

翻 訳

## アルマン・レネ「フランス・ベルギーの 国際私法の歴史素描」

小 梁 吉 章 訳

### 【紹介】

本稿は、Armand Lainé, *Étude sur le titre préliminaire du projet de révision du code civil belge*, F. Pichon, Paris, 1890 の一部を翻訳したものである。本書は、1887 年に公表されたベルギー民法典の改正草案を 120 頁にわたって論評するものであるが、その冒頭の総論部分で、国際私法の規定の必要性を説き、またその理論の形成と発展の歴史を簡潔にまとめているので、全体の五分の一程度を占めるこの部分だけを訳出することにした。翻訳の標題は訳者が付した。なお、この改正案は、わが国で「旧法例」の改正にあたって法典調査会が参照した先例の一つである（旧法例第 3 条（人の能力）に関する明治 30 年 12 月 1 日法典調査会法例議事速記録および法例修正案理由書を参照）。

著者は、抵触法の理論的發展を 4 つに分けている。まず、14 世紀のバルトルスのスタトゥータ理論は、当時のイタリア諸都市の法規則や地方の慣習法を、人に関しては所在場所がどこであろうと、その人に付いて回る人法 (*statut personnel*) と物に関しては、所有者がだれであれ、その所在場所にしたがって適用される物法 (*statut réel*) に分けるが、著者はこの理論を当時、国際取引が興隆し始めたことを背景に、条理 (*raison*) にもとづいて構築されたものとして高く評価している。一方、16 世紀のダルジャントレが主張した理論には、その封建貴族としての身分的限界があり、17 世紀のヤン・フットなどが構築したオランダ理論には、スペインから独立したばかりのオラン

ダにおける外国的要素にたいする排斥という時代の限界があり、さらにベルギーでの民法改正に先立って提唱された19世紀のマンチーニの理論には、イタリア統一直後の高揚した国家意識という限界があるとして、いずれも条理に即していないと批判する。たしかに西暦1000年を無事に過ごし、その後の気温温暖化などにより農業生産性が向上し、生産物が余剰化したことにより、商取引・交換が活発になったこと、一方で14世紀といえば、イタリアを含め西欧の各地は中央集権体制の確立などはようやくその萌芽がうかがえる程度で、諸都市や封建領主による地域法または慣習法が支配的であったこと、以上の社会・経済情勢を考慮すると、バルトルスによる人法と物法の二元的処理は合理的であり、著者の記述はこの点で説得力がある。

このほかに、この部分を訳出するのは、訳者の次の二つの関心からである。

まず、フランスおよびベルギーの民法典には、わが国の旧法例あるいは現在の法の適用に関する通則法のような詳細な国際私法の規定がなく、民法典第3条があるだけである。本書はこうした条文にいたった経緯を理解させる。すなわちバルトルスのスタトゥータ理論をおおむね継承しながら、民法典の各条文を解釈によって人に関する法規則、または物に関する法規則と判断し、準拠法を定めるという方法をとる。

次に、現在、国際私法の分野では英米法と大陸法に違いがあるが、英米の国際私法に見られるコミティ・国際礼讓がオランダ理論にもとづいており、英米に移植されたものであることを明らかにしている。オランダ理論には外国法にたいする拒否反応が見られ、たしかに英米では、外国法は法律ではなく、事実として訴訟の当事者の立証を要するとされていることもこの例証といえよう。

以上の諸点はわが国において周知に属することである(たとえば溜池良夫『国際私法講義(第3版)』43頁から52頁を参照)。それにもかかわらず訳出したのは、本書がベルギーにおける民法典改正作業の発表とほぼ同時期に刊

行されたものであるためである。

ところで、ベルギーは 1804 年のフランス民法典（以下、ナポレオン法典と呼ぶ）を継受し、現在も大枠ではそのままである。このため国際私法に関する詳細な規定はなかった。ナポレオン法典第 3 条はベルギーでも施行され、第 1 項で警察および安全に関する法律（*les lois de police et de sûretés*）は（フランス・ベルギー）領土内に居住する者すべてに強制されること、第 2 項で外国人が所有するものを含め、不動産は所在地法によること、第 3 項で人の身分と能力に関する法律は、外国に居住していても、フランス人を規制することを規定し、レネ教授は、第 2 項を物法、第 3 項を人法としている。

ナポレオン退位後の 1815 年、当時のオランダ・ベルギー王国の国王ウィレム 1 世は民法典制定のための委員会を設置し、その作業は 1830 年に結実したが、ベルギーはオランダ主導の民法典法案に賛意を示さず、ナポレオン法典の維持を志向し、また 1830 年には政治的にもベルギーはオランダから独立したため、この改正結果はベルギーには及ばなかった。オランダではこの作業結果として民法典が成立し、1838 年 10 月 1 日から施行されている。ただしレネ教授はこのオランダ民法典はナポレオン法典を模範としたと指摘している。

その後、独立したベルギーの 1831 年憲法典第 139 条は「議会は、別個の法律によって、可能な限り速やかに、次の事項を行うこと」として、第 11 号で法典改正を掲げた。しかしこの規定にかかわらず、民法典の抜本的な見直しはなかった。本書には、ベルギー・ヘント大学のローラン教授に改正法案の立案が委嘱され、1882 年に議会に上程されたとあるが、これは無視された。ローラン教授案については若干、後記で紹介する。その後、1884 年にベルギーとしての改正委員会が設けられ、民法典第一編の改正法案が発表され、本書で論評されているが、結局これも日の目を見なかった。結局、19 世紀中にベルギーが行った民法典の改正は、1851 年の抵当権公示手続規定など部分的なものにとどまった。現在もベルギー民法典はナポレオン法典の大枠を維

持しているが、多くの改正が加えられている。

本書の著者、アルマン・レネ教授(1841年ー1908年)は、パリ大学の教授であった。同教授は、国際私法分野で『国際私法入門(2巻)』(1888年、1892年)、『国際私法における法人』(1893年)、『外国仲裁判断のフランスにおける執行について』(1899年)、『国際私法論考』(1899年)、『国際私法における反致理論』(1909年)など多数の著書を刊行されている。その教えのもとで、ニボアイエ教授などが育っている。

なお、ローラン教授の改正法案(*Avant-projet de révision du Code civil*)は、6巻本として1882年から1885年にBruylant社から刊行された。このローラン改正案は、「旧法例」の改正にあたって参照されている。その第1巻の冒頭、本書の論評の対象の改正委員会改正法案とおなじように、第一編として総則規定をおき、第一章(第1条から第3条)に法の施行日原則など、第二章第1節(第4条から第10条)に法の不遡及原則など適用の原則を規定し、第二章第2節で「人と物に関する法律の効果」(*de l'effet des lois quant aux personnes et quant aux biens*) (第11条から第26条)として、抵触法規定を設けている。第11条で人法(人の身分と能力は本国法による)を、また第13条で物法(動産・不動産は所在地法による)を規定するとともに、第12条に家族関係法(本国法主義)、第14条に契約準拠法(当事者自治原則と黙示の意思探究)など個々の単位法律関係についても規定を設けた。さらに第三章(第27条、第28条)で法の適用原則、第四章(第29条から第34条)で法の解釈原則、第五章(第35条から第37条)で法の効力・廃止を定めている。レネ教授は、これらを合計してローラン教授が抵触法規定を37条にわたって定めたと記しているが、固有の抵触法規定は第11条から第26条である。

また、ローラン教授は抵触法規定の立案にさいして、「立案のさいにはわが国にも適用されるはずだったオランダ民法典、およびイタリア人の才が溢れんばかりのイタリア民法典を大いに参照した」(第1巻VIII頁)と記しているが、その一方、「フランスの判例は利益主義理論と評されることを恥じ、

これを隠しているが、英米の学説・判例はあけっぴろげにこれをいい、過去の判例はこれを利益主義原則と呼んでいる。英米の判例はコミティと呼んでいるが、いかにきれいなことばでいおうと、これは法ではない・・・外国法の適用を排除するのである。・・・コモン・ローはいまでも中世の状態にあり、(西欧の) 封建時代の法がイギリスの植民によってアメリカに渡ったのである」としている点は、レネ教授の評価と一致する。またレネ教授は、ローラン教授が「英米の判例は、人の身分と能力に関しては、絶対に、外国法に譲ろうとせず、この分野では、行為地法 (*lex loci actus*) を優先した」と記している。これもオランダ理論の英米への影響を意味しよう。

なお(訳注)としたのは、訳者による注記、()内の説明は文意を明確にするための訳者による付記である。

【本文】「ベルギー民法典の改正草案第一編に関する研究<sup>(1)</sup>」

ベルギーは、1804 年以来フランスと民法典を共通にしているが、改正したことがある。1851 年 12 月 16 日法律は、先取特権と抵当権の章を改正するものであった。(1880 年代後半の) 現在、ベルギーで全般的改正の作業が開始された。ただしベルギーは、この偉大なナポレオン法典に尊敬の念をいっており、これは第一編 (*titre préliminaire*) に関する提案にも明かである。

民法典改正の作業はまず、ヘント大学の偉大な法学者であり、多数の著作を発表されているローラン教授(訳注: François Laurent, 1810 年 - 1887 年、ルクセンブルグ生まれの民法学者)に委嘱された。32 巻におよぶ民事法原理 (*Principes de droit civil*)、8 巻におよぶ国際民事法 (*Droit civil international*) は同教授の

---

(1) 本書の準備に必要な書類を提供いただいた、Ch. Saintcetelette 氏、評議員の Van Berchem 氏および Van Maldeghem 氏に深甚の謝意を表する。

著作である。同教授は、きわめて広範な理由説明を付して、改正法案を提出し、1882年3月30日王令 (*arrêt royal*) によって、下院 (*chambre des représentants*) に上程された。続いて別途、1884年11月15日王令によって、あらたな改正法案立案のために20人の委員からなる委員会が設置された。委員はブリュッセル弁護士会と控訴院、破毀院、リエージュ、ブリュッセル、ヘントおよびルーヴァンの各大学、下院および閣僚から選任された。同委員会は三分科会に分けられ、第二分科会が第一編を準備し、1887年11月17日、第一部の冒頭の6編が議会事務局に提出された<sup>(2)</sup>。

第一編には「法の適用について」(*de l'application des lois*) の見出しが付されている。これは(現行法の)6条に代えて17条の規定としているが、現行の第一編に対応し、同様の事項を規定し、いくつかの条文はそのままである。

改正法案第1条は、現行法典第1条と同様、法律の施行期日を定め、ベルギーに固有なものとしてすでに1845年2月28日法による改正があり、そのまま規定されている(訳注:フランスでは、民法典第1条は「第一統領による親署が公知となった翌日」に施行と規定していた)。これは「王の親署 (*promulgué*) を得た法律は、法律でこれと異なる施行期日を定めないかぎり、ベルギー官報 (*Moniteur*) への公告から10日後に施行する」としている。

改正法案第2条は、法の不遡及原則を規定し、第15条、第16条は、裁判官に法の適用義務を課し、第17条は、公序良俗 (*l'ordre public et les bonnes*

---

(2) 第二分科会は、ブリュッセル控訴院付き弁護士会会長 Guillery 氏を座長、ブリュッセル控訴院顧問 de Bavay 氏を事務長とし、破毀院付き弁護士・下院議員の Bilaut 氏、破毀院顧問・ブリュッセル大学教授の Fétis 氏(同氏は亡くなられ、破毀院顧問の Bayet 氏が就任)、破毀院顧問 Van Berchem 氏、ルーヴァン大学教授 Van der Heuvel 氏で構成された。さらに国務大臣・下院議員 Tesch 氏、おなじく国務大臣・下院議員 Pirmez 氏、ブリュッセル法院検察官 Van Maldeghem 氏がそれぞれ委員長、副委員長、事務局長として、第二分科会の審議と決議に参加した。

*moeurs*) にかかわる法律は私人間の契約に優先するとしているが、これらは現行民法典 2 条、4 条、5 条、6 条をそのまま取り入れている。

ナポレオン法典を重要な点で改正するのは、抵触法規定である。現行法典第 3 条 (訳注: 上記参照) は、改正法案では第 3 条から 14 条に拡大されている。

さて、ベルギーの改正法案第一編には、二つの興味深い点がある。全体として従来の規定を維持する一方で、その実体と形式を見ると、従来の 4 か条が 6 か条とされ、また、従来の第 3 条が 12 か条にわたって拡張されていることである。

これら 2 点は対照的であるが、それぞれ正当な理由があり、改正にあたって (ベルギーが) 独自性を出そうとしたもので、ナポレオン法典の見直しには、必要であるが困難な企ての指導原理となったものである。

委員会第二分科会報告書にあるように<sup>(3)</sup>、改正法案は法律の適用の支配原則について、一般的に民法典とおなじように、簡潔、簡明である。ローラン教授は、ナポレオン法典第一編は「法規というよりも原理のように省略されている」とし、第一編の起案者が「極端から極端になった」と考え<sup>(4)</sup>、当時の最新の民法典草案の例を借り、さらに、これらの民法典よりも徹底して、この法律の固有の性格を無視して、多くのあたらしい規定を設けた。同教授の手になる改正法案第一編は 37 か条におよぶものとなったのである。委員会は、断固、この方法をとらなかった。委員会はナポレオン法典の条文を維持し、民法典第一編を拡大することも、また、司法権の義務、慣習の法的効力、学説による法律解釈および法律の廃止について、立法の一般規則を含むオランダ民法典、オーストリア民法典、イタリア民法典、バイエルン民法典、バーデン民法典などに見られる規定も、いっさい不要とした<sup>(5)</sup>。

---

(3) 同報告書は、Van Berchem 氏の手になる。

(4) 司法大臣への文書、II 頁 (理由説明と共に法案冒頭に見られる)。

(5) 第二分科会報告書 1 頁。

さらに委員会は、法律の効力発生時期に関する民法典の規定、すなわち「法律は将来について規定する。法律に遡及的効力はない」という規定を採用した。委員会は、学説も判例もこうした趣旨に賛成しているとしている。たしかに多くの問題は法律では解決されていないが、立法者が解決できないことは、原則の問題ではなく、適用の問題であり、事案数や多様性を考慮すると、これらを予見することはできず、法律によって解決できるような原則の問題ではなく、適用の問題であり、裁判官の領域にある。ローラン教授は改正法案で民法典第2条に6か条を加えているが、委員会はこの方法を採用せず、それに触れもしなかった<sup>(6)</sup>。

法律の空間的効力、すなわち抵触法 (*Conflict des lois*) という名で理論上知られている事項に関しては、改正草案では(ローラン教授案とは)まったく異なった考え方がとられた。委員会は、民法典第3条の3つの項を、充実し、詳細にした3か条に代えており、さらにあらたに9か条を加え、そのうちいくつかはきわめて重要である。なぜか? 渉外的要素のある法律関係について必要が生じたとき、複数の国の法律のなかから適用されるべき規則を定めるものであり、裁判官はこのなかから選んで、係属した事件にどの法律が妥当するか決定しなければならない。この点については、立法者は原則だけを決め、あとは法全体にわたる定義や個々の局面での具体的な処理を判例に任せるというのでは十分といえない。なんらかの政治意見でなく、正義の観念が支配すべきであるならば、抵触法に必要なのは、さまざまな規定である。そして抵触法の世界に固有の問題が十分に議論され、理論が提示し、実務が証明した解決策がある程度まで成熟してきたならば、これを成文化するのは立法者の役目であり、多様な法律関係について個々の規則を要する法律関係を抽出して、これら規則を原則として成文化し、その実際は、裁判官の適用に任せるのである。これは重要な問題なのであるから、立法者は成文化しな

---

(6) 第二分科会報告書2頁。



ければならない。自国民であれ、外国人であれ、個々人にとって一定の状況のもと、身分 (*état*)、家族関係、能力について、また財産に関して、相続や法律行為の方式と実質について、得るべき証拠書類について、行為の適法・違法についてなど、いかなる法律に服すべきか知る必要がある。こうした問題を判例に丸投げしてはならないのであり、法律に規定すべきである。私人が複数の国の法律のうちのどれに服すのかということを決めておかないのは、私人から法律を奪うに等しい。仮に、判例が法律に匹敵する安定性を得ることがあっても、そこにいたるまでには、適法かつ相当の利益がなんども侵害されるであろう。抵触法の問題は、渉外的要素のある法律関係に起因するのであり、正義を守ることによって、国際関係を円滑にするような解決が図られるべきであるから、立法者は成文化しなければならず、公益に関しても、私益に関しても、国際関係を監督することは、当然に、どこの国でも最高主権者の役割である。学説が提示した理論が可能なのであればすぐにも立法者自身で行うべきである。その義務を忘れてはならないし、司法権に委任するだけで役目を果たしたことにはならない。

これをナポレオン法典の立法者は十分に理解していた。民法典第 3 条において、3 項を定めた。一つは、領土内の治安・安全、第二に、外国人の所有を含め、フランス所在の不動産、第三に、外国居住の者も含めて、フランス人の身分と能力についてである。

しかしこれらの規則は、国際関係の発展が複雑化させ、緻密にしている問題にたいして、原則としても不十分であり、現在の必要性から見ても不十分であり、第 3 条の抵触法規定は法の欠缺といえるほど中身が少ない。これは欠陥であり、日々、深刻化している。

この点で、ナポレオン法典の立法者が規定を未熟なままにしたことに驚く方もいよう。当時すでに、抵触法分野で、立法者は、法学者の理論や判例による膨大な成果を利用することができたからである。諸都市の法規則 (*statuts municipaux*) や地方の慣習法 (*coutumes locales*) の抵触については、

イタリア、フランス、ドイツ、オランダでは13世紀以来、スタトゥータ理論と呼ばれる有名な理論があった。さらに18世紀には、わが国の法学者たち、とくにパリ高等法院付きの弁護士であるブルノア(訳注: Louis Boullenois、1680年—1762年、パリ高等法院付き弁護士)とフローラン(訳注: Louis Froland、1656年—1746年、パリ高等法院付き弁護士)とブルゴーニュ高等法院院長でありアカデミー会員であるジャン・ブイエ(訳注: Jean Bouhier de Savigny、1673年—1746年、ブルゴーニュ高等法院院長)は、これを広範かつ深奥をきわめた研究対象とした。フランスでは全土におよぶ全国統一立法を行ったので、この理論は役目を終えたが、フランス法と外国法の抵触の問題に容易に適用でき、その後もこの考え方によったことがある。ナポレオン法典の起草者がこれを知らないわけがなく、それどころか、問題の重要性を考慮すると、民法典第3条はスタトゥータ理論にもとづくというべきである<sup>(7)</sup>。ではいったい、抵触法の規定がわずか1条にすぎないという欠落をどう説明すべきだろうか?<sup>(8)</sup> この点については説明がないが、二つの理由、すなわち慎重からの配慮と多数の規定は不要という考えを挙げることができよう。

抵触法は、きわめて難しいと一般に考えられていた。学者は、読者に抵触法の理解が容易でないことをかならず記していた。たとえば、ブイエはすぐれて明晰かつ意思堅固な人物であるが、ブルゴーニュ公国の慣習法に関する著書の第23章の冒頭に「判例に持ち込まれた多様な法規則のなかでも、以下に取り上げる抵触法問題ほど当惑させ、厄介なものはない」と記している。抵触法を学習した者はきわめて少なく、民法典の指南役というべきポティエ

---

(7) とくに第一編に関するポルタリスの第二理由説明第10から15項とフォール委員(tribun Faure)の演説第8項を参照。ロクレ(訳注: Jean Guillaume Locré de Roissy、1758年—1840年、ライプチヒ生まれのフランス法学者)『民法典の精神(第1巻)』579頁以下および612頁参照。

(8) このほか民法典47条、170条、999条は、古諺「場所は行為を支配す」(*locus regit actum*)の適用である。

(訳注：Robert-Joseph Pothier、1699 年－1772 年、フランスの法学者) でさえもこのなかに入らない。その他も推して知るべしである。抵触法を論ずる著作は多いが、読んだ者は少なく、それが展開している理論を理解した者はさらに少ない。著作の多くは雑然とし、多くの論点が際限もなく論じられ、歴史の視点から解き明かす者はおらず、意見の一致をみるのもきわめて少数である。優れた法学者でさえ、抵触法の分野にはうとく、表面的な理解にとどまっている。メルラン (訳注：Philippe-Antoine Merlin、1754 年－1838 年、判例集 17 巻を刊行) は、判例集でなんども抵触法について触れているが、十分な説明はなく、論評も批評も加えておらず、ブルノアが『人格と法律の現実性論』に述べている意見など、先行の学者の意見をそのまま受け入れている。また、「場所は行為を支配す」という諺は正当とされ、広く認められていたが、これを民法典に入れるべきかが問題になったとき、フランスの法制審議員会委員は、その意味がよく分からないと明らかにしたこともある。したがって表面ではともかく、委員が慎重であったことは間違いない。民法典の起草者は、ほとんどの法学者がよく理解しておらず、個人的に研究もしていなかったこと、したがって不明な点が多いことを法律にしようとはしなかったのである。こうした考慮から、スタトゥータ理論においてももっとも重要で基本的であって、理論上も批判がなく、判例でもすわりのよい原則だけを拾い上げたのである。

さて、抵触法は平和な国際関係から生ずるものである。抵触法が必要になるのは、旅行、商取引、外国での財産取得、異なった国籍に属する私人間の関係である。1804 年にこうした国際的な法律関係が構築されようと感じていたことはたしかであろうが、現実はそのを許さないことも知っていた。ポルタリス (訳注：Jean-Étienne-Marie Portalis、1746 年－1807 年、民法典起草者の一人) は「商取引と文明が発展してから、いろいろな人々が以前よりも関係をもつようになった。商取引の歴史は、人間の交流の歴史である。したがって人の身分と能力に関しては、フランス人はどこにしようとしてフランス法に服す、とい

う定理を定めたことは重要である」と述べている<sup>(9)</sup>。しかしポルタリスが立法議会でこの発言をした共和歴 11 年風月 4 日(訳注: 1803 年 2 月 23 日)当時、リュネヴィル和約とアミアン和約によって、長い戦乱が終結したばかりで、イギリスとのあらたな戦乱の直前の、ほんのひとときの平和のなかにいたにすぎない。一時的に、戦乱の狂騒が鈍い不吉な敵意に代わっただけである。要するに、ナポレオン法典は各国の法律が抵触するというより、各国が競争している時代に編纂されたのである。また 1790 年と 1791 年の寛大な譲歩に立ち戻るのか(訳注: 1791 年 9 月 3 日憲法が外国人に緩和条件を認めたことを指すか)、ということが問題になったが、すくなくとも原則として、外国人は、あらためてフランスでの相続権は認められなかった。ここで忘れられたのは、抵触法の源泉であったのである。この時代の心性は、外国人を歓迎するものでも、外国法を適用するものでもなく、したがって、ナポレオン法典第 3 条に 3 項目を書けば十分と考えられたのであり、同法典にはフランスでの外国法遵守などは規定されなかったのである。

さらに、ナポレオン法典の起草者が留保したことを遺憾に思うべきではない。多くの点で、スタトゥータ理論は満足できる解決方法、あるいは異論なく受け入れられる最終的な解決方法とはされていなかったからである。仮に、革命が数年早く起きて、抵触法をとくに研究していたフローラン、ブイエ、ブルノアの三人に、最近、ベルギーでローランが命じられたように、抵触法について法案の起草が命じられたとしても、まずは、12 か条の条文を起案すると言われたら、当惑してしまったであろうし、こうしたことで合意することはできず、当時、抵触法はまだ未成熟であったから、ずっと限定されたものにならざるを得なかったし、少なくとも部分的には、臨時または仮の立法にならざるを得なかったであろう。さらに、すわりがよいとしても、当時のフランスがおかれていた社会政治状況を考慮すると、スタトゥータ理論の規

---

(9) ロクレ『民法典の精神(第 1 卷)』581 頁。

則を認めるのは無謀であったのである。民法典第 3 条の起草者は、慎重ではあったといえるが、ただしくは、抵触法について十分な知識がなかったので、抵触法を考慮することなく、民法典にわずかな原則規定をおいたのであり、民法典の相続規定の性格と調和をとるという問題もあり、現に外国人の相続といっても当時、その可能性は極めて小さかったのである。

ナポレオン法典が親署され、スタトゥータ理論が第 3 条の 3 つの項目と「場所は行為を支配す」という諺を適用したその他の条項 (47 条、170 条、999 条) に姿を変えてしまうと、18 世紀にいったんフランスで華開いた抵触法の理論的研究は、約 35 年のあいだ中断された。民法典の注釈者は、18 世紀の著作の民法典の目的説明を見て、そこに書かれていることを参照しながら条文の説明をするだけであった。そのとき、1834 年にアメリカの大学教授であり裁判官であるストーリー (訳注: Joseph Story、1779 年 - 1845 年、アメリカの法学者、判事) は、アメリカでは抵触法が州法の多様性と相互浸透のために、克服しがたい困難があることを述べ、過去からのヨーロッパの学者の著作からの引用と英米の裁判所の判例を満載した浩瀚な著作を刊行した<sup>(10)</sup>。同時期に、平和と学問の発展のおかげで、ヨーロッパであらたな事態が生じた。これは国際関係の時代の到来であり、日々あらたな通信手段が出現し、19 世紀を特徴づけるものである。このときから抵触法は重要な法学の分野となり、以来、大きく成長してきた。そしてかつてスタトゥータ理論を産み出した判例作業が再開された。その後は対象は、国際私法 (*droit international privé*)、すなわち諸都市の法規則や地方の慣習法の抵触ではなく、主権国家の国内法の抵触の問題となったのである。1834 年以降、この分野の著作は、フランス、ドイツ、イギリス、そしてアメリカで次々に発刊され、過去のスタトゥータ理論に関する文献を集めたよりも多く、図書館ができるほどである。

どこでも法律に規定がないことを理論で埋めようとした。理論にしたがっ

---

(10) ストーリー『法の抵触註解』、1834 年。

て簡潔すぎるほどのナポレオン法典の規定ができ、これを模範として他の法典の規定ができ、簡潔なドイツ民法の規定ができた。個々の研究に加えて、各国の法学者による共同研究が加わり、とくにパリの比較立法協会 (*Société de législation comparée*) は法律の周知を、ヘントの万国国際法学会 (*Institut de droit international public et privé*) は法律の調和を目指している。

これらの協力・努力によって、また国際私法の必要性が高まったことを追い風として、抵触法分野は急速に発展し、数世紀のあいだは萌芽状態であったのに、数年のうちに急成長し、いまではすべての法典に抵触法規定が含まれるようになった。

1865年に親署されたイタリア民法典は、抵触法規定として7か条をあてている。ベルギーでの民法典改正作業を担当した委員会は、抵触法規定を12か条にしても、多すぎないとしている。そして、国際私法規則が外国法の適用を命じる場合、国内法を適用するのと同じように破毀院は外国法の適用を監督すべきかなどの点を、理論の領域にゆだねている。

ベルギーでの民法典改正委員会が提案した12か条の抵触法規定は、19世紀を通じての抵触法理論の直接の成果である。ただしこれは現在の国際私法に先立つスタトゥータ理論に根ざしている。この点を確認してみよう。この確認作業をすることで、現在の民法典の改正という白熱した議論において規定が急に熟したように見えても、スタトゥータ理論にもとづく規定は決して古くはなく、これが決して未熟な果実ではないことがわかるであろうし、規定の改正に要したのは50年にすぎないとしても、実はそのかげに、過去5世紀にわたる発芽期間があったことが明らかになるであろう。改正法案の規定を評価するためには、現在の理論の比較だけでなく、歴史の光が必要であり、改正法案に安定性を与えるのは歴史の権威なのである。

## 第1章 抵触法に関する改正草案の発想

抵触法規則において重要なのは全般におよぶ考え方であり、これは法学者

や立法者が示すもので、そこから方法論が導かれる。どのような考え方にもとづくのか、その結果、どのような方向をとったのか、どのような深刻な問題に直面し、また解決にどのくらい長い時間がかかり、出口を見つけたのか、前進させるうえで、克服しがたい障害があったのか。スタトゥータ理論の歴史はこうした教訓に富み、その証拠を示している。

人が個人として法律に服し、主権者がその義務を免除せず、また、個人が自由の名において放縦をゆるされないという考え方から出発すると、抵触法において支配すべきは正義 (*la justice*) である。したがって、当然に、抵触法の分野では、次の手法をとる。すなわち法律関係の性質とそれを規制する法律の性格を念入りに検討し、主な点についてすわりの良い答えを出し、法律関係ごとに妥当する法律の性格によって、当該事案において、条理 (*la raison*) が適切とし、効力を有する法律に優先性を与えることである。

こうした探査における誤りはあり得る。たとえば人の身分は本国ではなく、住所に密接な関係があるとして、したがって抵触関係にある法律のうち、本国法よりも住所地法を優先することはあり得る。あるいは契約について当事者の意思がまず探査されるべきであるが、当事者の意思解釈にあたって、契約地ではなく、契約の履行地の法律に準拠することを同意したとすることもあり得る。また相続において、この種の財産の移転は、性質上、所有権の範疇にあるとして、この考えにもとづいて規制し、結論的に、財産所在地法によるとする国もあろうし、反対に相続は、家族関係に関係があるから、または少なくとも、相続法規定は家族関係から規制されるから、被相続人の本国法によるとする国もあるかもしれない。しかし誤りがあろうと修正されるのである。法学者は次々に現れ、おなじ考え方にもとづき、おなじ方法を取り、おなじ方向に向かって、おなじ論点に注意を払って、各人が不断に努力し、議論をすることで、最終的には真理にいたるのである。デュムーラン (訳注: Charles Dumoulin、1500 年 - 1566 年、フランスの法学者) がそうであり、先行の学者を継承して、契約に関する法的性質を研究し、それまでは知られていなかった

た考え方、すなわち契約については当事者の意思が優先すること、したがって当事者が準拠するとして選択した法によること、契約に明示がない場合には、当事者の意思を事情から探査すべきであること、という考えを提示した。14世紀のサリセ(訳注: Salicet、14世紀のボローニャの法学者)も同様に、先行したバルドゥス(訳注: Baldus de Ubaldis、1327年-1400年、イタリアの法学者)とは反対に、相続法は家族関係の規制対象であり、したがって抵触法では、被相続人の本国法に準拠するとした。現代では、サヴィニーもおなじ理由からおなじ結論に達している。歴史が提供するこうした事例はきわめて多い。

歴史は、このような考え方、方法が豊かな実りをもたらすこと、国際私法における発展はこの結果であること、他の考え方は学問の発展を停止させ、妨げになることを示している。

スタトゥータ理論は、13世紀と14世紀に、まず封建制を脱し、神聖ローマ皇帝からもほぼ独立したロンバルディア地方の諸都市のあいだ、また遠方とも商取引をしていたイタリアに生まれ、すぐにフランスにも入った。フランスの学者は、ロンバルディア地方の大学やローマ法の注釈学派とも交流をもち、諸都市の法規則や地方の慣習法の抵触規則を研究していたのである。これら学者は、本能的に抵触法の問題は、法的性質にしたがってそれぞれ適用される原則があり、衡平に解決されるべきであることを理解していた。その結果、法的性質にしたがって法律を分類し、まず、契約、不法行為、人、財産、相続など、次に、より詳細に、たとえば契約では人の能力、方式、実質、履行など、また不法行為では領土内での外国人の不法行為、外国での自国民の不法行為など、構成要素を分けた。

この方法によって、直面するおそれのあった多くの障害を部分的に克服することができた。当時は、光がまだ十分でなかったのである。合理的な説明に代えて、ローマ法を引用するのが風習であった時代であった。区分、演繹、制限 (*des distinctions, des deductions et des limitations*) の濫用は見られる。と



くにイタリアでは、特別の法規則があることを認める共通法のローマ法と衝突しながら、諸都市の法規則をその都市固有のものであるとし、またフランスでは、慣習法を厳に封建領地に限定する慣習法の封建的主権原則と衝突した。こうしたむずかしい問題はあったが、法典 (*Corpus juris*) に回答があると素直に信じてこれを支えとし、各分野の外国法を公然と率直に議論したが、現実には、法律を分類するうえでは天賦の才に導かれ、また複数の法律のなかから選択し、この法規則は現に一地方にかぎるが、この法規則は外国にも拡張できるというように正義の感覚を働かせており、当時としては驚異的な成果を上げ、おかしな点や誤りはあるが、こんにちでも通用する解決策の源泉となる判断を示している。人の身分と能力、財産、相続、契約の方式またはその実質および履行、手続、証拠、不法行為について、現在でも適用され、あるいは提案されている規則の大筋がきわめて明瞭にこの理論のなかには見られる。

初期段階から、オルレアン、トゥールーズ、モンペリエなどのフランスの大学の学者がボローニャやペルージアなどのイタリアの大学の学者と協力し、フランス人学者がまず概要をまとめてはいるが、その起源はユスティニアヌス法典の最初の編集書の『*Cunctos populus*』の注釈であり、とくにバルトルス (訳注: Bartolo da Sassoferrato、1314 年 - 1357 年) やバルドゥスという 14 世紀のイタリアの大ロマニストの業績が大きいのであるから、これをイタリア理論とすることができる。一方、フランスではとくに同時代のジャン・ファーブル (訳注: Jean Fabre、14 世紀フランスの法学者、法律思弁の著者) と 16 世紀のデュムーランを挙げたい。この理論は、15 世紀から 16 世紀のオランダを支配し、ドイツではさらに長く続いた。フランスでは、ダルジャントレ (訳注: Bertrand d'Argentré、1519 年 - 1590 年、フランスの法学者) が痛烈に批判し、1584 年に刊行した『ブルターニュ慣習法注釈』ではまったく異なる理論を提示し、イタリア理論にその後、あらたな進展はなかったが、17 世紀のあいだは守られてきた。したがってフランスで抵触法理論といえ、18 世紀の 30 年代以

降によようやく根付いただけのダルジャントレの理論ではなく、イタリア理論を想起しなければならない。

慣習法の主権性、すなわち厳密に領土の範囲内での絶対的主権性という封建的原則は、フランス、ドイツ、オランダで長いあいだ、イタリア理論の発展を止めたとはいえないが、阻害するものであった。相続などの分野では、イタリアでの理解とは異なった性格が印されてきた。しかしそれでもイタリア理論は、国際私法における多くの主要原則であり、一定の法律の規定は、超領土的あるいは相対的な効力を有するとしたのである。相対的効力 (*effet relatif*) とは、領土内でも外国人に適用されないことを、超領土的効力 (*effet extra-territorial*) とは、領土外でも自国民に適用されることをいう。

しかしフランスでは16世紀末、公式編纂作業の結果、慣習法があらたな力を得るようになった。当時、封建制のもとで封建領主は慣習法を領土内の法律とし、慣習法はそれぞれ独立しており、したがって慣習法は絶対的かつ排他的に領土に限定されるという考え方が有力になり、この考えが発展し、当初は従属した役割であったが、第一線に躍り出た。ロワゼル(訳注: Antoine Loysel, 1536年-1617年、フランスの法学者)が「慣習法は物的である」(*les Coutumes sont réelles*) (訳注: 1783年の *Institutes coutumières de Monsieur Loysel*, 第1巻、第2版では *Les coutumes font réelles* と記している) とし、これを定理とした。さらに有力な法学者であり、封建貴族であり、領地の独立維持に情熱を傾ける愛国者、ダルジャントレが続いた。その『ブルターニュ慣習法注釈』の相続における自由処分可能分 (*quotité disponible*) に関する第218条で、ダルジャントレは慣習法の主権原則の闘士であることをみずから示し、その信念に反するイタリア理論を打破するために立ち上がり、あたらしい抵触法理論を構築するための基礎を形成することを構想したのである。法律を分析し、これを分類し、さらに再分類し、必要があればさらに細分化するという(イタリア理論)の法律の分析手法に代え、ダルジャントレはきわめて単純な体系を提示

した。すべての法律を物法 (*statuts réels*) と人法 (*statuts personnels*) の二つに分けることである。物法は、領土内では絶対的な効力を有するが、そこから外に出ることはない。人法は、管轄地に居住する人に適用されるが、どこまでも人に付いていく。物法が原則であり、人法は厳密に制限された例外の地位にとどまり、不動産・動産の譲渡にはおよばないこととし、人の身分と能力に限定された。法規定が物と人の両方に関係する場合は混合 (*mixte*) とされ、一般規則によって物法に入れられる。これは合理的判断に代えて、正義の観念から緩和し、また弱められてはいるが、封建領主の主権原則の結果として、厳密な領土的限界とそのなかでの慣習法の絶対性という、古い封建社会の痕跡であり、政治思想を持ちだしたものといえよう。

この理論もいったん樹立されると、時間と場所によって運命は変転した。歴史的には二段階に分けられる。

17 世紀のフランスではさしたる影響はなかった。(ダルジャントレ理論に) 興味を示したのは、二流の学者だけであった。ショパン (訳注: René Chopin、生年不詳 - 1606 年、パリ慣習法の編纂者)、シャロンダス (訳注: Louis Le Caron、Loys Le Caron、または Charondas、1534 年 - 1613 年、パリ慣習法の注釈者)、ブロード (訳注: Julien Brodot または Brodeau、生没年不詳、慣習法に関する著作あり)、リカール (訳注: Marie Ricard、1628 年 - 1666 年、法学者、弁護士)、ルヌソン (訳注: Philippe Renusson、1632 年 - 1699 年、フランスの法学者) らは知ってはいたが関心を払わなかった。バルトルスとデュムーランによる理論は無傷のままであり、学者の著作でも高等法院の判決でも守られていた。現実には、フランスでのダルジャントレ理論は単なる時代錯誤であったのである。これは慣習法の主権性・独立性という封建思想にもとづいており、ダルジャントレ理論は、法律の世界ではフランスは分裂国家でありつづけなければならない、各地の慣習法をその管轄域内に閉じ込めなければならない、慣習法間になんらの交渉はないというものであり、これらすべては遺物になった時代の主張であった。アンリ 4 世 (訳注: 在位 1589 年 - 1610 年)、リシュリユー (訳注: 宰相在職期間 1624

年—1642年)、ルイ14世(訳注:在位1643年—1715年)の時代の直前であり、(ダルジャントレとは異なり)デューランは権力と法の統合の勝ち戦に乗りだしたのである。オランダでは、逆に、中世のロンバルディア地方に見られたのとおなじ事情が抵触法についてのあらたな研究を生む土壌となり、ここではダルジャントレの理論が重宝された。オランダには、フランスのブルターニュ地方のように封建的で独立を尊ぶ心性が沁みこんだ古くからの州(*provinces*)が存在したのである。ただしブルターニュは最終的にはフランスに帰属したが(訳注:フランス領へのブルターニュの統合は1532年)、オランダではスペインという宗主国に対する反抗心が芽生えていた。この感情に動かされたオランダ法学者は、ブルターニュの法学者が直面したのとおなじ抵触法の問題を抱えた。ダルジャントレ理論は、すぐにその福音となったのである。

18世紀には、フランスではフローラン、ブイエ、ブルノアという学者が出て、抵触法を研究した。これらの学者はベルギーやオランダの著作を読んでいた。これらの国ではダルジャントレ理論が支配的であり、この理論をとり入れることになった。当初はフランス起源であったダルジャントレ理論は、現実には強いられたわけではないが、ブルノアの最初の著作(訳注:*Questions sur les demissions de biens*)が発表された1727年以降、フランスの理論となったが、まだブルノアの著作ではイタリア理論が重要な地位を占めていた。外国ではすでにダルジャントレ理論もそのままではなく、ブルノアが高く評価したオランダ人学者のローデンブルク(訳注:Christiaan Rodenburgh、1608年—1668年、オランダの法学者、ブルノアが1677年に刊行した『人格論』にはローデンブルクによるラテン語の追記がある)は、これを発展させると同時に大幅に変更した。上記のフランス学者三人は、ただ研究の基礎としてダルジャントレ理論を参照しただけである。さらに三人はある意味では知らず知らずデューランによって伝えられたイタリア理論に触発されたが、これはダルジャントレ理論とほぼおなじ権威を有し、次に取り上げるオランダの最近の理論については、漠とした知識しかなかった。

最終的にはフランス理論はフローラン、ブイエ、ブルノアの業績ということが出来るが、その起源は多様であり、論者も当然、多くの点で意見はまちまちであるから、きわめて複雑で、統一性に欠けている。しかし次の三つの特徴を挙げる事ができよう。第一に、フランス理論は、法律を物法と人法の二種類に分けている。第二に、慣習法の領土的主権原則に立つという現実があり、この原則に反する人法を例外としている。第三に、それでも人法は正義の思想に発し、法の名において強制されるとしている。

この結果、次のような三つの重大な欠陥が生じた。

第一は、このように窮屈な分類のうえに抵触法規則を立てるのは、すべての法律を二種類に分ける、しかしこの二種類は全部を含むことはできない、という雲をつかむような (*chimérique*) 試みを強いるものであるという欠陥である。その結果は、見果てぬ目標という無駄な作業に墮し、努力、研究、議論は無益になる。これは解決不可能なことなのである。どうしても解決するというならば、窮余の一策に頼らざるを得ない。かつては人と物の両方に関係する混合法を生み出した。ダルジャントレのこの発想を借り、ただしダルジャントレがこれを発想したのはまったく別の目的であったことは無視することにして、当初の二種類の枠組みに三番目を加えれば、窮地を脱することができるのではないかと考えた。しかし法規則が目的という点で複合なら、適用の段階でも複合にならざるを得ないことを忘れていたのである。法律は、絶対的であると同時に相対的になることはできず、また厳に領土限定的であると同時に領土外への拡張も認めることはできないということは、抵触法における重要な点である。また理論の基本的基盤をなす分類をゆがめ、人的か物的か、いずれかの要素しかない法律を恣意的に人的、物的にすることもあった。たとえば法律行為の方式に関する法律については、ブイエは「場所は行為を支配す」の定理から、ある地の法規則に適合してその国で行われた行為はどこでも有効であり、人的であるとし、一方、ブルノアは、おなじ定理から、ある国の法律はその領土内では外国人にも適用されるから、

物的であるとする。このような処理は、理論体系全体を破壊することになる。また法律はすべて物法か人法かいずれかであり、人法・物法に対応する規定があるといいながら、契約のようにかならずしもここに入らないものがあるというのは、理論的立場を変えておきながら、いまいったことに知らぬふりをし、それまでやってきたことを捨てるものであり、イタリア理論にほかならない柔軟な方法に頼ることになる。イタリア理論がもっとも賢明な策ということになる。しかし法律二分類はどうなるのだろうか？ 法律の二分類ではなく、多様な法律関係に適切な規則を適用するために、より多くの分類・再分類をするのである。現実には人法と物法について、ダルジャントレが提案し、オランダで華々しく受け入れられた理論のおかげで、合理的な解決を見つけるため、いつもバルトルスの理論に立ち戻る必要があったのである。

第二は、物法と人法のあいだに例外を設けることは、理論の発展を阻害する障害を設けることになるが、これは人法の拡張を制限しすぎたダルジャントレの理論に見られた。例外的なのは厳密かつ拡張を許さない解釈のほうである。ブイエは人法の拡張に好意的であり、人法を原則、物法を例外とし、それまで受け入れられていた理論を転換しようとした。無駄なことをしたものである！ ダルジャントレ理論の基礎は、慣習法の領土内での主権性にあり、すでに多くの法律が相対的であり、超領土的であることが認められていたのである。現実のうえに存在する法律関係をひっくり返すことができるのか？ この点で、パリ高等法院弁護士のブルノアは、高等法院院長のブイエよりも現実的で、よい答えを出したのである。

第三に、一定の法律規定を、正義の考え方にもとづいて例外としての人法とすること、それ自体は合理的な考え方である。しかしこれは物法原則という考え方にまっこうから対立する。慣習法は法的主権性があるから、物的、すなわち、絶対的で、領土に排他的な法規則であり、法的には人法、すなわち相対的で、超領土的な法規則になりえない。絶対的規則が例外になることはなく、例外になれば、絶対性を失うからである。フランス理論で認められ

た二分類は共存しえず、妥協は無理である。ここにあらたな窮地が生じた。例外であり拡張を認められない人法は、ダルジャントレが閉じ込めた限界のなかでどうすることができるか？ 領土を超えて拡張するときにより妥当な理由があるか？ こうした問題にフランスの法学者は正義の考え方に頼った。しかし問題となっている矛盾が分かり、直面した矛盾に当惑して気がつき、躊躇しながら、ときにはほかの理由を挙げ、あるいは人法の超領土的性格は、コミティ (*bienveillance*) と人々の相互利益から許されるといった次に述べるオランダ理論から理由を借りて理由とした。しかしどうとりつくろっても、フランス理論は不統一な考え方の組合せのうえの産物である。ダルジャントレの理論から分岐したオランダ学派はこの点で誤ってはならず、両者の分岐点はここにある。

ダルジャントレは、イタリア理論にたいしてまだ批判がなかった時代に生きたのであり、当然、影響を受けている。望んだわけではなかろうが、イタリア理論から拝借し、ある程度は人法を認め、法の名において強制することを認めた。この点ではベルギー、オランダにおけるダルジャントレの追随者はおとなしなかった。ダルジャントレは、フランス理論の人法の基礎にある正義の考えの一端を単に示しただけであるが、オランダ法学者ローデンブルクは、雄弁といえるほどこれを発展させた。しかしオランダの各州で独立の機運が高まり、優勢になり、その日が来て、政治的な自由を獲得すると、抵触法について、オランダ・ナショナリズムとは相いれない外国思想の影響は耐えがたいものと感じられ、オランダはイタリア理論から離れ、関心を失ってしまった。ここで小さいとはいえ、人法に一定の場所を譲ったダルジャントレの矛盾を認識した。ここからイタリア理論、フランス理論に続く第三の理論であるオランダ理論という外国法の要素を拒否し、慣習法を、排他的絶対的な法原則として、主権性を再認する理論が現れるのである。

オランダ理論は、17 世紀の後半に形成された。この理論は、やや考え方に

混乱が見られるパウル・フット(訳注: Paul Voet、1619年-1677年)、その息子で、バルトルスやダルジャントレといった理論の主導者にも比すべき、明晰で、詳細、かつ学問的な研究により理論を構築したヤン・フット(訳注: Jan Voet、1647年-1714年)および簡単かつ要領よく公式化したウルリクス・フベルス(訳注: Ulrich Huber、1636年-1694年)の業績といえよう。

ヤン・フットは、法律の対象について物法、人法、混合法という分類を認めたが、この分類はすでに約100年前にさかのぼる。しかし法律の効力については、少なくとも権利についてはこうした分類を行っていない。この視点は重要であり、この点においてヤン・フットは法と事実を明確に分けた。法については、対象が物的、人的または混合的であれ、それを生み出した立法権がおよぶ領土のなかだけに制限される。国家はすべて平等であり、独立し、それぞれが主権を有しているから、国家の裁判官にたいして他の国の法律を適用するように強制するのは許しがたいのである。これは耐えがたい権力の侵害である。ただし実際には、コミティによって(*ex comitate*)、または相手もレシプロシテイ(*réciprocité*)によって譲歩してくれることを予想して、国家の裁判官は、強いられてはいないが、外国の法律を適用することを納得するのである。たとえば自国の公益が侵害されず、自国民に損害が生じないのであれば、外国人にたいして、その身分と能力に関してその住所地の法律を適用し、あるいは法律行為を行った地の法律が求める方式にしたがってなされた法律行為を有効と認めるのである。

この理論はダルジャントレ理論以上に簡単で、さらに論理も一貫している。法律の絶対性と厳密な領土的限界をいいながら、なかには相対的な法律、超領土的な法律があるといえれば矛盾するが、法律は絶対的であるが、恩恵的な配慮から法律を緩めることができるといえれば矛盾していない。ただしオランダ理論は、もっとも深刻な段階での抵触法の問題を解決するための理論であるというべきである。これは欠陥のある解決策より劣るものであり、解決にならないといわざるをえない。ダルジャントレの理論に矛盾点があるとして



も、少なくとも生命と進歩を生み、正義の考え方があった。時代の政治情勢に遭遇し、無意味な争いが生じ、そのために国際私法の発展が遅れたことは否めない。この争いは苦いものではあったが、実りはあった。イタリア理論が占めていた地位、フランスの理論が最初から失っていた地位、すなわち抵触法の問題の合理的な解決は、18 世紀の末にすこしずつ回復されたのである。ダルジャントレの理論が導入した正義という考え方が打ちやぶったのである。法律共同体において、人の身分と効力、法律行為の方式などについて、必要があればダルジャントレが禁じてきた外国法の適用ということに回帰したのである。一方、オランダ理論は致命的なほど不毛であった。必要に迫られ、コミティを働かせるべき場合、あるいはそのほうが利益がある場合は、法律上強制されはいないが、外国法を適用するというのでは、抵触法の解決が単なる恣意となってしまう。いったいどこに合理性があるのか？ あるときは裁判官はコミティによって外国法にしたがうべきなので適用するといひ、あるときはおなじ問題に別の裁判官が反対の意見を出すことがありうる。判決の違いは、裁判官個人のものの見方の違いに堕してしまう。コミティ (*bienveillance*) は性質上、違いが生じやすく、利益の認識には差がある。利益をいうこと自体、違いを生むものではないのか？ したがって抵触法で裁判官の恣意ということは、個人にとっては予見不可能を意味する。法の否定の上にこうした重要な方法論を立てるのは、国の独立性を不可侵とし、理論を不毛にすることである。

一般的考え方と方法に関し、三つの時代に分けた抵触法の理論は以上のとおりである。では、ナポレオン法典の立法はどれにあたるのだろうか？ 一般に単に「伝統的なスタトゥータ理論」によると理解されている。すなわち法律を人法と物法に二分類し、バルトルスを起源とし、14 世紀の著名なイタリア理論に、デュムーランの理論だけでなく、ダルジャントレの理論、さらにはフットの理論を結びつけたと理解されている。換言するとスタトゥータ理

論をバルトルスによって構築された単一の理論であるとしているが、時間の経過にしたがってさまざまな傾向、すなわちひとつはデュムーランやブイエなどの法律の人的性格の傾向と、またダルジャントレやとくにフットなどの法律の物的性格の傾向を見ることができる。スタトゥータ理論にきわめて古い伝統的権威を与えており、この理論はナポレオン法典第3条に体现されているから、ことは重大である。

以上の歴史的素描が正しいとしても、スタトゥータ理論の性格についてのこうした理解にはまだ誤りがある。スタトゥータ理論とナポレオン法典との関係については、次に述べることがただし。第3条第2項、第3項(第1項は公益と安全に関する規定)では、外国人が所有するものも含め、フランスに所在する不動産に関する法律と外国に居住するフランス人の身分と能力に関する法律のあいだに、法規則の二分類によって、対立的な規定が定められている。したがってダルジャントレの理論に結びつくようであるが、結局はフローラン、ブイエ、ブルノアの理論に基礎をおいている。これも当然である。この最初の印象は、準備作業の事情を考慮すると強められよう。とくにフォール委員は、共和暦11年風月14日の立法議会での演説で第3条を取り上げて「法において、人法と物法という呼ばれる周知の考え方を基礎としている」と述べている<sup>(11)</sup>。しかし以上に述べたように、ナポレオン法典には18世紀のフランスの理論が反映されているというべきか? そうではなからう。「基本原則」がそのまま成文法の規定になることはない。条文自体、物法と人法の二つの規定しかなく、一方が原則で他方が例外という関係にあり、双方が互いに排斥しあうから、相反しているが、これ自体が慣習法の主権性という政治思想と法の尊重とのあいだで揺れうごいた結果であり、18世紀理論そのままではない。逆に、ナポレオン法典第3条には、イタリア理論を支配した精神の現れやファーブルやバルトルス、デュムーランによる方法の適

---

(11) ロクレ『民法典の精神(第1巻)』612頁。

用を見いだすことができる。これをナポレオン法典の起草者が意識していたとは思われない。繰り返すが、立法者はスタトゥータ理論について漠とした知識しかもっていなかったのであり、ダルジャントレの理論とバルトルスの理論の違いを夢にも考えたことはなかろう。しかし立法という仕事を前にして、立法者はバルトルスはその時代に同時代人のために実際的ルールを求められたこととおなじように考えたのである。良識にしたがって、立法者はまずこの良識が指し示す方法にしたがったのである。法律を三種類に分ける、これに躊躇はなかった。立法者は次のようにしたのである。治安と平安に関する法律に関しては、社会的利益が領土全体におよび、全員に区別なしに強制される。不動産の確定、運営、処分については、とくに相続の場合、フランスに所在する不動産については、フランス領土内にあるので、外国法は適用されない。人の身分と能力に関しては、それぞれの国で風土、人種、風俗、宗教など国民性を形成するものの影響を受けるので、フランス人が外国で行為しようと、フランスの司法の観点からは、フランス法に服させるのが当然であり、不都合もない、と。ナポレオン法典の編纂時に、フランスに存在したスタトゥータ理論を参考にしながら、立法者はそこから単に法律の要素を拾い上げたのである。スタトゥータ理論を知ったときには、すでにこの理論は風化していたが、三つの規則が提供され、これは同列のもの、独立、対等なものとして表わされた。物法、人法ということばを避けたことには驚くべきであろう。このことばは理論や注釈に便利であるが、法律条文としては十分に明確ではないのである。

以上はナポレオン法典を一読するとわかることである。法典の準備作業では、さらに否定しえない証拠がある。ポルタリスは、政府の名において共和暦 11 年風月 4 日に立法議会に理由説明を示しているが、第 3 条の規定に來ると、次のようなことばで表現している。すなわち「同じ権限から生じても、法律の性格はすべておなじではなく、また適用、すなわちその効力の点でもおなじ性格でもない。したがって法律を分ける必要がある。たとえばそれな

くしては国家が存立しえないという法律がある。これは国家の公安を維持し、安全を監視する法律である。この重要な法律は、領土内に居住するすべての者に強制されよう。・・・普通の法律はどうか？ 人の身分と能力に関する法律と財産に関する法律とを区別する。前者は人法と呼ばれ、後者は物法と呼ばれる。人法はどこでも人について回る。・・・フランス人の資格は、外国人の資格とおなじように自然または法律の産物である。・・・しかし人の身分に関しては、フランス人であればフランス法によって規制される。・・・財産に関するフランスの法律は外国人が所有するものであろうと、フランス法が不動産を規制する。この原則は、研究者が『すぐれて主権の領域』と呼ぶ原則によるものである。・・・外国人については、領土は主権者または国家の支配のもとにあるものだけで構成される」<sup>(12)</sup>。さて、ポルタリスが与えた理由は、少なくとも第3条第2項、第3項に関するかぎり、もう少し詳細にすべきで、批判もあろう。しかしこの理由説明からは、終始一貫してイタリア理論に見られる方法を参照したことは明らかであり、これはきわめて合理的な方法であった。

したがって一方では、たとえば相続について見られる規則については、この理論の「基礎」の一部を構成するとみなすことが可能な理論について、18世紀のフランス理論に結びつくことは認めなければならない。しかし他方では、すべての法律の二分法にしたがっているのではなく、法律に領土的限界があるもの以外をすべて例外とすることも強いられていない。フォール委員が述べたように「第3条は、なにがフランス法が規制する人であり、なにが規制する財産なのか、を明解に公式的に定めた」のである<sup>(13)</sup>。しかしそのほかの法律関係をフランス法に服させ、あるいは条理によって一定の法律関係を外国法に服させて、この不十分な条文を補完することは禁じられていない。

---

(12) ロクレ『民法典の精神(第1巻)』579頁以下。

(13) ロクレ『民法典の精神(第1巻)』612頁。

抵触法の問題が生じた場合に、法律関係に適切な法律を適用するために必要と判断して、法律を分けることは自由である。立法者とその注釈者は、その例を示している。

ナポレオン法典が公布されてから、ベルギーに改正担当委員会が設けられるまでに 80 年かかっている。この間になにがあっただろうか？

かつてのイタリア理論は、13 世紀から 14 世紀のイタリアとフランスのロマニストが構築したものであり、18 世紀の 60 年代までのフランス、17 世紀末までのドイツで支配的であったが、法律の主権性という点について、封建思想の影響が顕著になったとき、この理論は衰退し、その後ドイツの偉大なロマニストのサヴィニーによって再認識され、称揚された<sup>(14)</sup>。ほかに、ブロシェ (訳注: Charles Antoine Brocher, 1811 年 - 1884 年、ジェネーヴ大学教授)、フォン・バール (訳注: Ludwig von Bar, 1836 年 - 1913 年、ゲッチンゲン大学教授、常設仲裁裁判所判事) などの研究者もこれを認め、著作上の原理とした。また、イタリア理論は、ナポレオン法典の基本原則となっており、ナポレオン法典をモデルとした (1838 年施行の) オランダ民法典の総則 (6 条から 10 条)、1865 年のイタリア民法典の第一編 (6 条から 12 条) にも見られる。

ダルジャントレの理論は、17 世紀のベルギーとオランダの論者が、またその後 18 世紀にはフランスの学者が発展させ、修正し、フランスには多くの追随者がいる。しかしダルジャントレの理論を深化させ、趣旨を承知して認めたのではない。ダルジャントレの理論は民法典が是認し、バルド (訳注: Louis Barde, 1852 年 - 1932 年、モンペリエ・ボルドー大学教授) は、これを確認し、証明のため一書を献じたと考えられているが<sup>(15)</sup>、これはただしくない。ダルジャントレの理論は、理論的には守る者もなく、その支配は終わったと見な

(14) サヴィニー『現代ローマ法体系 (第 8 巻)』第 1 章。

(15) バルド『スタトゥータ伝統理論』。

ければならない。

逆に、オランダの理論は著しく発展した。オランダ理論は17世紀の末に始まるので、もっともあたらしい理論であるが、ダルジャントレの理論に接ぎ木されて、英米法理論となった。イギリスの立法にいまも沁みこむ封建的精神、イギリス人と17世紀のオランダの法学者が共有する法律の主権的性格に関する視点の縁戚関係、これらは結果として、イギリス人、その後アメリカ人が国際法の必要性を認識したときに、自然に国内法の主権的性格と国民感覚に適合するオランダ理論を志向するようしむけた。さらに残念ながら、世界の広い範囲でオランダ理論は受け入れられ、さらに残念なことに現在の国際私法学では、対立を生んでいる。ヨーロッパ大陸ではフランス、ベルギー、オランダ、ドイツ、イタリアの法学者のあいだに意見の不一致があるだけである。意識しているかどうかかわからないが、ヨーロッパの学者はイタリア理論に啓発されてはいる。しかし英米の判例には、(イタリア理論にたいする)対立しかない。フランスでも、オランダ理論の隊列に加わる学者がいる。とくに、フェリックス(訳注: Jean-Jacques Gaspard Foelix, 1791年-1853年、フランスの弁護士)は当初、個人的な考えからヨーロッパの法学者の意見に反対するようになり、抵触法において法の厳密かつ絶対的な領土的性格をアメリカのストーリーが採用したのを見て、これを唯一の原理とし、これを確認し、フランス法に関する重要な注釈書のなかで、オランダ人のウルリクス・フベルスの定理を原理とした<sup>(16)</sup>。

法規則に関するこれらの三つの理論に加えて、最近、第4の理論というべきイタリアの理論が主張されている。主たる学者は優れた教授で政治家でもあるマンチーニ(訳注: Pasquale Stanislao Mancini, 1817年-1888年、イタリアの法学者)である。その考え方は、ダルジャントレやフット、フベルスの考え方と正反対で、抵触法では人の国籍が中核的原則でなければならず、したがって

---

(16) フェリックス『国際私法提要』第2版の前文と第4版の19頁以下参照。

個人がどの国にしようと、その本国法がその国の公法、公序と衝突する場合を除いて、本国法を遵守することを認めるべきであると主張する。マンチーニは「私人の法律関係に関する民事法は、個人的であると同時に国家的であり、したがって本国外でも個人に付随する。反対に、公法は領土的である。公法は領土、および自国民・外国人を区別することなく、居住者を拘束する」という<sup>(17)</sup>。マンチーニの理論を、ローランはまず大著『国際民事法』で、次にさらに明確に、ベルギーの民法典改正法案で取り入れている。これは、対立するオランダの理論よりも真実に近いとはいえないと思う。いずれも政治思想に触発されたものである。ヤン・フットは、オランダ連合州が独立に立ち上がると、国家の独立に全霊をささげた。マンチーニもイタリア国家が統一され、かがやかしい国家になることを望んでいた。現実には、これら理論はいずれもそれ自体では、抵触法について、正義をただしく配分するものではない。しかしイタリアのマンチーニ理論は、オランダ理論に比べると害にはならないようである。結果はどうだっただろうか？ 要するに、1865年のイタリア民法典の第一編の6条から12条の編集にもほとんど影響を与えないほど、軽微である。ナポレオン法典第3条には古いフランス理論の影響があるが、マンチーニは、イタリア民法典の条文をその理論に近づけようとしたが無駄であった<sup>(18)</sup>。ナポレオン法典もイタリア民法典も、いずれもイタリアの古い理論の考え方と方法にのっとり、実務には強制されているのである。

以上がこれまでの事情、すなわちナポレオン法典第3条について抵触法の改正法案が起草された時期の国際私法学の状況であった。

さて、かつてのイタリア理論の考え方と方法にしたがって、民法典第一編

---

(17) マンチーニ『国際私法誌』1874年285ページ以下、とくに297頁。

(18) 注17に同じ、299頁。

第3条から第14条の改正草案が起案された。したがって、委員会によれば、改正草案全体として各々の単位法律関係にたいして条理にもとづき、正義にしたがってもっとも適当な法規則を適用することとしている。驚くことでもなく、喜ぶべきであろう。落ちつくところに落ちついたのである。50年にわたる内容のある議論を経て、また1865年のイタリア民法典が先例を示しており、英米法学派に属さない法学者は、ナポレオン法典の起草者より分別が足りないわけはなかろう？

ただしベルギーでの民法典改正委員会は、イタリア民法典の影響を述べないではいられなかったようで、「改正案の第3条から第14条の主たる性格は、規制対象の法律関係の性質によって、あるいは社会的利益の保護のため、国内法の排他的な主権性を認めるべきでない場合に、外国人の民法の適用を認めることにある。最近のイタリア民法典にも見られる最近の立法の傾向と重要かつ多数の著作が提示している最近の国際私法学の傾向は、改正法案で否定しがたい支えとなった・・・」としている。これによると、委員会が参照したローランの改正法案および理由説明とおなじように、委員会はふたたび国内性の理論に陥っているようであるが、そうではない。委員会の改正法案では、イタリア民法典と同様、国内性の理論に結びつく規定はわずかである。先行したローランの改正法案は採用されなかった。「動産および不動産の財産は、それが属する国内法による」というローランが導いた結論は明らかに排除された。改正法案第6条(訳注:「相続は被相続人の本国法による。遺贈・遺言の成立と効力は、遺贈者・遺言者の本国法による。本国法は、動産の性質、同人の所在国にかかわらず、適用する」と規定する)は、相続、遺贈、遺言を被相続人の本国法によるとしているが、これは数少ない例で、改正法案では人は原則として外国でもその本国法によるという一般的な考え方によっているのではなく、相続法の性質と家族関係との親近性によるのであり、これはめあたらしい理論ではなく、イタリア理論に新奇を持ち込んだ14世紀法学者のサリセの理論によるものである。



その他の二つの理論については、委員会の理由説明では特段の記述はなく、また第二部における発言も記録されていないが、ベルギー法案改正委員会の報告は、その考え方が誤解されないように、十分に説明している。報告は、どこかで、傍論として「改正法案は、いわゆる国際礼讓の理論を放棄し、コミティとしてではなく、法律上の必要な結果として、外国法の適用を認めるのである」と述べている<sup>(19)</sup>。ここでとりあげているのは、かつてのオランダ理論、現在の英米法理論である。他方、古いフランスの理論に言及する箇所もある。「改正法案は、物法と人法の区別を維持しているが、それぞれ法的性質から適当な事項を対象としている」と述べている<sup>(20)</sup>。

法律関係の性質にしたがって抵触法の問題を解決することは、まさにイタリアの古い理論の方法であった。コミティではなく、法的概念に必要な結果として外国法の適用を認めることは、イタリア理論の原則であった。ベルギー民法典の改正法案は、ナポレオン法典のあと、また 1838 年オランダ民法典、1865 年イタリア民法典のあとではあるが、13 世紀のスタトゥータ理論の考え方に触発されており、この理論は 600 年間、さまざまな障害があったが、法律の絶対的かつ厳密な領土的限界という封建思想が広まったにもかかわらず、抵触法を発展させ、保証したのである。ここから重要な結論が導かれる。抵触法の解決には、イタリア理論にただしい回答があるということである。ベルギーの民法典改正委員会の法案は、またも目に見える形でこの合理的方法を是認し、国際私法学の発展に貢献したのである。これは法案に有益であるとともに、それに権威を付与するものである。

---

(19) 第二分科会報告書 2 頁、末尾。

(20) 第二分科会報告書 4 頁、中段。