

国際私法上の能力についての一試見(一)

岡 本 善 八

一

第二次戦後における国際私法学の発展は目覚ましく、戦前における文献に対し飛躍的な増大を示している⁽¹⁾。然しそれらの間においても重要な点において依然として見解の対立があり、その妥当性如何の決定にかなりの躊躇が感ぜられる場合がないではない⁽²⁾。従ってそれらの対立点を契機として市販の教科書の各論における論点を追うて個別的に私見を述べ御教示の機会を得たいと思うものであるが、さし当り紙面の関係上その問題点を自然人および法人の能力に限定して述べることにしたい。

(一) ここに主として参照するのは、国際私法学の草創期にあたる文献としては、山田三良講述・「国際私法」(大正六年)、山用三良・「国際私法」(現代法学全集・昭和五年乃至六年の合冊と解せられる昭和一五年版)、跡部定次郎・「国際私法」(大正二一―一四年)、であり、山口弘一「日本国際私法論」(上巻五版昭和二年、下巻第一分冊昭和四年版)については間接的に

参照するにすぎない。なお現在も活潑な研究をつづけられるが、戦前の著書として、久保岩太郎・「国際私法論」(昭和一〇年)、江川英文・「国際私法」(新法学全集・昭和一一―一四年)、実方・「国際私法概論」(昭和一七年版)のほか、久保・国際私法論文集(昭和五年乃至昭和九年までの論文製本)。なお川上太郎・「独乙国際私法・仏蘭西国際私法」(旧版昭和一七年、復刊版昭和三〇年)、さらに、特殊な哲学的な立場から論ぜられた、田中耕太郎・「世界法の理論」(第二巻・昭和八年)などによっている。

戦後においては、江川・「国際私法」(旧版昭和二五年)、久保・「国際私法概論」(昭和二三年、改訂版昭和二八年)、同「国際私法」(法律学講座・昭和二七年)、実方・「国際私法概論」(改訂版昭和二八年)、川上太郎・「国際私法講義要綱」(昭和二八年)、久保・「国際私法」(有信堂文庫・昭和二九年、ただし本稿は昭和三四年版による)、同・「国際私法例説」(昭和二九年)、江川・池原・山田執筆「国際私法」(昭和三〇年、分冊

版昭和三五年)、折茂豊・「国際私法各論」(昭和三四年)、山田
鏡一・「国際私法」(昭和三四年)、のほか、久保・「国際私法講
造論」(昭和三〇年)、折茂・「国際私法の統一性」(昭和三〇
年)があり、そのほか、包括的に把握しうるものとしては、国
際法学会編「国際私法講座」(第一卷昭和二八年、第二卷昭和
三〇年)がある。なお他の文献については個別的に附記するこ
とにするが、以上の点については、江川・「国際私法」(改訂版
昭和三十二年)の最後の参考文献録に負うところが多い。

二

まづ自然人の能力については、日本民法の配列と同じく、一
般的権利能力と個別的権利能力に区別して論ずるのがほとんど
一致した叙述方法であり、⁽¹⁾かつ権利能力については法例上何ら
の規定も存しないとするのが決定的理論である。後者の点につ
いては後に述べることとして、権利能力自体については、学説
とし準拠法決定につき、次の如く見解が分れている。

(イ) 効果法説

これは奴隸の如きものについては法例三〇条により適用排斥
の余地はないが、出生後一定時間の経過を一般的権利能力附与
の要件とする場合(スペイン法三〇条)、損害賠償請求権・贈
与・遺贈・相続について胎児を生れたものとみなすが如き場合
(日民七二一条・独民八四四条、一九二三条・仏民七二五条、
九〇六条)、死亡の推定・擬制(日民新三二条ノ二・独民一九

国際私法上の能力についての一試見(イ)

条、二〇条・仏民七二〇条、一七二二条)の如きは結局問題と
なる個々の権利自体の準拠法によって決定すべきであるから、
一般的権利能力の問題を定める必要はなく具体的な権利の準拠
法すなわち効果法(Lex causae)によるものである。⁽²⁾

(ロ) 属人法説(わが国においては本国法説)

これは権利能力の問題の如き人格に関する制度は、その国の
倫理観念、歴史、風俗経済などの諸原因に基づくのであり、か
かる諸原因が集合するのは、その者の本国であることを理由と
するものである。⁽³⁾

(ハ) 法廷地法説

これは、国際私法上において出生に関する抵触問題を説明す
る必要はないのであって、唯人格の存否は法廷地法によって定
める如く人格の始に就ても法廷地法(Lex fori)によるべきこ
とを一言すれば足りる、とするものである。⁽⁴⁾

以上の如き三説のうち何れが妥当であるかについては、それ
ぞれの理由があり容易に決定し難いが、私見としては、いささ
か奇異の感であるとの批判は予想されるが、次の如く考えたい
と思う。

近年のわが学説においては、前掲の三説のうち、効果法説が
支配的傾向を顕著に示している。ただこの見解によるも失踪宣
告の原因については本国法たる見解を採用せられているが、結
局は間接的効力については効果法説によられているわけである。
従ってこの見解は、結局は権利能力およびこれに準ずべき場合

は、要するに効果法説によらしめられているわけであり、現実的な解決に益するところが大であると考えられるが、然しこれにもかかわらず第四条における禁治産宣告が直接効果に関する規定と解せられるにしても、少なくとも原因につき本国主義が採用せられている点についてはどのように解せられているかについては疑問の余地が残るし、またその趣旨を一貫すれば、第三条の行為能力につき本国主義をとる点についても矛盾が感ぜられるのではないかと思われる。この点につき権利能力は本来的に具体的権利の先決問題である点に反対の根拠を求め見る見解もあるが、理論的にはともかく實際上の処置を考慮する場合にも原則として、効果法説をとることの妥当性については疑義が残るのではないかと思われる。もし、当事者間の確認の容易性にその理由の一があるとするならば、行為地主義にまで徹底すべきではないかと思われる。また、同時死の問題についても、従来もっぱら相続について論ぜられてきたが、かなりに個別的法律関係について問題となるにしても、それによる親族関係の消滅・債権・物権等すべての問題を規律するのであり、少くとも私見によれば一般的権利能力の喪失に準ずべき問題として考慮して差支えないと思われる。更に現在本国主義を妥当付ける根拠としては、歴史的沿革についてはともかく、原則としてその国に居住し、かつ入国の自由が認められる(例えば、憲法第二二条参照)こと、更にその事との関連において、事実上そこに原則的国際裁判管轄があることが多い点に求むべきで

ないかと思われる。従って可及的に判決の統一が考慮せらるべきであり、現状の如く多数の大陸系国家が本国主義を採用するときは、外国判決の承認についてもかなりの支障が生じうるのではないかと思われる。

次に法廷地法主義については、奴隷・民事死の如き場合は、ともかくとして、しばしば例示せられるスペイン民法二〇条の如き規定がわが公序を害するとは容易に断定し得ず、また本国法上一部露出の際に権利能力を認めるが如き場合直ちに法廷法によらしめるべきか否かについても疑念が生じないではない。

以上の見地からして、結局は現在のところ本国法説が妥当ではないかと考える。ただ然し、行為能力については、特に法例第三条第二項において内国取引保護規定があるが、その当事者が権利能力を有すべきか否かも内国取引保護に関係があるから、その限りにおいて条理上法廷地法を援用することが妥当であると思われる。なおくわしくは後に述べるが、この場合第三条第二項を類推適用する場合に、更に債権的行為についてのみ法廷地法を適用するか否かについては争いがあるが、この場合少なくとも内国的債権行為ならびに内国所在の動産・不動産については法廷地を援用しうると解することが妥当ではなからうか。

(1) ただこの点につき、折茂・三頁は、「個別的権利能力」なる概念を設定することについては否定的である。

(2) 江川・改訂一二二頁、山田(鏢)・一〇六頁、桑田・講座(一)二九七頁、江川編・国際私法(一)九〇頁。

(3) 山口・上巻五版二二三頁、久保・概論一〇六頁、実方・改訂版一一二頁、川上・六三頁、河辺・国際私法改訂版二
三六頁。

(4) 山田(三)・四九六頁。折茂・一頁において、いかなる人
たいしてであつても権利能力を否認するということは、ま
さしく国際公序に抵触することとなり、かような趣旨を定
めた法が国際私法上準拠法として適用されることはありえ
ない……とせられるのは、あるいはこの見解を採用せられ
ているのではないかと思われるが、ただ失踪宣告について
は、不確定財産の解消に重点があることからしてその要件
ならびに効力につき個々の法律関係の準拠法によるとせら
れる。なお佐々・国際民法撮要一二〇頁。

三

国際私法上の失踪宣告の觀念については、人の生死が不明と
なり、その状態が一定期間継続する場合に、裁判所その他の国
家機関の宣告によってその者を死亡したものと看做し、もしく
は死亡した場合と類似の法律効果を発生せしめ、不確定な状態
にあつた身分上並に財産上の法律関係を確定せしめる制度を意
味すると解するのが一般的な態度である。(1) この点につき英米に
おいては国家が宣告をなす独立の制度をなさない点においてこ
れに入らないことは異論の余地はないと考えるが、然し不在推
定(例えば、*la présomption d'absence*)フランス法一一二

国際私法上の能力についての一試見(一)

条以下)の如き一般的に死亡を推定しない制度が入るか否かに
ついては見解が分れる。(2) これを排除するという見解に立つなら
ば、結局はその財産または身分関係についての準拠法によると
解することになるであろうが、然しその場合においてもやはり
その先決問題として失踪者の地位の確定の問題を生じうるわけ
である。例えば、フランス人のわが国所在の財産に関しては、
法例六条の適用の可能性があるにしても、本国管轄に属するフ
ランス裁判所による不在宣告の効力を認めることも、相続の単
純化のために必要があると解せられるから、フランス裁判所が
不在推定(フランス法一一二条)をなす場合にこれをわが国に
おいて承認すべき場合もある。その場合わが国所在の財産につ
いての管理については、もし不在宣告を除外するとする立場に
立てば、従来のこの点につき明示的な見解を見出し得ないため
この点については、異見は予想されるが、管理自体については、
その後における法例六条の適用の可能性をも考慮に入れ、現に
管理者なき場合は、日本法によることが妥当であるが、不在の
推定なる原因自体については死亡宣告と同一に取扱つて差支え
ないのではないかと思われる。またなお検討の余地はあるが、
不在宣告(フランス民法一一五条)の如きについても基本的な
は同様に解して差支えないのではないかと思われる。かかる場
合においても本国管轄による場合は、その直接的効果しか生じ
ないからである。例えば、夫が住所を日本に有し、所在不明の
妻につき不在宣告がなされ、かりに本国法上離婚の効果を生ぜ

九五(四〇五)

しめないが、反致に基づき日本法上離婚の効果が生じるか否かの問題が生じうるが、これは日本実質法たるわが民法の解釈問題であるが、結論的にはその制度の類似することからして離婚原因と解することが現実的妥当性をもつのではないかと思われる。

これに対し、例外管轄による法例六条の場合については、それ程複雑な問題は生じないが、ただ法例六条における「失踪宣告」の観念中には、不在者の財産管理(日民二五条)も包含せられるものと解すべきである。

- (1) 江川・改訂一四〇頁。
- (2) 久保・全書一一〇頁および同・概論一〇八頁は、包含しないとせられる。この点、江川・改訂一四〇頁、山田(鏢)・一一四頁および、実方・改訂一一四頁も、これを包含するとせられ、山田(鏢)・四九七頁は恐らくはこれを除外せられるかに読むことができ、折茂・四頁は明確でないが、これを包含しているものと推測され、川上・六八頁はこの点につき明白でない。

四

(イ) 右の如く失踪宣告の観念自体については見解が分れるが、いずれにしても失踪宣告が非訟事件たることに基づき、まずその国際的管轄について論ぜられるのが通常である。

その国際的管轄については、わが国際民事訴訟法上明文の規

定はないが、その制度が人の死亡を推定または擬制し、またはこれと類似の効果を生ぜしめること、ならびに身分に関する問題はわが法例上本国法主義を採用することからして、その原則的管轄権は本国にあるとするのが現在の支配的見解である⁽¹⁾。然るに近時法例第六条をもって必らずしも外国人に対する例外管轄に関する規定と解せず、むしろ失踪宣告の趣旨よりすれば、第六条は失踪宣告に関する管轄を本則的に定めたものであるとの解釈が主張せられている。すなわち本国管轄を否定する見解である⁽²⁾。しかしこの見解は、解釈的努力については大いに敬服すべき理論ではあるが、法例六条の規定は、やはり日本に關係ある財産についてのみ外国人に対する管轄を有すると読むのが素直ではないかと思われ、またこの説によれば通説の如く直接的効力と間接的効力を区別する必要はなく、失踪宣告の要件ならびに効力の準拠法は、ひとえに宣告地法——すなわち財産に關してはその所在地法、法律關係についてはそれ自体の準拠法によれば足りるとせられるが、この事は結局間接的効力を認めることである。然し宣告地法すなわち法廷地法の概念は必ずしも例えは権利準拠法と同一を意味するのでなく、またこの理論によれば、少くとも相続については相続分割主義を普遍的に認めると類似の結論に達せざるを得ないこととなるが、現行法の相続統一主義(法例二五条)との調和についていかに解せられるかについては若干の疑念が生じないではない。特にこの理論によれば、その本国において失踪宣告がなされ、少くとも

その本国に関連性が深い財産について相続が開始されても他国所在の財産については、その所在地において失踪宣告がなされねば、相続が開始しないこととなるであろう。従って立法論としてはともかく、現行法の解釈としては、本国管轄を否定するのは若干行き過ぎであり、通説の如く本国管轄を認めることが妥当ではないかと考えるものである。かかる意味で原則管轄を認める場合には、やはりその準拠法としては人格消滅に準ずべき問題として本国法説による通説が妥当である。

次に第六条を例外的管轄に関する規定と解する場合に、解釈上考慮せらるべき文言は、「外国人」とは何を意味するかであるが、その規定が財産関係の確定化を意味することを考慮するならば、無国籍の場合の如きについては本国法決定基準を目的とする第二八条の考慮の余地なくもっぱら日本国籍を有するか否かにより単純に決定すべきであるが、それが日本国籍との二重国籍を有し、他国の本国管轄により失踪宣告がなされ、日本において失踪宣告がなされていない場合は、外国人として失踪宣告をなしその間接効果をも日本法によらしめることも可能であり、また日本人として本国管轄に基づいて失踪宣告をなす事も可能であると思われる。この場合第二七条・第二八条の適用を排除する点については異見が予想されるが、二重国籍の場合に第二七条を適用するせば、無国籍の場合についても当然第二七条二項が適用せられることとなるが、第六条の規定は不在者の住所如何を本来条件としないことからして、第二七条および

び第二八条の規定は適用せられず別個に条理により決定することが妥当であると考えらるからである。

次に「日本ニ在ル財産」の意義については、不動産・動産については事の性質上明白であるとせられる⁽³⁾。ただ不動産については明白であるが、動産については特に運送中のそれにつき問題となるが、かかる場合には現在に日本に所在しない場合に限定することなく、物権の問題と同じく日本を仕向地とする限りかかる日本所在の財産と解すべきではないかと思われる。また有価証券が動産に包含せられるか否かについては、見解が分れているが、これを動産と解することが妥当である⁽⁴⁾。なおこの場合に個々の証券が有価証券たるか否かについては、原則的にはその表彰する権利の準拠法によるべきであることは妥当である⁽⁵⁾。なお当然のことであるが、かかる証券であっても、日本所在のものであるか否かは別個にその証券の具体的事情を考慮することが必要であり、物理的に判断すべきではない。例えば、典型的な債権の証券たる手形については、法定的権利たる遡求権、または利得償還請求権が存在する限りにおいて日本所在の財産となり、現実に内外を問わず債務者が存しない場合は日本所在の財産でなく、また社員権を表彰する株式については、株主権については会社属人法によるべきであるが、会社属人法上譲渡制限がなされ有価証券たる性質を有しない場合においても、日本を募集地とする場合には有価証券たる性質をもつが如き場合（商法四八三条）も存する。

特に解釈上問題となるのは債権である。この点については原則として債務者の住所地をもってその所在地とみるべきであるとするやや限定的な見解と、⁽⁶⁾ドイツ民法第二三六九条と同じくかつ破産法第三条三項、第一〇七条二項および和議法第一条を類推適用し、内国において裁判上の請求をなすべき債権を包括的に意味するとする通説の見解がある。⁽⁷⁾後説が妥当である

と考えられるが、この点については具体的に國際裁判管轄の有無が問題とならざるを得ないが、この点については、國際的裁判管轄については明示の規定はないが、結局は涉外的法律關係自体の性質から特別に解すべき理由のない限りは、国内的裁判管轄権に関する原則から推測すべきであるが、ただ身分に関する訴訟に関しては特別の考慮がなされるべきであるとする理論によることとなる。⁽⁸⁾然しこの点については、身分に関する訴訟以外においても、その管轄につき直ちに日本裁判所において請求しうるあらゆる権利がこれに包含せられるか否かについては検討の余地がある。まずそれが債権に関するものであっても給付の訴であることは当然であると考えられるが、そのほかかりに日本法を準拠法とする法律關係につき日本の國際的裁判管轄が認められるにしても、例えば米国人日本留學生が米国内においてその法的知識を利用して日本法を準拠法とする契約を締結しても、かかる事件について裁判管轄を認めることは一応の理由はあるとしても、第六条の適用を排除すべきであり、また合意管轄についても、それが日本に実質的作用をもたらさない限

り、第六条の適用を排除すべきものと考える。要するに、第六条における日本所在の債権の意義については、第六条の規定の趣旨が日本の社会の安定を目的とすることを考慮し、従来の通説の説く如き概念的な理解を一応の基準としながらも、その日本の財産的社會關係にいかなる密接度をもつかも更に考慮の要素として加味することが妥当ではないかと考えるものである。

この点は、「日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係」についても同様の考慮をなすべきである。すなわち前述の設例の如く、いわば準拠法指定についての量的無制限説にもつき、日本の經濟的身分的社會關係に全く無關係な場合においては、裁判管轄についてはともかく第六条の適用についてはこれを排除すべきものと思われる。なお検討の余地はあるが、従来の不確定な法律關係、例えば米国人妻が米国人夫との婚姻を解消し、新たに日本人と再婚する如くその確定解消の目的につき日本法が準拠法となるが如き場合に実質的に日本の身分的法律關係に密接なる關係ある限りかかる管轄を認めうると解しうるのはないかと思う。この点については、従来の通説は、単にわが國際私法上、日本法を準拠法とすべき法律關係については、異議はないが、⁽⁹⁾更に具體的事情の考慮をなすべきでないかと考えるのであるが、如何であろうか。

(1) 江川・改訂一四一頁、久保・概論一一一頁、同・全書一
一三頁、川上・六八頁、実方・改訂一一五頁、山田(三)・四
九七頁、山田(録)・一一五頁。これらはいづれも法例第六条

を例外規定と解する点にもその根拠を求められる場合が多い。

- (2) 折茂・各論一一頁。
- (3) 折茂・各論一二頁。
- (4) 江川・改訂・一四二頁、久保・概論一一〇頁、川上・六九頁、山田三良・五〇一頁、山田録一・一一五頁。恐らくは、実方・一一七頁。なお久保・概論一〇九頁では、国際私法の見るところに従って定めねばならないとせられるが、あるいは日本を仕向地とする財産をも包含せられるのではないかと推測せられる(同・一五四頁参照)。
- (5) 折茂・各論一四頁、無記名債権につき山口・二四一―二四二頁。反対、久保・国際私法論一一九頁。
- (6) 折茂・各論一三頁。然しながらその流通の方式の側面から有価証券か否かを決定する問題は別個の問題であり、特別の規定(例えば、手八九条、小七八条)なきかぎり行為地法によらしめることが妥当ではないかと思われる。
- (7) 折茂・各論一三頁。同旨、山田三良・五〇二頁。
- (8) 江川・改訂一四二頁、久保・概論一一〇頁、川上・六九頁、実方・改訂一一七頁、山田録一・一一五頁。
- (9) 国際裁判管轄については、江川・「国際私法における裁判管轄権」(法協五九卷一一号、六〇卷一号三号)が基本的な文献であり、日本法自体については六〇卷三号に叙述せられている。本文に述べたのも表現は異なるが、江川教

国際私法上の能力についての一試見(一)

授の同論文で説かれるところであり、かつ同論文は個々具體的に述べられている点において有益なる文献である。その他、近年において国際私法学者が言及するものとしては、沢木・「涉外事件における裁判管轄権に関する一考察」(国際法外交雑誌五八卷三号)があり、また外国判決の承認に關してであるが、矢ヶ崎・「外国判決の承認並にその条件に關する一考察(二・完)」(国際法外交雑誌六十卷二号)五九頁以下においても特に疑義ある点について指摘せられる。なお民訴八条の適用についての岡本・「涉外民事訴訟法の限界特に民事訴訟法第八条の適用」(ジュリスト一八九号)は、恐らくは、江川・前掲論文(三・完)三七八頁と同一の趣旨である。

(10) 江川・改訂一四三頁は、さらに日本所在財産と日本法準拠法の二条件の同時充足の可能性を指摘せられる。

(ロ) 失踪宣告に関する準拠法については、前述の管轄決定の基準に基いてそれぞれ別段の考慮をせねばならない。

まづ原則管轄については、それ自体の明文規定が存しないと対応してその準拠法についても何ら明示せられず条理によって決定するほかはない。この点学説としては本国法説と効果法説とが分れるが、わが国の学説は、殆んど本国法説を支持している。その理由としては生死に關しては劃一的に規律することが望ましいに加えて、法例六条の反対解釈に求められる場合が多い。またその効果については、相続開始の如き間接的效果を意

味するのではなく、単に失踪宣告を受けた者としての地位の確定、すなわち直接的効果を意味するのが支配的見解である。これに対し、近年法例六条の明らかに規定する管轄権とは別個に、本国裁判所の原則的管轄権なるものを認めることを要しないという立場から、ひとえに宣告地法主義を採用する前述の有力な見解がある。⁽²⁾ 不確定なる財産その他の身分的關係を属地的に解決することにより現実的妥当性を意図することからしてかなり理由のある見解とは考えられる。然し第六条の表現からしては無条件にこれを認めることには、やや無理が感ぜられるし、この立場に立つ場合は、本国管轄による失踪宣告のわが国における承認の問題は承認の余地はないこととなるが、その場合はおよそ財産所在地国、準拠法所属国毎に失踪宣告をなさざるを得なくなり、かえってその手続が煩雑となるのではないかとの疑問が考えられ、更にかかる第三国相互間において同一の財産権につき時期を異にして失踪宣告がなされた場合にはいずれの効力を優先せしむべきかの問題をも生ぜしめざるを得ない。⁽³⁾ この見解が外国失踪宣告の承認についてふれておられないのが、その意味で一応理論は一貫するが、それにもかかわらず現実には外国失踪宣告の承認が先決問題として考慮されるべきことは充分予想されるし、加えて前述の如くその手続および法律關係が錯雑することを考慮するならば、結局は通説の如く本国法説を認めることが妥当ではないかと思われる。ただ内国取引の保護を考慮するときは、委任状が付与せられた後において、本人が

所在不明となり、その宣告地上死亡の擬制が遡及効を有し、かつ結果的に代理権も認められないが如き場合には、取引の安全を害することからして、内国的取引については、第三条二項を類推適用し、内国における行為については、内国における失踪宣告の効力のほかは認められないと解すべきではないかと思われる。

次いで、例外的管轄権にもとづく場合は、法例六条の明示する如く要件および効果ともに宣告地法たる日本法によることになる。またこの場合法例六条は、内国に關係ある不確定な法律關係の確定が目的であるから、本国管轄の如く単に失踪者たる地位の確定のみを意味するのでなく、間接的効果例えば相続開始原因までは日本法によらしめ、その後の相続關係については被相続人の本国法(法例二五条)により定むべきであるとするが如き点には異論をみない。ただ問題となるのは、第三国におけるかかる例外的管轄による失踪宣告を承認すべきか否かにつき見解が分れている。すなわち、法例第六条は、内国保護に関する例外的規定であり拡張解釈をなすべきでないとする消極説と、わが国が外国人に対して失踪宣告をなすべき必要を認めると、外国の同種の失踪宣告についても認めることが妥当であるとする積極説がある。⁽⁴⁾ 私見としては、取引保護については現在の涉外取引の実情の下では、まず内国的取引形態——日本国内であれ第三国内であれ——の場合、またはこれに準ずべき場合を一次的に考慮すべきではないか、かつかかる場合には特に

日本公益のみを考慮するのは偏狹にすぎ、実情に即しないことからして、積極説が妥当ではないかと思われる。しかし、現在積極説を採る学説においても、後述の法例三条二項の適用につきこれを制限的に解しておられるものが多数であるが、この点は理論が一貫していないのではないかの疑念が残るのであるが、この点は後述するところにゆづる。

なお、管轄につき右に述べたいかなる態度を採るにしても、管轄相互間の競争の問題が残る。

この点については、(イ) 例外的管轄を制限的に解する場合においては、その本国管轄と例外的管轄との衝突の問題が生じうる。この点については、本国の宣告が日本の宣告と競合するときには日本に在る財産及び日本の法律に依るべき法律関係に付ては承認せられないこととなると解せられる有力な見解がある⁽⁶⁾。これは、理由は明示せられないため、その宣告の前後を問題とせられるか否かは明白でなく、あるいは本国宣告が後になされている場合を予想せられているのではないかとも推測せられるが、これは、結局は第六条は時期の前後を問わず日本取引社会の確定の目的を優先的に考慮せる規定であり、かかる意味で内国的例外的管轄を優先せしめるといふ理由に基づいて妥当な結論であると考えらる。

(ロ) また例外的管轄に関する第六条の規定を普遍的に認めるとする私見の立場に立つ場合には、本国甲の宣告、例外的管轄による乙または丙宣告、または内国宣告との関係が問題となる。

国際私法上の能力についての一試見(一)

普遍主義は、基本的に法律関係の不確定を属地的に処理する立場を優先せしむることが現実的解決につき妥当な結果をもたらすという考慮に発するものであるが、然し国内所在財産についてはともかく、自国法を準拠法とする法律関係に関しては債権関係に關し重複的に処理せられる可能性が生じ、これは日本例外管轄についても同様の問題を生じる筈である。この問題の解決は甚だ困難であるが、結局は次の如く解すべきではないかと思われる。すなわち、例外的管轄相互間については、身分的關係例えはそれにより離婚が認められ再婚をなしうるが如きは、時期的に先の宣告に基いて離婚をなした場合は有効であり、後に第三国丙または日本によりなされた宣告は先になされた宣告の効力を争い得ないと解すべきである。ただこの場合抽象的に日本法を準拠法とする場合を全面的に包含しうるか否かにつき若干の疑念を生じうる点は前述したところであるが、その点はともかく、後に本国管轄により失踪宣告がなされても、それ以前に例外的管轄による宣告がなされている限り、かつ日本管轄との關係如何を問わず、その時期的先行性を尊重すべきであると思う。この場合、その者の相続準拠法たる本国法がこれを認めないときは、相続開始時期が異なり、従って相続人・相続分の範囲についても異なった取扱いがなされるが、この点は例外的管轄による処理は、結局いわば臨時的のものであり、爾後の相続準拠法の涉外実質法の適用により相続人相互間において債権的請求権が生じるにしても、ともかく第三者の利益を害し得な

いと解するほかはないであろう。従って少くとも相続人については、爾後本国宣告に基づく本国法の適用如何によっては、変更がなされるのであり、この事自体を以て相続についての属地主義を決定付けるものではないと考える。

要するに、例外的管轄相互間または本国管轄との衝突については、形式的劃一的に理解することは妥当でなく、具体的法律関係、ごく概括的には純然たる身分関係と財産関係またはこれに準ずるものとを区別し、具体的な処理の仕方を異にすることが、国際私法の現実的妥当性をもたらす所以ではないかと思われる。

- (1) 江川・改訂一四一頁、久保・全書一一二頁、実方・改訂一一五頁、川上・六八頁、山田録一・一一五頁、桑田・講座Ⅱ二九九頁。
- (2) 折茂・各論一二頁。
- (3) 尤も、この問題は第六条を外国のそれにも準用すべきであるとする立場に立てば、同様の問題は生じうる。

(4) 制限説としては、久保・概論一一二頁。なお川上・七〇

頁の真意は明確ではないが、外国判決についての民訴二〇〇条を類推適用せられることからして恐らくは、これを制限的に解しておられるものと考えられる。積極説としては、

山田三良・五〇六頁、江川・改訂一四五頁、江川編・演習講座Ⅰ一一〇頁、実方・再訂一一八頁、山田録一・一一七頁。折茂・各論は、前述の如くむしろ属地的管轄ともいう

べき基準を採用せられているから、この問題については直接論じられない。

- (5) 恐らくは、江川・改訂一五二頁、実方・再訂一三二頁、江川編・演習講座Ⅰ一二五頁。この点につき、山田録一・一二三頁は、明らかに、「法例第三条二項は、例外規定であつても、その外国の抵触規定の例外性を認める理由がわが法例と同一である場合には」拡張解釈を認めるべきであるとせられる。西・「国際私法における能力」(神戸法学七卷・四号、一九五八年)は、この点明示的でないが、手形能力に関する表現(同七七七頁註12)より推測するに制限的と解せられるのであろう。

(6) 久保・概論一一二頁。なお桑田・講座Ⅱ三〇五頁は、宣告の前後を問わず内国宣告の効力を優先せしむべきであるとせられる。(未完)(昭和三七・七・二〇)