

## 地域的に条件づけられた外国実質法規の適用

横 山 潤

準拠法が外国法であるとき、外国法が事案にたいして適用を「欲する」か否かは、わが国際私法上、考慮されない<sup>1)</sup>。すなわち、外国実質法規を適用するとしても、当該外国の国際私法法規がその実質法規にたいして付与する地域的適用範囲に、事案が入る、ということが、その適用条件となるものではない。準拠法たる外国法上の実質法規にたいして地域的適用範囲を付与するのは、わが国の国際私法法規である。もし、こういった理解が一般的に承認されてきたとすれば、その理由の一つは、次の点に求められよう。すなわち、諸国の実質規定は、通常、その地域的適用範囲を自ら特定していない、という点である<sup>2)</sup>。実質規定がそのような立法形式をとる限り、上の理解に従いつつ、一つの外国実質規定を、一個の法規として、その趣旨通りに適用することに、困難はないからである。しかし、実質規定が、つねに立法技術上、その地域的適用範囲に

---

1) 久保『国際私法概論』1954年・71頁、江川『国際私法』1970年・67頁などを参照。

2) 折茂「国際私法の本質」『国際私法講座Ⅰ』1953年・22頁は、「……地域的適用範囲が、或る法の規定の実質的内容として定められているということは、たしかにありうることであろう。たとえば、『これこれの地域において、しかじかの行為をしたものは……』という形でそれが規定されているときの如くである。しかし、人も知るように、私法の規定は、むしろ原則として、そのような形をとってない。例えば日本民法3条は『満20年ヲ以テ成年トス』と規定しているけれども、そこには、その地域的適用範囲如何ということは、別段明らかにされていないのである」と言われる。

3) この種の実質法規には、諸国の学説上、様々な名称が与えられてきた。『地域的に条件づけられた実質法規』“spatially conditioned internal rules” (Nussbaum, *Principles of Private International Law*, 1942, 70—73) 『自己制限的法規』“norme autolimitate, self-limiting rules” (De Nova, “Norme autolimitate e autonomia delle parti”, in *Multitudo Legum, Ius Unum*, Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. Geburtstag, II, 1973, 617—634; “Self-limit-

たいして「中立」であるわけではない。実質法的法律効果を定める規定自体が、明文により、特定の地域的要素をその法律要件としていたり、あるいは、実質規定の適用を地域的に条件づける規定が、特別に設けられることがある<sup>3)</sup>。そして、外国の実質規定が、このような形式で立法されることは、今日では無視できる程度に稀なことではない、と言われている<sup>4)</sup>。

いま、その適用について自ら地域的条件を設定するすべての実質規定を『自己制限的規定』と呼称しよう<sup>5)</sup>。外国の国際私法法規が同一法秩序の実質法規

---

ing Rules and Party Autonomy”, in Scritti di diritto internazionale privato, 1977, 407—425), 『自己の適用範囲を画定する法規』“normes fixant leur propre domaine d’application, norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia” (De Nova, “Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d’application”, in Scritti, 353—381; “I conflitti di leggi e norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia”, Dir. int., 1959, I, 13—30), 『機能的に限定された実質法規』“functionally restricted substantive rules” (De Nova, “Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules” in Scritti, 387—395), 『立法上地域が特定している法律』“legislatively localized laws” (Cavers, The Choice of Law Process, 1965, 225—232), 『独善的実質法規』“selbstgerechte Sachnorm” (Kegel, “Die selbstgerechte Sachnorm”, in Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig, 1976, 51—87) などという呼称である。この種の法規の特定のものは、同一法秩序の国際私法法規が内国法を指定すると否とを問わず適用される。必ず適用される、という側面をとらえて、これらの法規は、『必須的適用の法規』“norme di applicazione necessaria” (Sperduti, “Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico”, Riv. dir. int. priv. proc., 1976, 469—490) とか、国際私法法規の適用を介さず適用されるという意味において『直接適用法』“lois d’application immédiate” (Francescakis, “Conflits de lois (principes généraux)”, Encyclopédie Dalloz, Droit International, I, Conflits de lois nos. 96—149) などとも呼称される。他方で、実質法規の適用を地域的に条件づける特別の法規にもまた、例えば『地域的特定化を行う法規』“localising rules” (Kelly, “Localising Rules and Differing Approaches to the Choice of Law Process”, I.C.L.Q., 1969, 244—274) という名称が付与されている。イギリスの制定法上存在するこの法規を抵触法規と解し、『個別的法選択条項』“particular choice of law clause” (Morris, “The Choice of Law Clause in Statutes”, L.Q.R., 1946, 170—185) という名称を付与するものもある。

- 4) イギリスの制定法について、Lipstein, “Inherent Limitations in Statutes and the Conflict of Laws”, I.C.L.Q., 1977, 884 を参照。
- 5) 明文上、その地域的な条件づけが行われていない場合にも、特定の法規については、当該法規に固有の地域的限定が構成される、と主張されることがある (cf. Lipstein, *ibid.*, 885)。しかし、本稿においては、便宜上、地域的要素が明定されている規定のみを考察の対象としたい。

に付与する地域的適用範囲を原則として考慮しないとしながら、他方で、外国の『自己制限的規定』をその趣旨通りに適用することは可能であろうか。そういった形で適用することは、外国法をその「欲する」限りににおいて適用することを意味しないであろうか。例えば、1924年の英国海上物品運送法は、「イギリス国内の港湾から」物品運送がなされた場合の船荷証券にたいして適用がある、とされている<sup>6)</sup>。もし、イングランド法が契約準拠法であり、その海上物品運送法を適用する場合、わが国の裁判所は、「イギリス国内の港湾から」という地域的要素を考慮することができるであろうか<sup>7)</sup>。

本稿の目的は、上に述べた通説的理解を前提とした場合に、外国の『自己制限的規定』はどのように適用されるか、を明らかにするところにある。この目的のために、『自己制限的規定』を次の三つに分類し、その各々を順次検討することにした。すなわち、(Ⅰ)一方的牴触法規を含有する実質規定、(Ⅱ)地域的要素をその固有の内容とする純粋な実質法規、(Ⅲ)必須的適用の規定、である。

## Ⅰ 一方的牴触法規を含有する実質規定

準拠外国法上の国際私法法規を考慮し、外国法が適用を「欲する」限りににおいて、その適用を認める場合には、準拠法規の欠缺が生ずる可能性がある。『自己制限的規定』の中にも、その地域的要素の考慮、つまり、当該『規定』

---

6) Carriage of Goods by Sea Act 1924, s.1.

7) 神戸地裁昭和45年4月14日判決・判タ288号283頁は、1924年の英国海上物品運送法を適用するについて、次の判断を示した。すなわち、英国法が契約準拠法であることを確定した後、「船荷証券に関する各国法規の統一を目的とした条約を国内法化したのが1924年英国海上物品運送法であり我国の国際海上物品運送法であるから、同法(わが国の国際海上物品運送法——筆者)を準拠法とみなして差支えがない」と。英国海上物品運送法を適用するかわりに、わが国の国際海上物品運送法を適用した点については、批判のあるところである(石黒・ジュリスト580号138—139頁を参照)。現実にも、英国海上物品運送法の1条の規定とわが国の国際海上物品運送法の1条の規定とは、その内容において相違している。もし、同裁判所が、正しく英国海上物品運送法を適用したとすれば、本文に指摘した問題に直面した、と思われる。

をその趣旨通りに適用することが、準拠法規の欠缺という事態を惹起するものがある。

その地域的要素が、既存の国際私法規をいわば確認する性質のものであれば、そのような事態が発生しうるのであろう。例えば、1977年のMarriage(Scotland) Actの1条1項は、「スコットランドに住所を有する者は、16歳にならなければ婚姻することができない」、と定めている。この規定を「スコットランドにおける住所」をその地域的要素とする『自己制限的規定』と考えることが許されよう。ところで、スコットランド法上、次の趣旨のコモン・ロー上の牴触法規（と考えられるもの）が存在している。（外国あるいはスコットランドにおいて挙行される）婚姻の実質的成立要件は、当事者の住所地の法による、という法規である<sup>8)</sup>。このコモン・ロー上の牴触法規の存在にもかかわらず、なぜ上の規定は、「スコットランドにおける住所」という地域的要素を有しているのであろうか。当該規定の他に、「スコットランドにおける住所」とか「スコットランドにおける基金」などという表現が制定法上頻りに使用されることにつき、次の指摘がなされている。すなわち、（スコットランドの）裁判所には、涉外的要素を含む事案においてすら、制定法を字義通りに（つまり、その規律対象があたかも空間的に無制限であるかのように）適用しようとする傾向がある。そのため、通常の（つまりコモン・ロー上の）牴触法規を保護することを目的とする条項を制定法に挿入する必要がある、という指摘である<sup>9)</sup>。もし、

8) Anton, *Private International Law*, 1967, 276—283.

9) *Ibid.*, 16—17.

10) この規定は、Morris, *op. cit.*, 170 のいわゆる『個別的法選択条項』をもつ制定法上の法規の例であろう。もっとも、すべての個別的法選択条項が、コモン・ロー上の牴触法規を確認する性質のもの、というわけではない。例えば、1977年のMarriage (Scotland) Actの1条2項は、「スコットランドにおいて挙行されたものであって、当事者の一方が16歳未満である婚姻は、無効とする」と規定している。この規定は、「婚姻の実質的成立要件については、婚姻挙行地法の定める要件もまた充足されなければならない」という趣旨の牴触法規を制定法上採用したものと観察される。しかし、この趣旨の牴触法規は、いくつかの少数意見および学説によって支持されていたにすぎないようである（Anton, *op. cit.*, 278—279 を参照）。

11) コモン・ロー上の牴触法規を確認するにすぎないとすれば、『個別的法選択条項』よりも双方向的な『一般的法選択条項』“general choice of law clause”がなぜ採用されなかったのか。この点は必ずしも明らかではない。Marriage (Scotland)

この指摘が、Marriage (Scotland) Act 1 条 1 項の規定についても妥当するとすれば、「スコットランドにおける『住所』」という地域的要素は『住所』を連結素とする上述したコモン・ロー上の抵触法規を、婚姻年令の問題について確認したにすぎない、と考えることが許されよう<sup>10)11)</sup>。そうだとすれば、問題となっている規定は、次の二つの法規に分割できるのではないか、と思われる。「スコットランドに住所を有する者の婚姻年令については、次の法規による」(抵触法的部分)。「16歳にならなければ、婚姻をすることができない」(実質法

Act は別として、『個別的法選択条項』が採用される一つの理由は、次の点にあるかもしれない。すなわち、外国法の適用については、別の法選択の基準をコモン・ロー上発展させることが望ましい、という考慮である。例えば、Legitimation (Scotland) Act 1968 の 1 条は、婚姻準正に関する規定であるが、「嫡出子となるべき者の父が、婚姻当時スコットランドに住所を有している」ことを要件としている。しかし、その草案においては、このような『個別的法選択条項』ではなく「婚姻準正については婚姻当時の父の住所地の法律による」という『一般的法選択条項』が採用されていた。そして、この双方向的な抵触法規は、コモン・ロー上も確立していたようである。それにもかかわらず、最終的に『個別的法選択条項』の採用に至ったのは、次の点が配慮されたから、と言われている。すなわち、Indyka v. Indyka [1969] 1 A. C. 33 によって示されたアプローチをとることにより、外国法の選択については、別の基準を裁判所が発展させることが望ましい、という点である(なお、この点については、エディンバラ大学の R. D. Leslie 氏の御教示を頂いた)。

- 12) いわゆる国際私法法規は、同一法秩序の実質法規にたいして独立した一個の法規ではないと解する立場がある。この立場によれば、これらの法規は、次のような関係をもつものと理解される。すなわち、いわゆる実質法規は、同一法秩序のいわゆる国際私法法規によって『適用可能性』を付与される必要はない。その本来的な効力として、直接的に適用されるのである。他方で、一定の時・空に位置づけられる人の行為を規律する限りにおいて、いわゆる実質法規は、その時間的・空間的適用範囲が前もって決定されていなければならない。さもなければ、それは、完全な法規(すなわち、『行為規範』)とは言えない。いわゆる国際私法法規は、一定の事項を実質的に規律する法規の一部なのであり、それは、法廷地国のいわゆる実質規定の人的・場所的適用範囲の基準を画定する任務をもつのである、と(Picone, *Norme di diritto internazionale privato e norme materiali del foro*, 1970, 7—8)。
- 例えば、Qnadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1969, 322 は、イタリア国際私法 17 条および 19 条とイタリア民法 2 条は、各々別個独立の法規ではなく、「イタリア国民およびイタリアに居所を有する無国籍者は、第 21 年の完了をもって、成年となる」という一個の法規の部分を構成する、と言う。すなわち、いわゆる国際私法法規と実質法規とが別々に規定されていても、そのことは、立法技術上の要請以上の意味をもつものではないことになる。こういった理解を採る立場からは、本文に述べた Marriage (Scotland) Act 1 条 1 項の規定は、(ほぼ)完全な一個の法規であり、

的部分)である。

つまり、『自己制限の規定』の中には立法技術的には一個の規定であっても、その適用については、二個の法規として、すなわち抵触法的部分と実質法的部分を含むものとして考察すべきものがあることになる<sup>12)</sup>。そして、外国のこの

---

まさしく立法技術的にもその理解を裏づける規定ということになろう。この立場に立つ見解としては、(i) Quadri, *ibid.*, *passim*; Pilenko, “Le droit international privé dans le projet du nouveau code civil français”, *Rev. hellén. dr. intern.*, 1953, 320 など(国際私法法規の唯一の機能は、内国実質法規の適用範囲画定にある、とする立場)。(ii) Sperduti, *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, 1967, 69ss.; Picone, *op. cit.*, 7—10, 14—20, 72—87 など(国際私法法規は、内国実質法の適用範囲を画定すると同時に、外国法の指定という機能をもつ。その場合の外国法は、それが適用を欲する限りにおいて適用される、とする立場)。なお、法廷地国の国際私法法規と実質法規との関係についての言及するものとしては、Quadri, “Funzione del diritto internazionale privato”, in *Studi critici di diritto internazionale*, I, 1958, 42—50; Siehr, “Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht”, *RabelsZ*, 1973, 475—476 がある。

この立場にたいして疑問があるのは、次の点である。すなわち、契約の成立・効力に関する実質法規の適用範囲を示す基準は何か。あるいは、当事者の意思は、これらの実質法規の適用範囲を画定するか、という点である。例えば、Quadri に従えば、準拠法規が選択されるためには、原則として次の二つの要件が充足される必要がある。①問題となっている法規が、事案にたいして適用を「欲する」こと。つまり、事案が当該法規の適用範囲に入ること。②当該法規所属国に、当事者が心理的に帰属していること。当事者が心理的に帰属しているというためには、多くの場合、次の意味で当該国が「実効的」であること。すなわち、当該国が、問題となっている法律関係の形成にたいして主要な・排他的な影響を及ぼす、という意味である (Quadri, *op. cit.*, 151, 155—157, 203—239, 253, 292—293)。他方で、Quadri にとって、契約当事者による準拠法の指定とは、次の意味をもっている。すなわち、契約当事者が指定する法が、實際上、準拠法規となるとしても、それは、彼らに準拠法指定という権能を付与した結果ではない。契約当事者による準拠法の指定は、彼らが当該法秩序の観点から自らの行為を観念すること、つまり、当該法秩序の法律に従ってその行為を法的に評価することにより、当該法秩序に心理的に帰属したという彼らの判断を示すにすぎない (Ibid., 157—161)。従って、当事者による準拠法の指定は、この見解においては、②の要件充足の可否を判定する材料としての意味をもつ、と観察される。もしそうだとすれば、①の要件充足の可否は、何によって判定するのであろうか。この点、つまり、契約の成立・効力に関する実質法規の適用範囲を示す基準は何か、という点について、Quadri は、何ら言及していないようである (なお、同じく一方的抵触主義の立場から、Gothot, “La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, 7 は、これらの法規は、契約の一貫性を保証するという要請から、純粋に国内契約をその適用範囲に収める以外に、画定された適用範囲を有する

種の『規定』に関する限り、その牴触法的部分を考慮することは、外国法の適用意思の考慮を意味することになるのではないか、と思われる。牴触法的部分と通常の一方的牴触法規とは、次の点で相違するにすぎないからである。すなわち、後者が、一定事項に関するすべての実質法規群を指定するのにたいし、前者は、個別の実質法規（あるいは同一規定中の実質法的部分）のみを指定する、という点である。そこで、わが国の国際私法上、外国法の適用意思を考慮しないとすれば、ここで問題となっている外国の『自己制限規定』の牴触法的部分もまた考慮すべきではあるまい。例えば、Marriage (Scotland) Act 1 条1項の規定を、わが国では、次のように適用すべきものと思われる。

- (a) イギリス国民であってスコットランドに『住所』を有する者の婚姻年令。

この者の婚姻年令は、16歳である。けれども、それは、当該規定をその趣旨通りに適用して得られた結果ではない。適用されるのは、当該規定の実質法的部分である。

- (b) イギリス国民であって、『住所』を日本に有する者の婚姻年令。この場合には、「(外国において举行される) 婚姻の実質的成立要件は、当事者が『住所』を有する地の法律による」というコモン・ロー上の牴触法規（と考えられるもの）に従い、反致の成立を認め、日本法によることが可能であろう<sup>13)</sup>。

- (c) イギリス国民であって、イギリス以外の第三国に『住所』を有する者の

---

ものではない、と言う)。

- 13) 双方的牴触法規が、個別的な法選択条項の解釈によって導かれる場合には、この双方的牴触法規に従い反致を認めることは可能であろう。しかし、イングランドあるいはスコットランドの制定法に関する限り、このような解釈による双方化は、原則として不可能であろう。というのは、これらの法秩序においては、コモン・ローが原則であり、制定法は明文上画定された領域のみをカバーすることのできる例外、と考えられているからである (Mann, "Statutes and the Conflict of Laws" B. Y. B. I. L., 1972—73, 120—121を参照)。もっとも、外国法の指定を行う (一方的) 牴触法規が、同一の制定法上設定されておれば、この牴触法規に従って反致の成立を認めることになる。例えば、イングランドの Legitimacy Act 1926 の8条は、「婚姻準正については、父がイングランドまたはウェールズに住所を有しないとき、婚姻当時における父の住所地の法律による」、と定めている。なお、この点については、Kahn-Freund, "General Problems of Private International Law", Recueil des Cours, 1974—Ⅲ, 236—242 を参照。

婚姻年齢。上のコモン・ロー上の牴触法規に従えば、第三国法が指定される。けれども、法例上、転致が認められないとすれば<sup>14)</sup>、適用されるのは、当該規定の実質法的部分である。

## II 地域的要素をその固有の内容とする純粋な実質法規

いま、明文上では、地域的要素を法律要件としていない実質規定を問題としよう。同一法秩序の国際私法法規により渉外的事案にたいする適用可能性が付与されたとすれば、そのことから当然に、当該実質規定は渉外的要素を有するすべての事案を規律対象としうるであろうか。常にそうであるとは断定できない。例えば、ドイツ民法313条は、「当事者の一方が不動産所有権を譲渡する義務を負担する契約は、裁判上または公証上の証書作成を必要とする」、と規定している。この規定自体は、明文上なんらの地域的要素も含有していない。しかし、この規定を渉外的事案に適用する上で、次の点が問題となりうるであろう。すなわち、かりに不動産所有権の譲渡契約の締結地がドイツであるとすれば、ドイツ民法施行法11条の規定により、当該契約の方式の問題については、ドイツ法が準拠法となる。かくして当該実質規定が適用可能となるとしても、それは、およそドイツ法が準拠法となる限り渉外的要素を有するすべての事案に適用されるのか、あるいは、問題となっている不動産がドイツに所在する場合にのみ適用されるのか、という点である<sup>15)</sup>。この点の判断は、当該規定の目的が、「不動産がドイツに所在する」という地域的要素を要求するか否かに、依存するのではあるまいか。つまり、明文上、地域的要素を含有していない実質規定であっても、その立法目的を考慮することにより、特定の地域的要素を当該規定に固有の内容として構成することが必要な場合が存在する、と考えられる。留意すべきは、この構成が、国際私法法規により指定された実質法規の解釈の問題である、という点である。

14) 例えば、池原『国際私法（総論）』1973年・217頁を参照。

15) Mann, "Kollisionsnorm und Sachnorm mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal", in Festschrift für L. Raiser, 1974, 508 を参照。



そこで、もの地域的要素を明文上含有していない実質規定について上の観察が正当とすれば、『自己制限的規定』の中にも、次のものが存在する、と考えることが許されるであろう。すなわち、その明示された地域的要素は、実質法規たる当該『規定』の目的から考えて、必要不可欠な法律要件である。そして実質法規である限りにおいて、渉外的事案への適用は同一法秩序の国際私法法規の適用を論理的前提とする、というものである。この種の『自己制限的規定』である限りにおいて、その地域的要素は、抵触法的意味における地域的適用範囲を示すものではない。もし、それが法規の抵触を解決する機能をもつとしても、それは、次の意味においてであろう。すなわち、同一法秩序の中に、同一事項を規律しうる他の実質法規が存在するとき、『自己制限的規定』を忠実に適用するかぎり、当該地域的要素は他の実質法規にたいしてその規律対象を画定することになる、という意味である。例えば、わが国の国際海上物品運送法は法例7条の適用を前提としている、とすれば<sup>16)</sup>、同法1条の規定する地域的要素は、同法と商法の関連規定との規律対象を画定する機能をもつ、と言えるであろう。

純粋な実質法規としての『自己制限的規定』の例は、必ずしも多くはないようである。ここでは、二つの規定をあげることにする。①昭和22年の（法222号による）改正まで、わが国の民法450条1項は、保証人が「債務の履行地を管轄する控訴院の管轄内に住所を有し又は仮住所を定めたること」を必要とするという規定を有していた。債権者による訴訟提起を容易にし、もって保証利益を享受させる、という目的から、保証人が控訴院の管轄内つまり国内に住所または仮住所を設けることを、保証人の資格要件としていた。従って、日本法を準拠法とする一定の保証契約の成立には、この場所的要件の充足が必要であった、と考えられる<sup>17)</sup>。②もう一つの例としては、ドイツ民法1944条3項をあげることができよう。この規定によれば、被相続人が最後の住所を外国に有し

16) 例えば、田中（誠）＝吉田『コンメンタール国際海上物品運送法』1964年・62—63頁、山戸「海事債権」『国際私法講座Ⅲ』1964年・769頁を参照。

17) これと同趣旨のドイツ民法239条規定につき、Ferid, “Im Ausland erfüllte Tatbestandsmerkmale inländischer Sachnormen”, GRUR Int., 1973, 473を参照。

ていた場合、または、相続人が相続の放棄期間開始当明、外国に居所を有している場合には、相続の放棄の期間は6カ月となる。この規定の立法目的は、遠隔にある当事者の便宜を考慮して、同条1項が定める6週間という期間を延長するところにある、と推測される。被相続人の「外国における最後の住所」および相続人の「外国における居所」という地域的要素は、もしこれがなければ、同条3項の規定の存在意義が失われる、という意味において、この規定に不可欠な地域的要素と考えられる<sup>18)</sup>。

この種の『自己制限的规定』が準拠外国法上存在する場合には、当該『規定』は、その趣旨通りに適用されなければならないであろう。その地域的要素を無視して適用することは、当該『規定』をいわば歪曲して適用することを意味する、と思われるからである。そこで、もし1924年の英国海上物品運送法が、イングランド国際私法上、同国法が契約準拠法である限り適用されるものとするれば<sup>19)</sup>、つまり、その1条の定める地域的要素が同法に固有の内容であるとするれば、当該地域的要素は、我国においても考慮されることになる。これを無視し、例えば、当該地域的要素が存在しない場合にも同法を適用することは、同じく運送人の責任に関するコモン・ロー上の法規との関連において、同法を歪曲して適用することを意味する、と思われる。

### III 必須的適用の規定

特定の地域的要素が存在する場合には、同一法秩序の国際私法法規が指定する準拠法のいかんを問わず、必ず適用さるべき『自己制限的规定』が存在する。この種の規定をここでは、『必須的適用の規定』と便宜上呼称しよう。さて、外国の『必須的適用の規定』をその趣旨通りに、内国において適用できるであ

18) Kegel, op. cit., 63; Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 1976, 99 を参照。

19) Carver, Carriage by Sea (British Shipping Laws Vol. II), 12th ed., 1971, paras. 310—311; Mann, "Statutes and the Conflict of Laws", B.Y.B.I.L., 1972—1973, 125; cf. Morris, "The Scope of the Carriage of Goods by Sea Act 1971", L. Q. R., 1979, 63.

ろうか。すなわち、当該『規定』が含有する地域的要素は、内国において考慮されうるものであろうか。例えば、もし英国海上物品運送法は、物品運送が「イギリス国内の港湾から」なされるものである限り、必ず適用されなければならない法律、とすれば<sup>20)</sup>、「イギリス国内の港湾から」という地域的要素を、わが国において、考慮することができるのであろうか。

この問題への解答は、『必須的適用の規定』の地域的要素をいかなる性質のものとして理解するか、に依存すると解される。この点につき、諸国の学説は、大別して次の二つに分類できる、と思われる。すなわち、第一に、『必須的適用の規定』の地域的要素に牴触法的性質を付与する見解。第二に、少くとも、外国の『必須的適用の規定』に関する限り、その地域的要素は実質法規たる当該『規定』の一部と解する見解である。

《地域的要素に牴触法的性質を付与する見解》

この見解を明瞭に採用するのは、Balladore Pallieri と Kegel である。

(Balladore Pallieri の見解)

Balladore Pallieri によれば、国際私法法規の法律要件と法律効果は、各々、次のように理解されている。すなわち、その法律要件とは、ある法的状況が存在すると外国法によって評価されたという事実であり、その法律効果とは、当該事実が認められるとき、当該法的状況と類似の法的状況が内国において発生すること、である。例えば、「人の……能力……は、その本国法による」と定めるイタリア国際私法17条の規定は、次のように理解される。つまり、その本国法により、ある外国人が例えば成年と評価されるという事実があるならば（法律要件）、内国において当該外国人は成年である（法律効果）、という法規である。この見解によれば、国際私法法規は、いわゆる実質法規と同種の法律効果（実質法的法律効果）をもち、外国法規は法律要件たる事実を構成するものとして意義を有することになる<sup>21)</sup>。ところで、いかなる事実が、国際私法

20) Scrutton, *Charterparties and Bills of Lading*, 18th ed., 1974, 404—413; Dicey and Morris, *Conflict of Laws*, 9th ed., 1973, 727, 822.

21) Balladore Pallieri, *Diritto internazionale privato*, 2ed., 1950, 36—44; *Diritto internazionale privato italiano*, 1974, 36—47.

規の法律要件たりうるか、という問題は、当然のことながら、当該国際私法法規を定立する内国立法者によって決定される性質のものである。つまり、法律要件たる事実を、その牴触法規をも含め外国法全体から構成するか、あるいは、その実質法規のみから構成するかは、実定国際私法の解釈に依存する、と主張される<sup>22)</sup>。そして、外国の『必須的適用の規定』が有する地域的要素の考慮いれども、この視座から解決さるべきものと考えているようである。すなわち例えば、イタリア国際私法上外国国際私法法規つまり外国法の適用意思は、その30条の規定により、意義を有しない。もしそうだとすれば、外国の『必須的適用の規定』が自らの適用範囲についても判断もまた、イタリア国際私法上、無関係であると言われている<sup>23)</sup>。

#### (Kegel の見解)

この見解によれば、ここにいう『必須的適用の規定』は、地域的要素によって構成される牴触法的部分と実質法的部分とからなる<sup>24)</sup>。そして、この牴触法的部分は、いつ（外国実質法規ではなく）当該実質法的部分が適用さるべきかを確定する、という意味において牴触法規である、とされている。いわゆる一方的牴触法規との差異は、次の点にのみ存する。すなわち、いわゆる一方的牴触法規は、一定事項に関する実質法規のグループを指定するのにたいし、当該牴触法的部分は、個別的な実質法規を指定するにとどまる、という点である。その意味で、後者は、個別的牴触法規と呼称できるものである<sup>25)</sup>。従って、外国の『必須的適用の規定』が含有する地域的要素、より正確には当該地域的要素からなる牴触法的部分を内国において考慮できるか否かは、法廷地国国際私法が、外国牴触法規の考慮を許容するか否かに依存する、と言われている。そこで、例えば、イタリア国際私法30条の規定が反致を禁止する趣旨のものであれば、イタリア裁判所は、（イタリアからみて）外国の『必須的適用の規定』が含有する地域的要素を無視して、その実質法的部分のみを適用しなければな

22) Balladore Pallieri, D. i. p., 44—45.

23) Balladore Pallieri, D. i. p. italiano., 112—113.

24) Kegel, op. cit. 69—70.

25) Ibid., 68.

26) Ibid., 79—82.

らない。また、法廷地国国際私法が、外国抵触法規の考慮を許容するものであっても、属人法の管轄事項についてのみ許容する趣旨のものであれば、例えば契約当事者が指定する準拠法上の『必須的適用の規定』の地域的要素は考慮されない<sup>26)</sup>。

これらの見解にたいして指摘すべきは、次の二点である。

(1)まず、これらの見解が、『必須的適用の規定』が有する地域的要素にたいして、抵触法的性質を付与する点には賛成したい。けだし、当該『規定』は、渉外的事案への適用につき、同一法秩序の国際私法法規をその適用の論理的前提とするものではなく、従って、その地域的適用範囲は、当該の地域的要素によって決定される、と考えられるからである。『必須的適用の規定』は、次の趣旨の抵触法規を含有する、と解すべきであろう。すなわち、「当該『規定』の実質法的部分は、特定された地域的要素が存在する場合には、準拠法のいかんを問わず、適用されなければならない」という法規である。

(2)しかし、外国の『必須的適用の規定』が有する地域的要素を考慮できるか否か、という問題の解決方法には、疑問がないわけではない。上の見解は、この問題への解答を、法廷地国国際私法が外国抵触法規の考慮を許容するか否か、という点に依存させる。いま、わが国の国際私法上、属人法の管轄事項以外の事項においては反致は許容されない、と解するとしよう。もし、上の見解を採用すれば、例えば契約準拠法たるイングランドの海上物品運送法を適用するについては、その1条が規定する「イギリス国内の港湾から」という地域的要素は、考慮されない。しかし、それでは、同じく運送人の責任に関するコモン・ロー上の法規と同法のいずれを適用すべきか、という疑問が生ずる。けだし、当該地域的要素を無視することによって、運送人の責任に関するコモン・ロー上の法規と制定法たる海上物品運送法の規律対象を画定する基準が失われる、と考えられるからである。

《地域的要素を純粋な実質法規の一部と理解する見解》

外国の『必須的適用の規定』は、純粋な実質法規である。従って、その地域

的要素は、実質法規たる当該『規定』の一部にすぎない、と解する見解がある。この見解を採用すれば、例えば、英国海上物品運送法の地域的要素は、当然に考慮されるであろう。この見解を唱導する De Nova は、次のように言っている。

「個々の国家の牴触法規の第一の機能は、法廷地国の実質法規の適用範囲画定にあると一般的に考えられている。このことから、次の点が容易に推論される。すなわち、実質法規それ自体あるいは特別の付加的規定が当該実質法規の適用可能性にたいして、明示的・黙示的に設定する制限は、そのような実質法規に対応する牴触法規、つまり、倒々の実質法規のために『あつられた』特別の牴触法規の構成に相当する、という点である」<sup>27)</sup>。しかし、「外国の『自己制限的』実質法規をそのようなものとして適用すること——すなわち、問題となっている事実が完全に当該法規の法律要件に合致する場合にのみ適用すること——は、反致の本質たる外国の『国際私法』法規に敬意を表することではない。事案の諸事実にまさしく合致する準拠法秩序の当該実質法規を——準拠法秩序によって当該諸事実が見られているように——適用するだけのことである。それゆえ、……反致の場合のように、準拠法秩序の外にある法素材が用いられることはない。(外国の『自己制限的』実質法規が問題となる限り)、我々は、準拠外国法秩序にとどまるのであり、そして、当該法秩序の実質規定の中から、事实的状況に最も適合するものを選択するのである。従って、反致肯定論、反致否認論のいずれを採用するか、あるいは、反致についての実定法の態度いかんといった問題は、当面の問題の解決に影響を与えるべきものではない。なぜならば、それは、外国の牴触法規、より正確には、外国の国際私法法規の考慮・無視の問題ではないからである。たんに、それは『準拠』外国法の内部において、正しい判断の基準を発見する問題にすぎない」<sup>28)</sup>。

27) De Nova, "Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules", in Scritti, 388.

28) Ibid., 389.

この見解にたいして指摘すべきは、次の三点である。

(1)De Nova は、当初、ここにいう『必須的適用の規定』のみが、そのいわゆる「自己制限的」実質法規に該当する、と考えていたようである。つまり、(同一法秩序の国際私法法規の適用を条件として)同一事項を規律しうる他の実質法規が、同じ法秩序に存在することが、その立論の前提であった。しかし、『自己制限的規定』の中には、Iで言及したもの、すなわち、その実質法的部分が、ある法秩序の中では、特定の事項を規律する唯一の実質法規である『規定』も存在する。そして、De Nova 自身、後に、次の例をあげることによって、この種の『自己制限的規定』の存在を認めるに至っている<sup>29)</sup>。しかし、この『規定』の地域的要素がもつ性質の理解については、疑問がある。

いま、イタリア法上、相続に関する特定の実質規定と、その適用にたいして次の条件を設定する規定とが存在しているとする。すなわち、前者の実質規定は、被相続人がイタリア国民である場合、または、イタリアに居所を有する外国人である場合に適用される、という条件である。そして、さらに、イングランド国際私法は、相続については反致を禁止しているとする。以上を前提としつつ、無遺言の動産相続がイングランドで問題となったとする。被相続人は、(イングランド法上の)住所をイタリアに有し、その居所をフランスに有するスイス国民である。イングランド国際私法によれば、当該相続の準拠法は、イタリア法である。けれども、イングランド裁判所は、イタリア実質法上事案を規律する法規を発見できない。なぜならば、当該被相続人は、イタリア国民ではなく、また、イタリアに居所も有していないからである。(相続については、被相続人の本国法による旨定める)イタリア国際私法23条の規定に従い、スイス法を適用すれば、準拠法規の欠缺は生じないかもしれない。しかし、それでは、(禁止されている)反致を認めることになる。

この設例の解決方法として、De Nova は、準拠法規の欠缺を避けるためイ

---

29) De Nova, “Norme autolimitate e autonomia delle parti”, in *Multitudo Legum, Ius Unum*, 626—628; “Self-limiting Rules and Party Autonomy”, in *Scritti*, 416—419; cf. Kelly, *op. cit.*, 266—267.

タリア相続規定の適用条件を設定する規定（の地域的要素）を無視すべきである、と主張する<sup>30)</sup>。この結論には賛成したい。しかし、問題なのは、適用条件を設定する規定（の地域的要素）が、この場合にもなお、実質法規たる相続規定の一部とされている点である<sup>30a)</sup>。後述するように、筆者も、外国法上の特定の『必須的適用の規定』については、その地域的要素を実質法規の一部と理解する。けれども、この設例における被相続人の「イタリア国籍」という地域的要素は、De Nova 自身承認するように、イタリア国際私法23条の規定の連結素を確認するような性質のものである。そうだとすれば、この地域的要素は、I で言及した規定のそれと同種のものであり、それゆえにこそ、その考慮がイタリア法上準拠法規の欠缺を惹起した、と思われる。当該地域的要素を無視するのは、それが牴触法規を構成すると法廷地国からも評価されるからである。実質法規の一部でありながら、準拠法規の欠缺という事態を避ける便方として、考慮しないのではない。

(2)外国の『必須的適用の規定』が純粋な実質法規と考えるためには、次の二点が前提とされなければならない、と思われる。すなわち、(i)当該『規定』と同一事項を規律しうる（当該外国法上の）他の実質法規が有する地域的適用範囲を無視すること。つまり、当該外国の国際私法法規は考慮しないこと。(ii)他方で、当該『規定』の地域的要素は、それが外国法上のものである限り、実質法規の一部と考えること、である。さて、すでに指摘したように、『必須的適用の規定』の地域的適用範囲は、同一法秩序の国際私法法規とは独立して、その地域的要素によって決定される。従って、外国法上の当該『規定』を適用する場合に、その地域的要素を考慮することは、外国法の適用意思を考慮することを意味するであろう。もし、それが外国法の適用意思ではなく、実質法規の一部の考慮を意味するとすれば、その理由はどのように説明できるのか。この点を、De Nova は、必ずしも明らかにしていないようである<sup>31)</sup>。

30) De Nova, "Self-limiting Rules", 419.

30a) Ibid., 417.

31) もっとも、De Nova は、『必須的適用の規定』は——外国のそればかりでなく法廷地国の『規定』をも含めて——およそ純粋な実質法規と考えているのかもしれない。この点につき、De Nova, "Ancora sulle norme sostanziali (autolimi-



(3)『必須的適用の規定』には、次の二種類のものがある、と思われる。すなわち、(i)その実質法的部分の地域的適用範囲が、もっぱらその地域的要素のみによって決定されるもの。(ii)その実質法的部分の地域的適用範囲が、特定された地域的要素ばかりでなく、同一法秩序の国際私法法規によっても付与されるもの。つまり「少くとも」その地域的要素が存在すれば、必ず適用されなければならないが、他方で、国際私法法規による当該実質法的部分への指定が、妨げられることのないもの、である。例えば、わが国の国際海上物品運送法の二条以下の規定（実質法的部分）は、同法1条が規定する地域的要素が存在する場合には必ず適用されなければならないが、なお当事者の指定のある場合にも適用される。もし、こういった理解が可能とすれば、同法は、(ii)の『必須的適用の規定』ということになろう<sup>32)33)</sup>。ところで、De Nova は、『必須的適用の

tate」, in Scritti, 377—378 を参照。

- 32) 例えば、石井『海商法』1964年・224頁は、「国際海上物品運送法は、船積港または陸揚港が本邦外にある場合に適用があるが（同法1条）、その両者が本邦外にあるときにも、準拠法契約などによって日本法が適用されるべき場合（法例7条1頁）には、その適用があるものと解すべきである」、と言う。なお(ii)の『規定』の例としては、フランス労働法典第1編の29条k以下の規定をあげうるかもしれない（Gothot, “Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé”, Rev. crit. 1971, 218—222 を参照）。

- 33) ある『必須的適用の規定』が、(ii)の『規定』か、あるいは、(i)の『規定』かは、地域的要素を設定した趣旨と目的、および、(i)の『規定』と解した場合の効果によって決定されることになろう（cf. Cavers, “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, Recueil des Cours, 1970—III, 134）。例えば次の場合などには、(i)の『規定』と解されるよう。①『規定』の目的から考えて、その地域的要素が『規定』の必要不可欠な内容を構成する、と考えられる場合。例えば、かりにイギリスにおいて、同国における一連の政治ストから自動車生産者を保護することを目的として労使紛争（自動車生産遅延）法なる法律が制定されたとする。そして、この法律によれば、イングランドで生産される自動車の引渡がストライキによって遅延した場合には、履行遅滞に基づいて本来負うべき損害賠償責任から自動車生産者は免除される、とする。おそらく、この法律は、(i)の『必須的適用の規定』と解するのが正当であろう。スト発生地が「イギリス」であること、生産地が「イングランド」であることは、当該法律に不可欠な内容と考えられるからである。例えば、ドイツの自動車生産者とイタリアの自動車輸入業者との間で締結された契約の準拠法が、イングランド国際私法上、イングランド法であったとしても、ドイツにおいて発生したストライキについて当該法律を適用するのは不当であろう。②その地域的要素が、『規定』の実質法的部にたいして、必要十分な地域的適用範囲を与える、と考えられる場合。例えば、その地域的要素が当該『規定』の実効性の

規定』の中に、これら二種類のものが存在することを看過しているようである<sup>34)</sup>。De Nova によれば、外国の『必須的適用の規定』の地域的要素を考慮するのは、そうすることによって、「(準拠外国) 法秩序の実質法規の中から事実的状况に最も適合するもの」が選択されうるという理由に基づいている。しかし、(c)の『規定』に関する限り、その適用を条件づける地域的要素の考慮は、「事実的状况に最も適合する」実質法規の選択を必ずしも導かない。というのは、この場合には、特定の地域的要素が存在しないときにも、なお、準拠外国法上当該『規定』の実質法的部分が(当該外国の国際私法法規に従い)適用される可能性が存在するからである。例えば、上述の理解に従えば、国際海上物品運送法の2条以下の規定は、「船積港および陸揚港の双方が本邦外にある」とき(第三国間運送)にも(当事者が日本法を指定すれば)適用の余地がある。この場合に、その1条によって特定される「船積港または陸揚港が本邦外にある」という地域的要素が存在しないからといって、第三国間運送に商法の規定を適用するのは不適當であろう。すなわち、『必須的適用の規定』が有する地域的要素が、その最小限の地域的適用範囲を示すにすぎない場合には、De Nova の理論は妥当しない、と言うべきである。

#### 《外国の『必須用適用の規定』の適用方法》

筆者は、上述した(c)の『必須的適用の規定』、すなわち、その地域的要素が最大限の地域的適用範囲を示す『規定』に関する限り、当該地域的要素を内国において考慮すべきもの、と考えたい。次の点を留意するならば(De Nova が主張するように)外国準拠法上の複数の実質法規の中から、事案を規律する上で最も適当な法規を選択するために、当該地域的要素を考慮する必要性が認

---

限界を設定する性質のものであり、当事者が内国法を指定したというだけで、当該『規定』を適用することが無意味と判断される場合である。もっとも、『規定』が罰則を伴っているときには、つねにこの場合にあたると言えるか、疑問である(この点につき、折茂『当事者自治の原則』1970年275—277頁を参照)。なお、上に述べた設例をも含めて、①および②の場合について、Kelly, "International Contracts and Localising Rules", A. L. J., 22—29を参照。

34) De Nova, "Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application", in Scritti, 377—378を参照。

められるからである。すなわち、当該地域の要素は、外国法規にたいしてだけでなく同一法秩序の（国際私法法規によって適用される）他の実質法規にたいしても、当該『規定』の実質的部分を優先的に適用させる条件である。その意味で、それは、同一法秩序の（同一事項を規律する）他の実質法規との関係において、『規定』の実質的部分の規律対象を画定するものと理解できる、という点である。他方で、(ii)の『必須的適用の規定』も、たしかに、準拠法のいかに問わず適用される。けれども、それは、同一法秩序の国際私法法規に従い適用される外国法規にたいしてのみ優先的に適用される、と考えるべきであろう。なぜならば、その国際私法法規が内国法を指定する場合には、『規定』の実質的部分もまた当該指定の対象となるからである。すなわち、(ii)の『規定』が有する地域的要素は、同一法秩序の他の実質法規との関係において、当該『規定』の実質的部分の規律対象を画定する、とは言えない。従って、当該地域の要素を考慮したとしても、準拠法秩序の中で最も適当な実質法規を選択することにはならない、と考えられる。

しかし、外国の(i)の『規定』が有する地域的要素を考慮する必要があるとしても、それは、外国法の適用意思の考慮を意味することにはなるまいか。筆者は、以下のように考えて、当該地域の要素の考慮は、必ずしも外国法の適用意思の考慮を意味するものではない、と解したい。

一つの法秩序に同一事項を規律しうる二つの実質規定が存在し、その一つが『自己制限的规定』であったとしても、当該『規定』が『必須的適用の規定』とは限らない。Ⅱで言及した純粋な実質法規の可能性があるからである<sup>35)</sup>。も

35) 『自己制限的规定』が、はたして『必須的適用の規定』なのか、純粋な実質法規なのか、必ずしも明らかでない場合がある。実質規定の適用を条件づけるために、立法技術上、特別の規定が設けられているときには、とくにその判定は困難であろう。「渉外的構成要件要素を有する法規には、当該構成要件要素の存在する場合に、常に当該法規を適用しなければならないとする抵触法規が、原則として含有されている」（傍点筆者）（Neuhaus, op. cit., 474）、と言いか疑問がないではない（Ferid, op. cit., 474）。例えば、①ドイツ商法92条c 1項は、「代理商が営業所を内国に有しないときは、本章（第1編第7章——筆者）のすべての規定（84条ないし92条bまでの規定——筆者）に関し別段の合意をすることができる」と定めている。この規定に関しては、次の二通りの理解がなされている。その一つは、ドイツ国際私法に従い、ドイツ法が準拠法となる限りにおいて、当該規定をも含め第

し、問題となっている『自己制限的規定』が『必須的適用の規定』であるとするれば、次の趣旨の明文・不文の規定（便宜上、必須的適用性付与の規定と言う）が存在するからであろう。すなわち、「当該『規定』は、準拠法のいかんを問わず、適用されなければならない」という趣旨のものである<sup>36)</sup>。そしてこの必須的

7章の規定の適用がある、という理解である（例えば、Schlegelberger HGB, 5 Aufl., 2. Band, 1973, 870—874）。これにたいして、当該規定を次の趣旨の抵触法規と解する見解もある。すなわち、代理商が内国に営業所を有するときには、当事者による外国法の選択を排斥して、84条ないし92条bまでの規定は直接的に適用される、という抵触法規である（Makarov, Grundriss des IPR, 1970, 16; Neuhaus, op. cit., 99）。②1924年のいわゆる船荷証券統一条約2および3条に相当するドイツ商法662条の規定は、1939年12月5日の施行令2条の規定によってその適用が条件づけられている。ドイツの通説は、ドイツ国際私法によりドイツ法が準拠法となる場合にのみ、662条の規定が適用される、と解するようである（この点につき、Necker, Der räumliche Geltungsbereich der Haager Regeln, 1962, 60を参照）。しかし他方で、施行令2条の規定の文言から当然に通説の理解が導かれるものではない、とする見解があり（Necker, ibid.），さらに、当該規定を抵触法規と解する見解もある（Neuhaus, op. cit., 99）。

- 36) この趣旨の明文の規定の例として、イギリスの1965年剰員整理手当法（Redundancy Payments Act 1965）の56条4項をあげることができる。それによれば、「この法律の目的のためには、（この法律を別として）雇用契約に適用される法がイギリスあるいはその法域の法であるか否かを問わない」とされている。従って、『自己制限的規定』たる同法17条1項（「被用者は、関連時点においてイギリス国外にいる場合には、剰員整理手当を受けえない……」）および同法17条2項（「その雇用契約に基づき、イギリス国外で通常労務を給付する被用者は、剰員整理手当を受けえない……」）は、『必須的適用の規定』と解されることには。イギリスの1972年雇用契約法（Contracts of Employment Act 1972）の12条もまた、その1項において、この法律の1条ないし5条（解雇の予告期間などに関する規定——筆者）は、一定の場合を除き、労務給付が主としてあるいはもっぱらイギリス国外でなされる場合には適用されない旨、規定し、その2項において、「この法律は、前項に従いつつ、雇用者と被用者間の契約の準拠法いかんを問わず適用される」と規定する。

このような明文の規定がない場合には、問題となっている法律の趣旨・目的の解釈をとおして、『必須的適用の規定』か否かを判定することになろう（参照、煥場「涉外実質法・直接適用法」『国際私法の争点』1980年・20頁）。従って、イギリスの1972年雇用契約法12条2項に相当する規定が存在しない場合にも、解雇の自由の制限に関する規定を、その趣旨・目的を考慮して、いわば直接的に適用することは可能であろう。例えば、1975年6月23日のベルギー破棄院は、最小限の解雇予告期間に関するベルギーの規定を loi de police et de sûreté と解し、労務給付がベルギーでなされたアメリカ合衆国人間の雇用契約につき——契約準拠法がミズーリ州法であったにもかかわらず——当該規定を適用している（Van Hecke et Rigaux,

適用性付与の規定は、『必須的適用の規定』が含有する（「当該規定の実質法的部分は特定された地域的要素が存在する場合には、準拠法のいかなを問わず、適用されなければならない」という）牴触法規の部分構成する、と解される。

そこで、外国の『自己制限的规定』が必須的適用性付与の規定を伴う場合、両規定をともに適用するとすれば、上の牴触法規の考慮を含意することになる。その限りで、外国法の適用意思は考慮されることになると解される。しかし、外国の必須的適用性付与の規定を内国において適用する必要があるとは思われない。なぜならば、この規定は、当該外国の国際私法法規の適用を前提とした場合に意味のある規定だからである<sup>37)</sup>。また、準拠外国法秩序の実質法規の中から事案に最も適当な法規を選択する、という目的からも重要性を有しない。この目的のためには、特定された地域的要素のみが関連性を有するからである。従って、外国の必須的適用性付与の規定を、内国国際私法法規の指定の対象外におき、その限りで、外国法上『必須的適用の規定』と考えられている『自己制限的规定』を内国においては、純粋な実質法規として評価し適用する

---

“Examen de jurisprudence concernant le droit international privé (Conflit de lois)”, Rev. crit. jur. belge, 1976, 266 を参照。もっとも、ベルギー控訴院は、同一事案につき、公序則を援用することによって破棄院と同じ結論に至った、と言われている。また、Van Hecke, “International Contracts and Domestic Legislative Policies”, in Festschrift Mann, 1977, 187 は控訴院の解決方法に賛同する)。しかし、法律の趣旨・目的から『必須的適用の規定』か否かを判定するのは、必ずしも容易ではないであろう。例えば、解雇の自由の制限に関するわが国の諸規定が、「それらの法の目的ないし性格からみて、或る労働契約による労働給付が日本においてなされるものであるかぎり、原則的にそれにたいして適用せられるべきもの」(折茂『国際私法(各論)[新版]』1973年・143頁)、か否かについては、争いのあるところである(参照、安屋＝田村「米国人間の労働契約の準拠法と労働地たる日本の不当労働行為に関する公序」『法と政治』17巻1号76—77頁、田村・ジュリスト586号164—165頁、沢木・ジュリスト590号232—233頁、田中・ジュリスト399号141頁)。比較法的にも、解雇の自由を制限する規定の必須的適用性を否定したものがある。例えば、ドイツの解雇制限法(Kündigungsschutzgesetz)について、1967年7月20日のドイツ連邦労働裁判所は、その必須的適用性を否定し、(アメリカ合衆国人間の)契約の準拠法たるニューヨーク州法を適用する(IPRspr., 1966—1967, n. 50b)。

- 37) 逆に、外国国際私法法規を考慮すべき場合には、この種の規定は無視できまい。例えば、準拠外国法上の国際私法法規が日本法を指定しており反致の可能性がある場合にも、当該外国法上(イ)および(ロ)の事案を規律する『必須的適用の規定』

ことが許されるのではないか、と思われる<sup>38)</sup>。そこで、例えば1924年の英国海上物品運送法が有する「イギリス国内の港湾から」という地域的要素は——同法が英国法上(イ)の『必須的適用の規定』と解されているとすれば<sup>39)</sup>——実質法規の一部として考慮されることになる、と考えたい<sup>40)41)</sup>。

が存在するときには、反致は認められないことになる。

38) この構成を政策的観点から説明しようとするものがある。すなわち、外国のある『自己制限の規定』が当該外国法上『必須的適用の規定』と解されているとすれば、そのように解することによって、当該外国の利益が実現されるからである。このような利益は、法廷地国にとって重要性をもつものではない、と (Treves, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, 1967, 191 を参照)。

39) Scrutton, *op. cit.*, 404 を参照。

40) Neuhaus, *op. cit.*, 260 は、当事者による準拠法の指定につき、「ある法律の適用範囲についての一方的抵触規定が考慮されるか否かは、当該規定の趣旨と目的に従い、それが適用の最小限のみを画定しようとするのか、あるいは、その最大限を画定しようとするのかに応じて、個別的に決定されなければならない。前者の場合ならば、法選択によりその適用範囲を越えた適用が可能である。他方で、後者の場合には、当該適用法規は、実質法規の構成要件要素とみなすべきである」と言う。

41) なお、本稿では、いわゆる国際私法法規が指定する外国法の『必須的適用の規定』のみを検討の対象とした。第三国の『規定』の適用、いわゆる強行法規の特別連結の問題は、今後の課題としなければならない。ただ、もしわが国で特別連結を認むべきとすれば (特別連結否定論として、例えば Mann, “*Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht*” in *Festschrift für Beitzke*, 1979, 607—624 を参照)、次の問題が解決されなければならないように思われる。すなわち、例えばヴェングラーは、外国強行法規を適用するについて、(Ⅰ)外国強行法規自身が適用を欲すること、(Ⅱ)強行法規を定めた国とその法律行為との間に十分に密接な関係の存在すること、を原則的な要件としてあげている。ところで、これらの要件の理解については、次の二つの考え方が可能であろう。第一は、(Ⅱ)の「十分に密接な関係」を一つの連結素と見、特別連結理論は、(既存の抵触法規にたいして) 特別の抵触法規の構成を主張する、と解する考え方である。この考え方によれば、特別連結理論を採用することによって国際私法法規の数が増加することになる。第二は、(Ⅰ)の要件に着眼し、特別連結理論を一方的抵触主義を表明するもの、と解する考え方である (第二の理解につき、Conforti, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, 1962, 122—131; Treves, *op. cit.*, 122—125; Gothot, *op. cit.*, 239—240; cf. Quadri, “*Quelques considérations sur la contribution du Professeur Wengler au progrès du droit international privé*”, in *Multitudo Legum, Ius Unum*, I, 8 を参照)。どちらの考え方が妥当か。問題点のみを指摘する。まず、第一の考え方を採る場合には、既存の国際私法の枠組の中で(Ⅰ)の「適用意思」の要件をいかに説明するか、が問題となろう。本稿の(イ)の『必須的適用の規定』も連結の対象となる、と思われるからである。他方で、第二の考え方を採る場合には、(Ⅱ)の要件をいかに説明す

### 地域的に条件づけられた外国実質法規の適用

るかが問題であろう。例えば、Quadri の理論に従えば、註12で指摘した「実効性」の基準が(Ⅱ)の要件に該当するものと思われる (Quadri, Lezioni, 195—196 を参照)。けれども、その「実効性」によって何を理解するか。この点は必ずしも明らかでないように思われる。