

36 国際機構の地位協定に関する手続法、抵触法並びに実質法の諸問題

ディミトリオス・チクリカス

(安達栄司訳)

- 1 国際機構によって締結され得る協定—協定準拠法
- 2 契約当事者による協定に適用される法秩序の指定
- 3 抵触法による国家法秩序の指定
- 4 国際法秩序の適用
- 5 (仲裁) 裁判官による自由裁量による裁判
- 6 超国家的法秩序 Transnationale Rechtsordnung への協定の服従
- 7 超国家的法秩序の形成及び発展にとっての比較法的方法の意義
- 8 超国家的法秩序の規範を「直接適用法 *loi d'application immédiate*」
とみなすこと

国際機構は、今日、その恒常的な活動分野を国際的な政治的、社会的、及び経済的世界の中に拡げており、あらゆる種類の紛争を解決すること、及び世界的規模での、または少なくとも地域的な生活状況の向上を図ることを目的として、介入的に国際関係を操縦しようと試みている。

国際機構の活動にとって重要な手段になるのが国際協定である。国際協定は、組織自体を創造し、かつ存続させ、その活動の枠組みを確定し、そして最後に国際機構による管理・介入方法を明らかにする。

国際協定の締結によって、国際関係に関する多かれ少なかれ包括的な標準化は行われるのであるが、しかし協定による利害調整は後に法律紛争を引き起こすことになり、その解決のために手続法、抵触法、及び実質法にかかわる難しい問題に正面から取り組まなければならない。

1 国際機構によって締結され得る協定—協定準拠法

国際機構の活動は、個別的行為を指定することのなかに尽きるわけではなく（この個別的行為は立法的及び行政的行為と呼ぶことができる）、協定を締結することにおいても現れる。後者の活動は、以下のカテゴリーに分類される：

(a) 国際機構どうしの協力を定める、またはそれらの管轄権限の範囲を確定する協定。この協定は、組織協定と呼ぶことができる⁽¹⁾。

(b) 国際機構の特権及び免除を規定し、構成国または第三国との間で締結され得る協定（機関協定⁽²⁾）。

組織協定も機関協定も国際法上の協定を意味している。それらは国際法上の主体によって締結され、国際法に典型的な事件について利害調整する。

(c) 国際機構の職務の遂行に直接役立つわけではないが、国際機構の円滑な機能発揮にとって不可欠の協定。この協定は、私法上の事件（売買、賃貸借、役務提供）に関するもので、私人との間で締結され、各国の法秩序によって規制される^(2a)。

(d) 国際機構の職員を採用するための協定で、内部の組織法によって判断されるもの^(2b)。

(e) 国際機構の職務分野に関連する協定で、それはさらに二つのカテゴリーに分類される。

(aa) ひとつの分野における組織の活動の枠組みを明らかにする協定。

(bb) 組織の目標を直接実現するための方法を明らかにする協定。

第一のカテゴリー（aa）に関して、その協定が国際法に服すべきことが考えられているならば⁽³⁾、第二のカテゴリー（bb）に関しては、次の二つに区別

(1) So Zemanek, *Das Vertragsrecht der Internationalen Organisationen*, 1957, S.48. Vgl. auch Brownlie, *Principles of public international law*, 1987, S. 692/693.

(2) Zemanek, a.a.O., S. 49, Wenckstern, in: *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, II/1, 1994, Rnr. 105 ff.

(2 a) Vgl. Reuter, *L'ordre juridique international et les traités des organisations internationales*, FS Mosler, 1983, 752, Bowett, *The law of International Institutions*, 1982, S. 365 ff, Brownlie, a.a.O., S. 690.

(2 b) Vgl. Bowett, a.a.O., S. 367.

(3) このような協定は、国際法主体—国際機構及び国家—の間で締結され、また

される。

(a) 明らかに国際法上の権利及び義務を発生させる協定は、国際法に服する⁽⁴⁾。

(b) 投資政策上・通商政策上の援助または経済的援助を提供する、一方が国際的経済機関で他方が国家または私人であるもの間で締結された協定の準拠法は、しかし、そう簡単には判定できない。これらの協定の規制に適している法秩序を探求するという問題を、以下本稿で取り扱う。

2 契約当事者による協定に適用される法秩序の指定

協定当事者が特定の法秩序を協定に適用することを合意し、かつ法廷地の国際私法がかかる合意を許容するならば⁽⁵⁾、この法秩序が協定に適用されなければならない。しかしながら、協定当事者がそのような合意を何ら行っていないケースが頻繁に生じている。国家当事者の、または私人当事者が属する国家の法秩序が協定に関して十分に規制することができない場合⁽⁶⁾、または国際機構が協定相手の属する法秩序に服従しようとせず⁽⁷⁾、かつ協定相手が別の法秩序の指定に同意しない⁽⁸⁾という場合、双方当事者の協定上の関係を調整するとい

組織上の活動の実施に関する指針を定めるものである。

- (4) 国際連合安全保障理事会と国際連合加盟国との間の協定であって、国家の少数民族に関連して生じている諸問題を解決しようと試みる協定がそうである。
- (5) Vgl. Art. VII Eu-Übereinkommens; Art. 13 III VerfO Schiedsgerichtshofs IHK; Art. 33 UNCITRAL-Schiedsordnung; Art. 1496 N.C.P.C.
- (6) 長期間でかつ特に複雑な協定—例えば、主として資本的及び通商的政策の援助が行われるための協定—と短期間で、より単純な協定を区別しなければならない。国家法による規制が不十分であることの危険性は、まず何よりもこの第一のカテゴリーについて生じる。他方で、かかる危険性は、発展途上国の法秩序による協定関係の規制の場合にもほとんど例外なく存在している。
- (7) Vgl. auch Reuter, FS Mosler, 1983, 749. 国際機構は、協約準拠法が国家法の改正によって影響を受けることがないように、協定相手の法秩序に服することを望まない。協定相手がその国際機構の加盟国である場合であっても、その加盟国の法秩序に服することは国際機構の中立性に疑問を投げかけることになるだろう。
- (8) この別の法秩序が、自国の法秩序と比べて特に構造上の隔たりが大きく、そのため本案について下される判断の効力が自国の法秩序の「公序」に違反することを理由に承認されない危険が存在する場合である。

う問題は特に緊急性を帯びる。

3 抵触法による国家法秩序の指定

当事者の合意がないならば、協定に適用される法秩序を法廷地の抵触法によって探知するという考えが当然出てくる。

(a) 協定から発生する紛争について管轄権を有する法廷地

協定から発生する紛争に関して国際裁判管轄を有する可能性があるのは、協定の義務履行地、被告の本拠または財産をその管轄区域内に有する国家の裁判所である。しかしながらこれらの協定がある国家の裁判権に服することができるのかどうかは問題である。協定が国際機構の職務の遂行のために締結されている限りにおいて、その協定は「皇帝による行為（主権的行為、*acta jure imperii*）」とみなされ⁽⁹⁾、その結果、その協定に関連する紛争について国際機構の免除（裁判権免除）が認められることになる⁽¹⁰⁾。したがって国際機構がこの免除を（例えば自発的提訴によって）放棄しないならば、国家の裁判所には（国際的）裁判権がなく、訴えは不適法として却下される⁽¹¹⁾。

それに対して仲裁裁判所による紛争解決が合意されているならば、その合意を根拠として国際機構が免除を黙示的に放棄したことが考えられる⁽¹²⁾。した

(9) Vgl. Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Bd. I, 1983, S.198. 営利取引の目的を追求している国際機構に関しては、しかし、免除は認められない。Vgl. Fikentscher, a.a.O., S.195.

(10) 免除理論においては、国家免除と国際機構の免除は区別して論じられている。Vgl. dazu Schaumann/Habscheid, *Die Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht und deutschem Zivilprozeßrecht*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 8, S. 11 ff. さらに付け加えるならば、国際訴訟においては、「職務的行為 *acta jure gestionis*」と「主権的行為 *acta imperii*」の区別なしに国際機構に免除を保障しようという傾向にある。Vgl. Wenckstern, in: *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, II/ I (*Die Immunität Internationaler Organisationen*), 1994, Rnr. 196 ff.

(11) *Statt aller Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht*, 1993, § 19 II 1a.

(12) Schaumann/Habscheid, a.a.O., S.222, Wenckstern, a.a.O., Rnr. 428. Vgl. aber auch Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 1989, Rnr. 448 ff.

がって、紛争に関しては仲裁裁判所が裁判することになり、仲裁当事者が手続の準拠法を指定していなかった場合には、仲裁裁判所は、固有の手続法規を適用するか、または仲裁人の裁量によって手続を形成する⁽¹³⁾。

(b) 抵触法上の問題

しかし、上述のような協定に対してある国家の法秩序の規定を適用する前提として、法廷地の抵触法によってその国家の法秩序が指定されなければならない。しかも、仲裁裁判所がかかる事件について判断することになるような場合には、国家の「効果法 (lex cause)」を指定する抵触法の決定に関して、多くの問題が生じる。仲裁裁判所は、誰もがその抵触法規範、並びに手続法規範が基準になると見なすような固有の「法廷地法 (lex fori)」を有していない⁽¹⁴⁾。ここでも再び、抵触法規範は、仲裁裁判所の本拠が属する国家の法秩序から引き出すことはできない。なぜなら、機関仲裁の場合を除き、仲裁裁判所の本拠は連結点としては不適切なものだからである。仲裁裁判所の本拠は、仲裁手続の開始の時点ではまだ確定することができず、またそうでなくても仲裁裁判所の本拠は手続終結までしばしば変化し得るのである⁽¹⁵⁾。

その結果、抵触法規範の選択は仲裁裁判官の自由に委ねられ⁽¹⁶⁾、そしてこのことが、本案に適用される法の発見に関して重大な不確定要素になっている

(13) Vgl. Schlosser, a.a.O., Rnr. 448 f.f., Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 1990, Abschnitt IV, Kap 53, Rnr. 5, Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 1991, Rnr. 95, Calavros, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1988, S. 104. アド・ホック仲裁裁判所の場合、固有の手続法規がないので、機関仲裁についての仲裁裁判所手続法規を適用することが原則になっていることに留意すべきである。Vgl. auch Ch. Wolf, Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 96/97.

(14) 国家裁判所とは反対に、仲裁裁判所はいかなる国家法秩序にも構造的に組み込まれていないからである。Vgl. auch Schlosser, a.a.O., Rnr. 726, Böckstiegel, Anwendbares Recht im internationalen Schiedsgerichtsverfahren, FS Beitzke, 446/447.

(15) Vgl. auch Böckstiegel, FS Beitzke, 446/447, Schütze, a.a.O., Rnr. 88.

(16) Vgl. Schlosser, a.a.O., Rnr. 726 und Schwab/Walter, a.a.O., Abschnitt IV, Kap. 55, S. 448/449. は、仲裁人が基準になる抵触規則を指定することができるように、欧州条約 (7条), ICC 仲裁規則 (13条 3項) 及び UNCITRAL 仲裁規則 33条 1項が仲裁人に保障している自由権限に関して論じている。

る⁽¹⁷⁾。

最後に、管轄権を持つ法廷（仲裁裁判所又は国家裁判所）は、法発見の手続に適用される抵触法を指定し、そして、ある国家の法秩序の指定が行われ、それを用いて協定上の紛争は解決される。

しかし、かかる指定に対して異論が唱えられるならば、そのような法指定の成果は疑わしいものとみなされる可能性がある。まず最初に、かかる法指定は当事者の利害を正しく評価していないものだと確信される。その理由は次の通りである。すなわち、協定相手である国家、または協定相手が国籍者として帰属している国家の内部において、協定が締結された、またはその義務履行地が存在するという理由から、協定相手の法が国際機構に適用されることになるならば、協定当事者間の均衡は著しく阻害される。協定を規制する法が国際機構の協定相手の有利に変更されてしまう可能性がある⁽¹⁸⁾。その国家が国際機構の構成国であるならば、その国際機構が当該国家の法に服従することは、すべての構成国に対して等しく距離を置くという原則と矛盾することになる⁽¹⁹⁾。それ以外にも、国際機構によって締結された協定がその都度別の法（その都度の協定の相手方当事者の法）に服せしめられる限りにおいて、国際機構によって締結される協定の類型化は格別に困難になる⁽²⁰⁾。

さらにまた、国際機構の協定の相手方でもなく、またその構成国でもない国家の法が適用される（協定が第三国において締結される、又は履行される）ならば、実体に即した問題の解決をもたらすことができない。そのような、格別に国際的な性格を示している協定に関しては、協定当事者に特段の合意のない限り、国家法の適用を支持する理由は何も存在しない。むしろ逆である。協定に基づいて発生する紛争の解決が国際的な仲裁裁判所に委ねられていたならば、協定の当事者はその協定の諸条件を完全に国際化することを欲していたと想定することができる⁽²¹⁾。協定の諸条件の地域分属化は推奨されるべきでな

(17) Vgl. auch Schlosser, a.a.O., Rnr. 726.

(18) 協定を国家と締結するのではなく、協定相手が私人である場合であっても、このような問題は起こり得る。通常、その私人が属する国家は、私人が負っている義務の履行を保証し、そのために国家は主契約の準拠法の形成に利害関心を持っているものである。Vgl. auch Schlesinger/Gündisch, *RabelsZ* 28 (1964), S. 28.

(19) Vgl. auch Hohenveldern, *Internationale Organisationen*, 1984, S. 187.

(20) Vgl. Kramer, *Die Rechtsnatur der Geschäfte des Internationalen Währungsfonds*, 1967, S. 44/45.

い。なぜなら、その協定の法律関係が密接に結びつけられるような土地はまったく存在しないからである。協定の締結地または義務履行地は、あまり重要でない徴表として見なされるべきである。つまり、あらゆる国家的な支配から免れている土地において協定を締結すること、または義務を履行することは不可能だからである⁽²²⁾。

最後に、抵触法規定を適用する前に、協定上の法律関係を国家法によって完全に規制することに関連する前述の問題点もまた考慮されなければならない。確かに、抵触法は、準拠法として指定された法が具体的な事件の解決に適しているのかどうかには関心がない、と主張されている⁽²³⁾。しかしながら、抵触法は、問題になっている法律関係を正しく、かつ完全に規制するために、抽象的には、もっとも適切だと思われる法秩序を指定することになると考えるべきである。それゆえに、協定が開発援助の枠内において発展途上国において履行され、それら発展途上国の法が複雑な協定上の利害調整に適していないことが明らかであることがすでに確実であるならば、抵触法によって義務履行地の法を指定することの理由付けは困難である⁽²⁴⁾。

このような考え方によれば、抵触法上の指定に基づいて国家法を適用することは推奨されない、という結論が引き出される。それにしたがえば、抵触法上の連結に必然的に伴う諸問題（性質決定、対外的及び対内的な判決調和）も避けることができるし、また同様に国際仲裁裁判所による国際私法システムの指定の問題も避けることができる。

4 国際法秩序の適用

協定上の法律関係を国家法によって規制することが拒絶されたならば、それを国際法に服従させる可能性を探ってみよう。協定当事者の一方が私企業であるからという理由によって、国際法の適用が妨げられることはない。国際法上の完全な主体性を有するのは確かに国家及び国際機構のみである⁽²⁵⁾。しかし、

(21) David, Arbitrage international et arbitrage étranger, FS Ficker, S. 122/123; Verdroß, ZaöRV 18, 641.

(22) Vgl. Mann, Die Verträge der Völkerrechtssubjekte und die Parteiautonomie, FS Gutzwiller, 465.

(23) Vgl. Kegel, Die selbstgerechte Sachnorm, FS Ehrenzweig, 77; Batittol, La loi appropriée au contrat, FS Goldman, 1 ff.

(24) Vgl. auch Bärmann, Ist Internationales Handelsrecht kodifizierbar? FS Mann, 550.

私企業もまた制限的な国際法上の主体になり得る、すなわち、私企業は、完全な国際法主体との協定から生じる二当事者間の関係に関してのみ国際法に服せしめられるのである⁽²⁶⁾。国際法の適用に反対する理由は、しかし、別のものである。すなわち、国際法は主として国家と国際機構との間の公法上の法律関係を規制する。それゆえに、私法上の法律関係を規制するのに特に適していない規範を国際法は発展させてきた⁽²⁷⁾、というものである。確かに、国際法は特に発展の可能性があり⁽²⁸⁾、それゆえに新しい法分野の規制のために必要な規範が、国際慣習法として、あるいは法の一般原則として⁽²⁹⁾展開される可能性があるかもしれない。しかしながらこのような見解は、個別的規則だけではなく、国際法秩序全体の構造もまた、公法関係の規制に向けられていたということ看過している⁽³⁰⁾。しかし、「古典的」な国際法秩序の構造と比較して著しい構造上の違い有している法秩序が本当に国際法と言えるのかどうか、疑問であり、またそれ以上に、「私人に関する国際法上の」という定義が、国際法の本質に合致し、それゆえに教育的にも成功した・法的明確性を促進するような定義と見なされ得るものかどうか、疑問である。

5 (仲裁) 裁判官による自由裁量による裁判

問題になっている協定が国家の法秩序によっても、あるいは国際法秩序によっても不完全かつ不満足にしか規制され得ないことが最初から確実ならば、協定から発生する紛争を「友誼仲裁人 amiables compositeurs」として擬制される(仲裁)裁判官によって解決することを考える。(仲裁)裁判官⁽³¹⁾が「友誼仲裁人 amiables compositeurs」として行動するのは、当事者が彼に自由裁量による判断の権限を与えていたという場合である⁽³²⁾。しかし、準拠手続法が

(25) Vgl. auch Schnitzer, Die Einordnung der internationalen Sachverhalte in das Rechtssystem, FS Mann, 301.

(26) Vgl. Böckstiegel, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen, 1971, S. 124.

(27) Vgl. auch Schlosser, a.a.O., Rnr. 204, Böckstiegel, a.a.O., S. 121 ff.

(28) Mann, Die Verträge der Völkerrechtssubjekte und die Parteiautonomie, FS Gutzwiller, 480, Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 1984, S.115.

(29) Vgl. Art. 38c Statuts IGH.

(30) Vgl. dazu Rengeling, Privatvölkerrechtliche Verträge, 1971, 199 ff.

(31) フランスでは、仲裁人だけでなく(新民訴法1474条, 1479条), 裁判官もまた(新民訴法12条)「友誼仲裁人」として裁判する。

「善と衡平により裁断する権限 *amiables composition*」を許容していることがその前提である。(仲裁)裁判官を実定法の拘束から解放することは、協定を規制する法秩序の探知を広く無駄なものとすることになるが、それは当事者による明示または黙示の合意に依拠している⁽³³⁾。協定から発生する紛争を仲裁裁判所に無条件で付託することは、直ちに、仲裁裁判官が「友誼仲裁人 *amiables compositeurs*」として裁判することができる、ということの意味するわけではない⁽³⁴⁾。つまり、「善と衡平により裁断する権限 *amiables composition*」は必ずしも常に協定準拠法の問題のための解決方法を示すことができるわけではない⁽³⁵⁾。

6 超国家的法秩序 *Transnationale Rechtsordnung* への協定の服従

つまり単一の法秩序は、協定の完全な規制にとって不必要なように思われる。したがって、具体的な解決策の発見は、体系的かつ目的論的な局面の考慮によって著しく容易になり、またその解決策の適切性のチェックは、法システム全体を用いて可能なものになる。その結論は、協約の諸条件に関する矛盾のない利害調整である。すなわち、国際法の法秩序に対してもまた国家の法秩序に対しても「独自性のある」第三のものと言うべき法秩序であり、その構造からすれば、問題になっている協定をその特殊性に即応して規制することが可能になる。これは超国家的と呼ぶことができる法秩序である。この超国家的法秩序は、次のような規範から構成されている。まず、法を統一化する、または国際機構の行動範囲を（協定の締結に関するものも含め）確定する国際法上の協定⁽³⁶⁾。次に、国際機構の組織の決定によって策定される、また特定の分野に

(32) Vgl. Schlosser, a.a.O., Rnr. 19, Schwab/Walter, a.a.O., Abschnitt IV, Kap. 19, Rnr. 12.

(33) Vgl. Stein/Jonas/Schlosser, § 1034, Rnr. 1, Schlosser, a.a.O., Rnr. 749, Schwab/Walter, a.a.O., Abschnitt IV, Kap. 19, Rnr. 12, Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, 1980, 66.

(34) たとえばアメリカ法がそうである。Dazu Loquin, a.a.O., S.85 f.

(35) その他に、「友誼仲裁人」によって言い渡された仲裁判断は、「善と衡平による裁断権限」の制度を持たない国家の公序に違反することにもなり、その結果、仲裁判断の承認及び執行が拒絶される可能性がある。

(36) それは、組織協定である。上述1a 参照。

おけるその組織の管轄権、さらには協定の締結権限までもを詳細に限界づける規範。次に、国家及び私企業の行動範囲を規制する国家規範。最後に、慣習法上の規範及び「法の一般原則」である⁽³⁷⁾。

超国家的法規範が異なった起源を有する規範から構成されているにもかかわらず、その独自のかつ自律的な性格は疑うことができない。常に、法秩序の(一般的な)通用根拠と規範の各カテゴリーの(特別な)通用根拠をまず区別しなければならない。法秩序の通用根拠として、効果的に自己貫徹することができ、またそれ以上に法的安定性を実現することができる能力が考えられる⁽³⁸⁾。したがってある法秩序の存続及び通用の根拠は、規制を必要とする対象とこの対象を長期にわたり効果的に規制することができる法秩序の能力を前提とするものであるが、この能力は、再び、組織的制度に依拠し⁽³⁹⁾、それは法的安定性、さらには法秩序の発展及び革新が保障されるために不可欠なものになっている。このことには、さらに、規制を必要とする対象が法秩序の範囲と構造の双方を決定するということが加えられる⁽⁴⁰⁾。規範の性格及び形成過程のみならず、法秩序の実現装置もまた影響を受ける。他方で、規範的な規制方法が、規制を必要とする対象に影響するということも見過ごされてはならない。

超国家的な法秩序について言えば、規制を必要とする対象⁽⁴¹⁾も、またそのような法秩序の形成、発展及び貫徹にとって不可欠の組織も、存在している。一次的及び二次的な規範のネットワークが存在するだけでなく、法秩序の活動能力にとって極めて重要な多数の組織的制度も存在する。国際機構、国家の裁判所、及び仲裁裁判所は、超国家的な法秩序の形成、発展及び精緻化に寄与し

(37) この原則の発展のために、比較法は特に重要である。Vgl. dazu Hailbronner, Ziele und Methode völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung, ZaöRV 1976, 205 ff.

(38) Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 176.

(39) Santi Romano, Die Rechtsordnung, 1975, S.41 und Kahn, Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? FS Goldman, 97 ff., は、法秩序と組織的制度を同一視さえもしている。

(40) Vgl. auch Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1923/24, 343 ff.

(41) この対象には、ここで取り上げた協定のみならず、経済関係に関係する国家相互の、又は国家と外国の私企業との間の協定も含まれる。

ている⁽⁴²⁾。

特殊なカテゴリーの規範の通用根拠は、国家の法秩序におけるのと全く同様に、各規範カテゴリーのための超国家的法秩序の内部において異なっている：例えば、法統一の目的のため国際法上の協定によって策定された規範の通用根拠は、国際法の準則に基づいて表明されている・特定の領域で法を統一化しようという・締約当事者の意思である。慣習法上の規範に関して言えば、その通用根拠は、それが法的に要請されていると見なされる限り（“*opinio necessitatis vel juris*（必然性若しくは法の確信）”）、多かれ少なかれ継続的な統一の慣行になっているということである（“*consuetudo*（慣習法）”）。「法の一般原則」の規範的効力は、すべての法秩序にとって絶対に不可欠な欠缺補充と継続形成の必要性に基づいている。

7 超国家的法秩序の形成及び発展についての比較法的方法の意義

国際協定法の法典化によって法を統一化する場合にも、また「法の一般原則」を形成する場合にも⁽⁴³⁾、比較法的方法の重要性は明らかであり、特に次のような規範形成の段階においてはそのことが言える。

(a) 規制を必要とする事件の確定の場合について。

問題の適切な解決方法を探求する前に、問題それ自体の範囲を（暫定的に）明確化しなければならない。ある国際的な事件について規制が必要かどうかを確定するためには、またさらにその事件の範囲を確定するためには、国家の法秩序によって規制されている・問題になっている国際的な事件との機能的な類似性を示している・事件についての規制の必要性と比較することが不可欠である⁽⁴⁴⁾。

(b) このような機能の類似する事件を国家レベルで規制している法秩序を

(42) Vgl. auch Schnitzer, FS Mann, 299/300.

(43) Vgl. auch Hailbronner, Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung, ZaöRV 1976, 205 ff, Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, § 2 VI, Bärmann, FS Mann, 572, Seidl-Hohenveldern, Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, FS Verdross, 262.

(44) Vgl. auch Sandrock, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, 1966, S. 31.

比較する場合について。

いわゆる「機能的比較法」が行われる⁽⁴⁵⁾。比較されるのは常に、同じ問題または本質的に類似の問題を解決しようと試みている国家の規範である。比較の枠をも決定する、そのための前提とは、ひとつの問題は超国家的な法秩序内部だけに発生するのではなく、複数の法秩序において、その国家的、国際的、または超国家的性格にかかわりなく、発生し得るものだと想定することである。

このような比較によって、国際的な事件（本稿では国際協定の事件）に関しては、比較されたすべての法秩序において妥当している単一の規範が取り出されるのではなく、あるいは比較された解決方法に共通する項目を提示するひとつの規範が形成されるのではない。優先されるべき規範は、国際的な事件の特殊性にもっとも良く適合し、またそれ以上にその事件を完全に規制するような規範である。このような規範は、考案されるのではなくて、創造されるのである。この創造のために、規制を必要とする事件の構造、各国の学説及び判例において発見された解決方法⁽⁴⁶⁾、モデル法、標準的な契約約款、さらには超国家的法秩序のシステム全体が考慮されなければならない。

すなわち規範の形成は、国家法体系及び個別規則の実効性を評価する過程から生み出される成果であり、したがってこのような比較的方法は「評価的方法」と呼ぶことができる⁽⁴⁷⁾。このような方法は、形成される規範の内容及び構造に著しい影響を及ぼす。国家的な規則の間において、多少とも抽象的なレベルで達せられるであろうなんらかの一致点が必然的に見出されない限り、抽象的な法原理だけでなく、具体的な法命題もまた形成され得ないだろう。それゆえに、「法の一般原則」と呼ぶことで、この法の一般原則が抽象的な法原理とだけ合致しているという間違った見解を生じさせてはならない。それは、具

(45) Nach der Bezeichnung von Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1990, S.348 ff. Vgl. auch Hailbronner, a.a.O., 199, L.J. Constantinesco, Rechtsvergleichung, II (Die rechtsvergleichende Methode), 1972, S. 91.

(46) 学説及び判例を研究する際に、通説だけを考慮するのではなく、表明されたすべての見解又は提示された解決方法を考慮すべきである。なぜなら、それらは、国際的事件の規制に関して特に適している規範の発展のための手がかりになる可能性があるからである。

(47) Vgl. auch Zweigert, Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung, FS Schmitthoff, 403 ff, a.A. Hailbronner, a.a.O., 219.

体的な法命題でもあるからである。

8 超国家的法秩序の規範を「直接適用法 *loi d'application immédiate*」とみなすこと

超国家的法秩序の諸規範を適用することは、それが複数の法秩序との接点を示している生活事実関係に関連し得るものである限り、抵触法上の指定に基づいてのみ可能であるように思われる。しかしながら、その規範が直接、かつある別の法秩序の国際私法システムの介入なくして適用される、すなわち、その規範は独自の実質法規（“直接適用法 (*loi d'application immédiate*)”）だとみなされる、と考えられるならば、抵触法を介在させることは不要である⁽⁴⁸⁾。しかしながら、このようなカテゴリーの規範を適用する際に、抵触法の要素を完全に否定することは許されない。直接適用法 (*loi d'application immédiate*) は、ひとつの実質法規及びその実質法規を指定するひとつの抵触規範へと分解され得るものである⁽⁴⁹⁾。その抵触規範は、実質法規の特殊な性格から明らかになるし、またそれゆえに生活事実関係を・それが別の法秩序との接点を有しているにもかかわらず・最適に規制しようとする実質法規の特別の資質からも明らかになる。規範的な利害調整の実効性が高いということは、法廷地の国際私法によって別の規範群が指定され得るにもかかわらず実質法規を適用することの理由になっている⁽⁵⁰⁾。

「直接適用法」が有する抵触法上の要素（より正確に言えば自己指定）は、

(48) しかしながら、独自の实質法規は、法廷地法の直接適用法と区別しなければならぬ。後者は、別の法秩序を抵触法的に指定する場合であっても適用されるものだからである。Vgl. dazu Francescakis, *Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflit des lois*, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1966, 1 ff. De Nova, *I confliti di leggi e le norme sostanziali funzionalmente limitate*, *Riv.dir.int.priv.proc.* 1967, 701 ff., Mann, *Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht*, FS Beitzke, 1979, 607 ff., Schurig, *Lois d'application immédiate und Sonderanknüpfung zwingenden Rechts: Erkenntnisfortschritt oder Mystifikation?* In: *Internationales Privatrecht Internationales Wirtschaftsrecht*, 1985, 59 ff.

(49) Vgl. auch Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 1990, § 12 V, S. 88, Schurig, a.a.O., 64/65, Kegel, *Internationales Privatrecht*, 1995, §615.

(50) 同じことは、法廷地法の「直接適用法」にも妥当する。例えば、社会的弱者

規制を必要とする事件の範囲及び(特別の)メルクマールについて規範の構成要件上の指定を行うことから明らかにし、またこの事実関係の規制のために規範定立者が適切だと見なした法律効果を命じることからも明らかにする。

それらの規範の直接的適用は、超国家的法秩序が「商人法(レックス・メルカトリア・lex mercatoria)」から区別されるための主要な特徴である。レックス・メルカトリアとは、今日では⁽⁵¹⁾、自律的な世界取引法と見なされているものである⁽⁵²⁾。

その主たる擁護者の基本的観念によれば、レックス・メルカトリアの適用は、それぞれの契約当事者の意思に基づいている。

契約当事者は、直接、レックス・メルカトリアの適用を指示することできるか⁽⁵³⁾、あるいは仲裁人に対して適切な裁量によって裁定することを授權し(「amiable composition」)、その結果、具体的な事件の解決のためにレックス・メルカトリアという非国家的法秩序のルールを適用する権限がその仲裁人に与えられるか、のいずれかである⁽⁵⁴⁾。

それとは全く異なって、超国家的法秩序の独自の規範は、それが適用されるために、それぞれの契約当事者からの指示を受けることを必要としない。なぜなら、すべての「直接的用法」を内容として含んでいる固有の抵触規範がその直接的な適用を保障しているからである。

の保護に関する規範は、その他の法秩序の指定があっても、適用される。なぜなら、そうすることによって、具体的事件の満足のいく解決方法を導くためには考慮することが不可欠な特別事情が斟酌されることになるからである。

- (51) 中世に普遍的な慣習法に基づいて形成された「レックス・メルカトリア」とは異なっている。Vgl. dazu Schmitthoff, *Das Recht des Welthandels*, *RabelsZ* 28,49, Bärman, *FS Mann*, 555 ff.
- (52) Vgl. Siehr, *Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria*, In: *Internationales Privatrecht Internationales Wirtschaftsrecht*, 112, Schnitzer, *FS Mann*, S. 300/301.
- (53) Vgl. von Hoffmann, *Grundsätzliches zur Anwendung der «lex mercatoria» durch internationale Schiedsgerichte*, *FS Kegel*, II, 215 ff, Schütze, a.a.O., *Rnr.* 117, Virally, *Un tiers droit ? Réflexions théoriques*, *FS Goldman*, 385.
- (54) Vgl. Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, *FS Goldman*, 146 f., Schütze, a.a.O., *Rnr.* 118.

あとがき

本稿はアテネ大学助手、弁護士 ディミトリオス・チクリカス (Dr. Dimitrios Tsirikas) が、1998年6月24日、早稲田大学比較法研究所において行った講演の翻訳である。本稿原題名: Verfahrens-, Kollisions- und sachrechtliche Probleme bezüglich der Regelung einiger Verträge, die zwischen Internationalen Organisationen und Staaten oder Privaten abgeschlossen werden.