、最高裁判所判事たちが、当初より中国法よりオーストラリア法の適用を望んでいたのではないかという印象を受けることについては、Reid Mortensen, “‘Troublesome and Obscure’: The Renewal of Renvoi in Australia” *Journal of Private International Law*, vol.2, no.1 (2006) p. 21
- (27) Neilson 判決パラグラフ 175
- (28) 岡野論文 419 頁 - 426 頁参照。反対論として面白い比喻を使って本判決を批判しているものに Andrew Dickinson “Symposium Paper: The Future of Private International Law in Australia” *19 Australian International Law Journal* 1 (2012) p. 8 がある。そこではこの判決を含め、オーストラリアの裁判所が「法定地漁り」をコントロールするために展開してきた一連の判決の device につき “The Old Lady Who Swallowed a Fly” と称する。このようなタイトルの古い英国の童謡に託して、オーストラリア最高裁判所が無謀なことをしたと揶揄するものである。この童謡は、ある老婦人が、まずはハエを飲み込み、それを殺すために蜘蛛を飲み込み - - -、と次々に蛙、猫、犬と飲み込んでいき、最後は馬を飲み込んで死んでしまった、という内容のものであるが、確かに本判決のように、理論形成を白紙にしたまま反致を導入するのは、モンスターを引きずり込むようなものという感は誰しも否めないだろう。
- (29) (2000) 203CLR503, (2000) 172 ALR625
- (30) (2002) 210CLR491, 187ALR1.
- (31) 岡野論文 401 頁-403 頁にあるように、Neilson 事件の提訴は 1997 年であり、この時点ではオーストラリアでは出訴期限規定を手続と考える法律家がほとんどであり、その意味で原告とすれば中国の出訴期限規定の適用はないと予測していたことが推測できる。つまり、訴訟係属中に法性決定が変更されたわけであり、その意味で反致を導入しないということが原告にとって極めて不利な状況をもたら

す認識は、判事は有していたと推測できる（岡野論文 403 頁注 317 参照）。また、同論文の 474 頁、475 頁、462 頁、457 頁も参照のこと。

- (32) 岡野論文 406 頁における Briggs の「反致の FNC がうまく機能しない場合の補完的機能」の指摘参照。
- (33) 但し、Neilson 判決の [187] で、Kirby 判事は中国法専門家の提出した証拠を認容して、中国でも出訴期限規定は実体に属するとしている。したがって、準拠法として中国法を指定したとすれば、本件での請求は時効で消滅しているものとされる可能性が高いものである。
- (34) 注 15 参照。
- (35) See Reid Mortensen, *supra*. p. 3. 我が国のように「公序」の適用も考えられなくはないが、余程期間の長短に相違がある場合はともかく、ここで公序則を発動するということには、いささか無理があるのではないかと考えられる。
- (36) 単なる escape device とはいえないことについては以下のⅢの(iv)参照のこと。
- (37) 岡野論文 397 頁～ 398 頁
- (38) 岡野論文 393 頁～ 395 頁
- (39) [2006] SCA87 (RSA)
- (40) ロイズの危機についてはアダム・ラファエル著、篠原成子訳「ロイズ保険帝国の危機」参照。ロイズは 1993 年の再生計画が出されるまではネームと呼ばれる個人会員が『最後のシャツのボタンまで (down to their cufflinks)』という言葉で有名な無限責任を負うことで保険の引き受けをしていた。また、1985 年までの約款が、クレームメード方式ではなく、オカーランス方式だったため、製造物責任の厳格化、損害補償額の高額化に伴い、アスベスト訴訟により大きな損失を出したのである。訴訟の多発は、80 年代にネームになった会員が、シンジケートのエージェントからそういった経緯の説明をちゃんと受けていなかったことによる。
- (41) 但し、欠席判決 (default judgment) である。
- (42) s11 (periods of prescription debts)
- (d) save where an Act of Parliament provides otherwise, three years in respect of any other debt.
- (43) 但し、同じ 11 条の(a)(ii)の judgment debt と認定されると、時効期間は 30 年になるが、本件では英国法により時効にかかっていないと認定するので、それについての判断は不要とする (判決パラグラフ 31)。
- (44) '24 [Time Limit for Actions to Enforce judgments]
- (1) An action shall not be brought upon any judgment after the expiration of six years from the date on which the judgment became enforceable.



[佐藤やよひ]

(2) No arrears of interest in respect of any judgment debt shall be recovered after the expiration of six years from the date on which the interest became due.

- (45) Jan L. Neels, "Falconbridge in Africa" *Journal of Private International Law*, vol.4, no.2 (2008), p. 172. 以下「Neels 論文」として引用する。
- (46) 英国においては契約債務準拠法に関するローマ条約により実体と取り扱うことになり、Foreign Limitation Act 1984 はそれにしたがって実体法と法性決定することとしている。Lloyd's 側は当然このことも主張したが、原審の Mynhardt 判事同様、Van Heerden 判事も、1984 年法は外国の出訴期限規定／消滅時効規定の取扱いに関するもので、英国の出訴期限法の取扱いに関するものではないとしてこの主張を認めていない（パラグラフ(19)参照）。
- (47) *Laoconian Maritime Enterprise Ltd v Agromar Lineas Ltd*.1986 (3) SA509 (D) at 517J の事件で Booyens 判事が明言。この認識に基づいて現在までの判決はなされているという。See C.F. Forsyth, "Private International Law (5<sup>th</sup> ed.)" (2012) p. 79.note20 (以下、「Forsyth」として引用する。)
- (48) Otto Kahn-Freund "General Problems of Private International Law" (1976) 227ff. 以下、Kahn-Freund として引用する。
- (49) *Kühne & Nagel AG Zürich v. APA Distributors (PTY) Ltd*.1981 (3) SA 536 (W), *Laoconian Maritime Enterprises Ltd. v. Agromar Lineas Ltd.* 1986 3 SA 509 (P),
- (50) *Ngheku Mohapi v. Agnes Motleleng civil case 15 of 1988 (CA)* (unreported) 但し、ここでは出訴期限規定／消滅時効規定の性質決定は問題となっていない。Neels 論文 p. 172
- (51) Neels 論文 p. 170
- (52) カッコに入れた数字は判決文のパラグラフを示す。
- (53) 'Subject to the provision of this Chapter and of Chapter IV, a debt shall be extinguished by prescription after the lapse of the period which in terms of the relevant law applies in respect of the prescription of such debt.'
- (54) 判決では 1881 年とするが、"notorious" という表現をしているところから 1882 年 1 月 4 日のライヒスゲリヒト判決 (RGZ7) のことだと考えられる。これはテネシー州で発行された為替手形の支払いに関するものであり、詳細については後に述べるが、『欠缺』の処理にこのライヒスゲリヒトが採用した考え方は採用しないとする。
- (55) パラグラフ 32 参照。ここで 2006 年 3 月 3 日の西ケープ高等裁判所の *Society of Lloyd's v. Romahn & Ilse* [2006] ZAWCHC7; 2006 (4) SA23 (C) における Van Zyl 判

事の言葉を引用して上記のように述べる。パラグラフ 32 を読む限り, Falconbridge の *via-media* アプローチをさらに具体的事案に即して柔軟に適用するよう求めているように読める。

- (56) T.W. Bennet, K. Kopke, "Society of Lloyd's v. Price: Characterization and 'Gap' in the Conflict of Laws", *The South African Law Journal* (2008), p. 62
- (57) Forsyth, p. 86ff.
- (58) Lloyds 事件では振り落とされるものがなかったから, そこまで言及されなかったということかもしれない。
- (59) Kahn-Freund, p. 228ff.
- (60) Forsyth, p. 87
- (61) Falconbridge, "Essays on the Conflict of Laws", p. 70 (1954) (以下, Falconbridge, "Essays" として引用する。)
- (62) ヨハネスブルク大学国際私法担当教授で, アフリカ国際私法研究所所長である。
- (63) Neels 論文は極めて示唆的な論文であるが, 最終的には, 出訴期限法あるいは消滅時効規定は, 南アのように強い時効は実体, 弱い時効は手続と二重の法性決定をするより, 全て実体と考えるほうがよいのではないかということ述べたものである。
- (64) 以下では法性決定の基準として *lege fori* による場合を「法廷地法説」, *lege causae* による場合を「準拠法説」とし, *lex fori*, *lex causae* は proper law (準拠法) となる場合に使用する。そうでないと, 法性決定の基準を言っているのか, 結果として準拠すべき法となった場合を言っているのか紛らわしいからである。
- (65) これは Kühne & Nagel AG Zürich v APA Distribution (Pty) Ltd 1981 3SA536 (W) の事例に当てはまるということである。スイスの消滅時効規定の適用が問題となった事例であるが, 別にアプローチによらなくとも, 世界的に通説となっている法廷地法説でも同じ結論になる。ただ, O'Donovan 判事がスイス法の観点からスイス消滅時効規定の性質をも考慮しているところから, 判決は enlightened *lex fori* あるいは *via-media* アプローチに依ったとされるものである。Neels 論文 pp. 176-177
- (66) *Laurens v. von Hoehne* 1993 2 SA 104 (W) がこれにあたる。
- (67) これにあてはまる事例は南アフリカではまだ見られないということである。
- (68) Neels や Forsyth は *via-media* アプローチが適用されることを前提に論ずるが, Sirko Harder がその論文 "Statute of Limitation Between Classification and Renvoi — Australian and South African Approaches Compared" *ICLQ* vol. 60, (2011) pp. 659-680 で分析しているように, この事案は法廷地法説と準拠法説いずれの立場に立っても,

[佐藤やよひ]

法性決定は異ならなかった事例である。ここで『欠缺』が生じたのは、英国法も南ア法も出訴期限法／消滅時効法につき2種類のを認め、そのために英国出訴期限法は手続、南アの消滅時効法は実体と異なる法性決定されたことに依るものである。したがって、法性決定で準拠法説と法廷地法説での法性決定の結果が異なるために、『欠缺』が生じる場合ではなく、本来 *via-media* アプローチが適用される場面ではないのではないかと考えられる。つまり、単に準拠法の『欠缺』が生じる場合であると Harder は批判するのである。したがって、準拠法欠缺の補充法理に依ることになるが、Harder はそこで A.A. Ehrenzweig が 1967 年発行のテキスト “Private International Law” 103 頁での提唱した residual 理論によることには疑問を呈している。

また、最高裁判決が各段階で競合する法体系の一方のみを見ていることも批判する。つまり、Van Heerden 判事は第1段階で *lex fori* たる南ア法の観点から法性決定し、第2段階で *lex causae* である英国法の観点から英国のきていについてののみ法性決定しているのは、本来いずれの規定をも双方の見地から法性決定をして、その積極的にせよ消極的にせよ衝突する場合にどう解決するかが *via-media* アプローチの考え方なのに、結論は肯定するが、その適用を誤っているというのである。

(69) 南アフリカでは Lloyd's に関し、同様の訴訟が多くなされているがほぼ Lloyd's が勝訴しているようである。Lloyd's のネームとなった当事者についてはかなり同情すべき余地があるようにも思われるが、損害保険市場と同義に使用されるほどの Lloyd's を破滅に追い込むような事態を避けるほうが重要であったと思われる。これがいわゆる “policy consideration” なら、具体的事案によって結論の異なり得ることは当然であろう。

(70) 注 33 参照。

(71) Forsyth p. 91, しかも問題となったのは転致についてである。

(72) パラグラフ(32)

(73) Falconbridge の *via-media* アプローチが比較的形式的になされることについては Forsyth p. 87 にある。

ただ、Falconbridge においては、法性決定の対象は『法規 (rules of law)』とはしていない。彼に言わせると、法性決定の対象は『事実状況から生じる法的問題 (legal question involved in the factual situation)』となる。しかも同じ論文の最後の要約において『抵触法の主題は事実状況から生じる法的問題であり (法律関係あるいは事実関係ではない)』と括弧にいれて “not a legal relation or factual relation” と強調している ((Falconbridge, “Essays” pp. 51, 69)。同書 63 頁では Raape の考え方に賛同して

いるので、抽象的に個々の法規を考慮するのではなく、具体的事案で問題となる有機的関連性を有する法規のグループのようなものを念頭においているのではないかと思われる。各法規は問題によって関連性を有し、グループを形成する規定が異なることから、法体系における context の強調、さらにここでの術語へのこだわりが生じているのだろう。そうすると Wengler のいう性質決定の対象は法規間の『有機的関連性』とする考えに類似の面がある。いずれにせよ、具体的な事案を論じるときには、まさに statute の性質を問題にし、各法体系の文脈におけるその位置付けを探ることを重視しているのだ、南アフリカにおける理解と異なってくるとはいえないように思われる。

- (74) Falconbridge, “Renvoi, Characterization and Acquired Rights” *Canadian Bar Review*, vol. 17, No. 6, p. 396 以下。反致が論理的でないという批判については illogical と unuseful は別物としており、その批判は反致論に対し何の効果もないと見ている。
- (75) この問題に対する解答は以下で論じるが、Falconbridge は、これについては法性決定において厳格に準拠法説に従わなくてはならない場合には、法廷は反致理論を正当化すると述べる。Falconbridge, 前注に挙げた論文の .p. 375 参照。
- (76) この事件については、1891 年に発表された F. Kahn の “Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts” においても紹介されている。また、類似の事件 (Huber v. Steiner, 132 E.R. 80) が英国でも 1835 年に生じている。See Kurt Lipstein “Characterization” *International Encyclopedia of Comparative Law* vol. III, Chapter 5, p. 12 (p. 639) (以下、Lipstein として引用する)。尚、この論文は、後に Kurt Lipstein, “Collection of Essays” に納められている。こちらでの頁数は括弧に入れて記載する。
- (77) Murad Ferid, “Internationales Privatrecht — Ein Leitfaden für Praxis und Ausbildung” (2. Aufl. 1982) s. 90
- (78) Kahn-Freund p. 226
- (79) 太字、下線は筆者による。Kahn-Freund はその 227 頁で “Wolff tries to show” として “try” という動詞を使っているのだ、暗に成功していないと言いたいものと推測する。
- (80) 以下、“Weber” として引用する。
- (81) Wolff のテキストはドイツ語版と英語版は同一のものではない。それぞれ、ドイツ国際私法、英国国際私法に対応するものである。

少し、話は脱線するが、我が国の国際私法研究者の大先輩たちは Wolff の英語版国際私法第 2 版を大変好まれていたようである。筆者が大学院生の時に、山田鏡

[佐藤やよひ]

一教授のゼミナールで講読したのもこの本であったし、溜池良夫教授は介護施設に入所されてもこの本を手元から離されなかった。生前、まだお元気なときに、筆者に「欲しい本があったら何でも持って行ってよい。」と言われたので、「Wolff 第2版をください。」と申し上げると、まさにギョッとされて「これはねー。(暫時沈黙)」と躊躇された。そして「僕が死んだら、君にあげる。」と言われ、その通り、溜池先生の遺産として頂戴してこの論文でも活用している。おそらく、沈黙の間に、眼前の筆者を「こいつはにこにこしながら切り取り強盗をして掌中の珠を奪う気か。」とでも思われていたのであろう(まさに、その通りなのであるが。筆者は第1版を既に有していたが2版を持っていなかったの、溜池先生の第2版を垂涎の眼しで見えていたのである。)

そして興味深いのは、筆者が教えを受けた先生方は準拠法説に反対しているのに、Wolffをよく読まれていて、溜池教授も早田芳郎教授も、茶飲み話の折にWolffの準拠法説について質問をすると間髪をいれず返答があったことである。Wolffの準拠法説を採用する根拠に、法廷地法には無い法律あるいは法制度をどうやって法廷地の立場から分類するのか、できないではないか、というものがあるが、ある日、研究会の帰り道で、早田教授に「どうもこういうことが根拠になり得るのか?」と尋ねた。すると直ちに「それが重要なんだ。そして、それが、池原さん(故池原季雄教授)が第23条(平成元年改正前法例の親族関係の規定)を大切に考えられていた理由なんだ。」と返答されたことを覚えている。

82) Wolff, Martin, "Private International Law" (1945) p. 161

83) この『分類』という訳は、続く英文の"classification"の日本語として使用している。一応"classification"も"qualification, characterization"すべて『性質決定』としてよいのだが、一応、Wolffがここで"classification"を使用し、Forsythや南アの判決は"characterization"を使用しているので、日本語でも後者を「性質決定」あるいは「法性決定」とし、前者は『分類』と訳す。A.H.Robertsonは、法性決定に関する自身の長大な論文に"Characterization in the Conflict of Laws" (1940) (以下、Robertsonとして引用する。)というタイトルをつけているが、米国に初めてこの問題を紹介したLorenzenは"qualification"をタイトルに使用し、Farconbridgeは"Characterization"を使用する。Robertson(上掲23頁)によると、"qualification"は大陸で好んで使用されるという。そしてCheshireとW.E. Becketはといった英国の学者は"classification"を使用するが、これまた、Mendelssohn-Bartholdyの批判的となっている。W.E.Becket "The Question of Classification ("Qualification") in Private International Law "British Year Book of International Law vol.15 (1934) p. 46の注4において「"qualifica-

tion”という英語の言葉では全く異なる意味を伝えることになる」という。おそらく、こういった terminology の相違に、各論者の理論の組み立て方の相違も絡むのであろうが、残念ながら筆者の英語力ではそのような微妙なニュアンスの相違、それから来る理論の相違というものまでは理解できない。ただ、一応、感覚として“classification”という言葉には他の二つよりも categorize のニュアンスが強いように思われるので、日本語訳も『分類』としたのである。なお、ドイツとフランス、特にバルタンの使用する“qualification”については、Weber, Kapitel2, s, 198 を参照のこと。

(84) 斜字・太字は筆者によるものである。

(85) Weber, s. 149

(86) このことは Weber も指摘している。Weber, s. 199

(87) borrowing statute に関しては、すでにこのライヒスゲリヒトの判決が出されたころから立法化されている。それだけ、債務の履行を免れるため、期限の短い州に移り住む者が多かったということであろう。たとえば J. Patrick Green “The Nebraska borrowing statute: A history and Translation” vol. 9 p. 678 には 1851 年のアイオワ州の borrowing statute, 1853 年のオハイオ州, 1855 年のネブラスカ州における同法に言及している。一応、法廷地出訴期限法の定める期間より他州の期間が短いということが条件になっている。なお、borrowing statute の適用が反致を利用したのと同じ結果をもたらすことについて、J.G. Sauveplanne が注(88)の論文で指摘する。Sauveplanne, p. 31

(88) とりわけ、優遇の原則のために反致を、伝統的に反致が認められてきた以上に利用することは 2 版の 204 頁で明確に反対する。Wolff, 2<sup>nd</sup>, p. 147 だが、その“Das Internationale Privatrecht Deutschland”の第 2 版 (1956 年) の 76 頁では、「裁判官がよく知りもしない外国法を誤って適用するよりも自国法を正しく適用するほうがましである。」として実際上の有用性から単純反致を評価している。

(89) RGZ145, 121, Weber, p. 150 参照, ここでは新しい考え方, 国際私法自体説よりも Franz Kahn が名付けた *lex fori* 説による。

(90) しかし、当時の印刷技術および交通・通信手段に鑑みても、ヨーロッパとアメリカの法学界における知識の共有は筆者の予想を上回る速さである。サヴィニーは 1849 年のこの書物で、1834 年第 1 版, 1841 年第 2 版が発行された米国の J. Story の著作 “Commentaries on the Conflict of Laws” を多く引用している。これは Story 自身が Savigny に著作を送付したことにもよるのであろうが、Savigny が System 8 巻の緒言で Story の名前を特に挙げているのもその影響の強さを感じさせられる。Story の

[佐藤やよひ]

著作は後記の Nadelmann によると、その初版ではおよそ 500 の事例、Story 死亡 (1845 年) する前に出版された第 2 版ではおよそ 700 の事例を扱っている。第 2 版で追加されたものには Savigny の「中世ローマ法史 (Die Geschichte des Römischen Rechts in Mittelalter)」からの引用が多く付けくわえられているとのことである。See, Kurt H. Nadelmann “Bicentennial Observations on the Second Edition of Joseph Story’s Commentaries on the Conflicts of Laws” *The American Journal of Comparative Law* vol. 28, no.1 (1980) p. 67ff。Story のこのコンメンタリーでは、17 世紀及び 18 世紀のベルギー・オランダ・フランス・イタリアの学者の著作の引用は多いが、ドイツのものはラテン語に翻訳されたもの以外の引用は少なかったということである。See R. Kent Newmyer “Supreme Court Justice Joseph Story — Statesman of the Old Republic” (1985) p. 297, また、1859 年発行の英国の J. Westlake の “Treatise on Private International Law” ではサヴィニーの考えを随所で紹介している。

又、サヴィニー以前の国際私法に関する規定を有する立法としては、1756 年バイエルン民法、1974 年プロシア一般ラント法、1804 年フランス民法、1811 年オーストリア一般民法典があるが、それらはスタチュータ理論に従うものとされている。フランス民法典 3 条については小梁吉章訳、アラン・レネ著「フランス・ベルギー国際私法の歴史的素描」、*広島法学* 38 卷 3 号 (2015) 91 頁 -123 頁参照。

- (91) この点について Weber は上掲 150 頁でドイツの裁判所がこの問題を認識するのは 1930 年代であるとする。
- (92) 1950 年発行の英語のテキスト第 2 版では “Classification” となっているが、その 147 頁の本文では “Most classifications embody legal rules that are part of the municipal law of the country” とある。したがって、原則として法規を対象とするが、例外を認める余地を残したのかもしれない。
- (93) ドイツ 1934 年判決が法廷地法説に立ったというのは「見識ある裁判官は抵触規定の適用に際して自国の法概念から出発し、適用すべき抵触規定はいずれかを探求する。」としていることによる。しかし、この判決は単に法廷地法説に立つことで満足はせず、法規の「本質と目的」に従って、英独の消滅時効規定の相対的な探求に結びつけ、いずれの国の消滅時効規定も実体的要素と手続的要素を有し、その結果「英国の消滅時効は結果として（実体と手続の）中間的な法であるという意味でドイツ法の消滅時効と一致する」としたのである。Weber p. 151
- (94) Reinhard Zimmermann, “Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription” p. 62
- (95) Ibid.

(96) Lipstein, p. 12 (p. 639)

(97) Ibid, p. 22 (p. 655)

(98) Ibid. この点について R.De Nova は “New Trends in Italian Private International Law” *Law & Contemporary Problems* vol. 28, p. 812 (1963) で “rinvio recettizio” あるいは “rinvio materiale” という言葉を使用しているが、これが Kahn のいう「法性決定における反致 (reivoi de qualifications)」と同じ現象を指しているのか、少し疑問がある。なぜなら、De Nova はそこでは外国法の内国法への「変容 (transformation)」の問題を取り扱っているのであり、国際私法の枠概念の中に準拠法として外国法の概念が取り込まれることを、そのように表現しているからである。このあたり、イタリア国際私法の考え方には、また他の欧州諸国とは異なる点があるのではないかと考えられる。

(99) 但し、我が国の通説では、衆知のように、法律関係の法性決定は国際私法独自の立場からするという事になっている。もっとも、そういいながら結局は法廷地法概念に基づきつつ、国際私法規定の解釈の問題として、実質法からは独立して法性決定をするというもので、いわば Otto Kahn-Freund のいう “enlighted *lex fori*” 類似のものといえよう。したがって、ここではそれをも含めて「法廷地法説」として取り扱う。

(100) 澤木敬郎・道垣内正人「国際私法入門」は現在第7版まで発行されているが、この過程を明確にしている。以下、この第7版を『澤木・道垣内』として引用する。Josef Unger がやはり同様に4段階に分ける。J. Unger, “The Place of Classification in Private International Law” 19 *The Bell Yard* (1937) p. 16 しかし、彼は第3段階を “Application of the rules of Private International Law” と呼ぶ。ここで反致が考慮されることは、日本の通説と同じである。

(101) 我が国で現在、使用されている国際私法のテキストでは、この部分は「『法律関係』の性質決定」という見出しの下に論じられる者がほとんどである。かなり、古い教科書である跡部定次郎「国際私法論 上巻」では大変多くの欧米の学者の説が紹介されているが、にもかかわらず「法律関係」を対象とすることを前提に論じられている（特に第8章「国際私法の将来」262頁以下参照。）そして、池原季雄、山田録一、溜池良夫以下いずれのテキストにおいても、性質決定の見出しは『法律関係の性質決定』となっており、『法性決定』としているものは見かけない。そして、その議論では法性決定の対象について論じられることはほとんどなく、それが『法律関係』であることを所与のものとして、性質決定の『基準』、つまり法廷地法説か準拠法説か、それとも国際私法独自説かといった議論に終始す



[佐藤やよひ]

る。つまり、準拠法決定の最初のプロセスにおける重要な論点が抜け落ちている。我が国の実務および学説ではその点について見解の一致・確立がなされており、とくにテキスト類では我が国国際私法の解釈を叙述するという性格上致し方ないのかもしれないが、この点の意識なしに諸外国の学者のテキストあるいは論文を論点別に拾い読みをすると極めて重大な誤りを犯すことになるのではないかと筆者は考える。本論文では体系的思考の相違を見るので、それが明確にされている各論者のテキストが一番重要となるが、この意味で我が国のテキストの立場については、読者諸氏には周知のものとして論じている。

また、法性決定の対象は何か、という問題では、単に『法律関係』と『法規』と2分類して論ずるが、これも著者によって様々な表現がなされている。しかし、大きく分けてこの2つに分類されると考えられるので、本論文では各論者のその点のこだわりは捨象して論じている。この論者による法性決定の対象の相違については Robertson, p. 59ff.

- (102) つまり「特別連結論」が考えられる場合である。しかし、このような規定をその内容と適用意思から別個に連結するという考え自体、本来、管轄選択的に準拠法として指定された外国法全体を適用しようとする考え方とは、本来なじまないものである。
- (103) 澤木・道垣内においては97頁に見られるように、国際私法各規定に応じた単位法律関係の大きさが送致範囲として準拠法に事案を「送致」する範囲をも決定するという考えを取るが、第一次法性決定でそこまで範囲を確定すると、管轄選択のメリットが失われ、かえって無用な法の衝突をもたらすのではないかと危惧する。
- (104) “Selected Essays on the Conflict of Laws” (1963) pp. 107, 163, 180, 189, 582, 620, 726
- (105) Lipstein は “qualification” を使用するが、Robertson は “characterization” を使用する。また、“secondary” を利用する代わりに、“subsequent” を使う者もいるようである。
- (106) 山田鎌一「いわゆる第二次法性決定について」国際私法の研究(1969年)所収。8頁以下。
- (107) 同上31頁
- (108) Robertson, pp. 282-283
- (109) Robertson はその94頁において Joseph Unger が日本に於ける通説と同じく4段階に分けていることを説明して、それに賛同する。つまり、第1段階での法性決定、第2段階で連結点の決定、第3段階で準拠法の選択、第4段階で準拠法の適用範囲の画定とその適用としていることに賛同するが、論文の目的が法性決定であり、その関係で反致も論ずるところから3段階に分けるのがよいとしたとする。

- (10) 注(9)に挙げた山田鐮一教授の論文は、この第2次法性決定というプロセスは「準拠法の適用」の問題であり、それに尽きるのであって、わざわざ独立した概念を持ちして論ずる必要のない『誤り』であるということ論じたものである。つまり、“delimitation”は“application”に吸収されるべき問題だというのが、教授の主張ということになろう。
- (11) その際、しかも第1段階における法性決定の対象を「事実的状況 (factual situation)」とし、63頁では、第一次法性決定の対象を「事実的状況 (factual situation)」とするのが一番良い表現 (the best expression) であるとしている。
- (12) Robertson, pp. 17, 118
- (13) Robertson, p. 122. 法廷地法と準拠法中のそれぞれの出訴期限規定／消滅時効規定の定める期間を、問題となる事案がいずれも徒過している、あるいは徒過していない場合は、重複適用は問題とならないが、いずれか一方の期間は過ぎていのに他方は過ぎていないという場合の処理が問題となるはずである。重複適用では徒過しているとすべきなのか、それとも反対にすべきなのか、その処理については不明である。ただ、後述するように、実体が手続かを区別する線引きは柔軟にされるようであるから、そこで調整可能と考えているのかもしれない。
- (14) Robertson, p. 253 1882年のライヒスゲリヒトの判決に対して、筆者の見た限り、最も好意的な態度を示しているといえる。
- (15) Robertson, p. 233
- (16) Robertson, p. 75
- (17) A. H. Robertson “A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws” Harvard Law Review vol. 52, p. 747 (1938-1939)
- (18) Falconbridge, Essays, pp. 50-53. 面白いのはここにおいて Falconbridge も「第一次法性決定 (preliminary characterization) という言葉を使用していることである。
- (19) Falconbridge は結論として、反致は『本質的に非論理的であり、結果としても不満足なものである (“intrinsically illogical, and unsatisfactory in its results”)』とする。Falconbridge, “Renvoi and Succession to Moveables” Las Quarterly Review vol. 46 (1931), p. 485
- (20) J. Georges Sauveplanne, “Renvoi” International Encyclopedia of Comparative Law vol. III, Chapter 6, p. 6 (以下、Sauveplanne として引用する。)
- (21) “Der Renvoi im Internationalen Privatrecht” (2001) ss.19-25
- (22) Ibid. p. 24, 1880年5月8日 Lucca 控訴院の Samama 事件において訴訟代理人となったことがきっかけということである。事案は遺言の形式的有効性に関するも

[佐藤やよひ]

のである。

(123) Forsyth, p. 34

(124) W. Wengler は “Die Beachtlichkeit des Fremden Kollisionsrechts” Internationales Recht und Diplomatic (1956) ss. 65-66.

(125) W. Wengler もほぼ Quadri と同じ考え方である。

(126) 『棄権論』は、我が国で扱われているような反致を支持する理論ではなく、むしろ反致に反対する立場から唱えられているものである。Wengler や Quadri が反致反対論者と言われるのは、彼らが法規の方から見た国際私法理論を構築し、特に Quadri は一方主義を貫徹しようとするところから、反致に反対する。注 90 で挙げた De Nova の論文 p. 818 参照。さらに、棄権論については、Forsyth p. 96, 及び注 112 に挙げた J. Georges Sauveplanne 論文 p. 7 以下も参照のこと。

(127) 『理論 (doctrine)』というより『方法 (method)』である。したがって、ある意味、国際私法について internationalism であろうと nationalism の立場に立とうと、利用可能な便利なものであるといえるのかもしれない。このことについては Joseph Henry Beale “A Treatise on the Conflict of or Private International Law” (1916) p. 89 にフランスの Vareilles -Sommieres の言葉として以下のように紹介されている。「Savigny のいわゆる理論 (doctrine) は理論 (doctrine) ではなく、単に方法 (method) にすぎない。そして方法 (method) は『論理的に適用されると、statute の理論の全ての部分を再構成することになる。』と。筆者もその通りだと考える。準拠法決定のための極めて単純化した思考方法を見出したものだと感じ、サヴィニー型国際私法が 1 世紀を経ずして多くの国で採用されたのは、『誰にでも使える思考過程』としての技術であると感じる。勿論 Savigny 自身の考えの背後にはローマ法を基礎とする歴史法学の考えが厳然として存在しているとしても、これは方法論としてあらゆる思想から中立的に利用できる思考用道具である。つまり、上手に使わないとダメということである。

(128) しかし、これにより抵触規定による各国法の適用範囲と各国法の事項的適用範囲の関係という問題が出現する。これが Robertson 達の主張する第二次法性決定の問題となるが、第一次法性決定と第二次法性決定をすべき問題の振り分け方は各論者によって異なる。例えば、①実体か、手続か、②能力か、方式かという二つの場合についていうと、Falconbridge は二つとも第 1 次法性決定の対象となるのに対し、Cheshire は①は第二次法性決定の対象であるのに対し、②は第二次法性決定の対象とする。それに対し、Robertson はいずれも第二次法性決定の対象とする。Robertson, pp. 119ff.

(129) Sauveplanne, p. 30

(130) 彼は、4番目として先決問題の場合も挙げているが、結局それは本問題とは同一の問題に対して外国抵触規定の適用が問題となる場合ではないので、異なる問題とする。Robertson, pp. 96-97

(131) Ibid. p. 230

(132) Ibid. pp. 97-98, pp. 229-234. ちなみにここでいう『属地的に連結する』あるいは『属人的に連結する』という表現であるが、Robertsonの表現では、“choice of law rule on a territorial connection”あるいは“A choice of law rule is territorial (or personal)”となる。かれは、その98頁において以下のように述べる。「法選択規則は、あるタイプの事例については、その管轄領域である種の出来事が生じたときに、その法体系を適用するよう指定しているときには属地的 (territorial) である。例えば、不法行為責任は侵害地の法によって支配されるとする規定は、この意味において属地的 (territorial) である。なぜなら、それは連結素 (determining factor) として侵害地—属地的概念 (a territorial concept) —を使っているからである。他方、法選択規則は、あるタイプの事例については、問題となっている人が服する (ドミサイルあるいは国籍のゆえ) 法体系を適用するよう指定するときには属人的 (personal) である。例えば、動産の相続は被相続人のドミサイルのある国の法によって支配されるとする規定は、この意味において属人的 (personal) である。なぜなら、それは連結素 (determining factor) として被相続人のドミサイル—属人的概念 (a personal concept) —を使っているからである。」

確かに、一見すると、我々はサヴィニー型の国際私法への転換によりスタチュータ理論を克服したように見えるが、家族法分野のことを今なお『属人法分野』と称するように、どのような連結点を利用して抵触規定を立法するかに際し、そこで準拠法として適用される実質法が属人的な適用範囲を有するとするのがふさわしいのか、それとも属地的な適用範囲を認めるのがふさわしいのかを考慮して、連結点を選んでいるといえよう。その意味で、法規分類学説は今なお国際私法理論の根底に潜んでいるといえよう。

(133) これが Beale が反致に反対する理由である。Beale, op. cite. at p. 77

(134) 千葉地判平成9年7月24日判時1639号86頁

(135) 行為規範性については、注123のWengler, s. 66ff

(136) 国際私法の理論的構造から離れて、この「判決の国際的調和」の原則を達成するために反致の活用を考えるという立場を強調すると、法性決定とは独立した反致論の展開も可能となろう。