

国際私法の対象としての涉外関係

——その機能的理解——

岡 本 善 八

一

国際私法とは、国際的な私法交通についての法の牴触の解決の法則の体系である、と解するのが現在のわが国における代表的表現である。⁽¹⁾ただそうした定義における法の牴触が認められる「涉外的」私法関係の概念の範囲確定については、従来ともすれば明確を欠くところであったが、近年においては溜池教授の明晰な検討による、「原則として、当事者の国籍、住所、居所、目的物の所在地、行為地、事実発生地などその国の国際私法上連結点となりうる法律関係の要素（ただし、当事者の意思をのぞく）の少なくとも一つが、その法律関係の発生当時外国的である場合、その

法律関係は涉外的である」との主張が有力なる示唆として注目をひくに至った。⁽²⁾しかし他面その後のわが国文献においては、例えば「外国人が当事者として関係している私法関係であつてもたとえば外国人が神戸市内の店頭でなす現金売買のように、その実質において外國的私法関係にかかわりのない私法関係については国際私法の規律が作用を及ぼす理由はない」というごとく、⁽³⁾その法律関係の機能に着目する叙述があり、また債権契約に関連してではあるが、「抽象的には……あたえられた債権契約がそれ自身、構成要素を通じて、(傍点・筆者)、いずれかの外国と客観的な牽連関係に立っているときはそれは涉外的債権契約とみるべきである……具体的にいえば、或る債権契約における当事者の属人法、その居住地、契約の締結地、その履行地、そこにおける目的物の所在地等の諸要素のうち、そのすくなくともひとつが外国のものであり、あるいは外国に在るときはその債権契約は涉外的なものである」としながらも、その涉外性については「他の国際私法上の諸概念におけるとひとしく……いささかの疑義をもとどめざるほどの精確さにおいて定義をあたえることを必要とするごときもののではない。……それぞれの具体的な場合に依じて自治原則の基本的趣旨に照らし個別的に解決を見出してゆくほかはなく、またそれをもって足りると見るべきであろう」とする、いわば具体的考慮説とも名づくべき叙述も見出される。⁽⁴⁾このように、国際私法にいわゆる「涉外性」の觀念については、いまだ若干の動揺がうかがわれることから、この「涉外性」なる基本的概念はいかなる視点から決定すべきかを検討することが本稿の目的である。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

もっともその国の涉外法体系は、連結規範、国際裁判管轄、外国判決の承認・執行、外人法、および国際私法条約への加入の態様、の五つの結び目 (les cinq noeuds) の総合的関連においてのみ真の理解が可能なのであり、その立場に立つときは、例えば、特定の法律関係につき国際専属管轄を認める場合には、広義の反致を認めることを意味す

るといふごとく、単なる連結規範上の解決とは異なった結論に到達する可能性も生じ得るのであるが、本稿では、その点について深く立ち入る余裕はない。⁽⁷⁾

- (1) 例えば、近年における、池原季雄「国際私法」(経営法学全集二〇巻、昭四二)三四六頁。なお、江川・国際私法(改訂版)四頁、久保・国際私法構造論三頁、実方・国際私法概論二頁、山田録一・国際私法一七頁なども同旨。
- (2) 溜池良夫「国際私法の概念について」(昭三七)(以下「概念」と略す)法学論叢七〇巻二号五一頁。なお、連結素なる用語を用いないが、同様の表現を採るものとしては、江川・前掲書六頁。
- (3) 川上太郎・判例国際私法(初版昭四三・新版昭四五)二二三頁。
- (4) 折茂豊・当事者自治の原則(昭四五)八二頁。
- (5) この問題は、他の表現を借りれば、「準拠法指定という国際私法問題そのものが、これを法律適用問題に対する関係においてみれば、ひとつの先決問題なのである」(桑田三郎・「国際私法上における先決問題」国際私法研究昭四一、一四七頁)という意味での基本的先決問題といえよう。
- (6) 国際私法についての基本的概念がその特定国の国際私法の基本的発想に左右されうることから、わが国の国際私法改訂作業の進行中に(山田・村岡「法例改正要綱試案(婚姻の部)解説」(山田録一・国際私法の研究一九五頁以下)のまえがき参照)、この種の問題につき検討を試みることに若干の危惧を感じるが、その基本的解決方法については変更がなされないと予測に立って論議を進める。
- (7) このような管轄的アプローチについては、G. O. Z. Sundström, Three Discussions on The Conflict of Laws, 1970, Stockholm, p. 9. especially, p. 20.

二

ここに問題とする「涉外性」の概念は、事の性質上基本的には国際私法の本質論との関連なくしては確定しない事

項である。⁽¹⁾ 後者の鳥瞰的検討は本稿のなし得るところではないが、ここではさし当りルイ・ルカの類型化を手懸りとして、⁽²⁾ わが国の諸学説を一べつする。

第一の類型は、「公権説」《*la méthode publiciste*》と名づけうるものであり、法はこれを制定する国家主権の発現にほかならざる以上、法律衝突の問題は主権衝突の問題と解するものである。この立場は周知のごとく、跡部博士の「要スルニ国際私法ハ各国私法ノ適用範囲ヲ定ムルモノナルカ故ニ各国ノ私法ニ関スル立法権ノ行動範囲ヲ限定スルモノナリ」とし、そのような法則を「国内法ヲ以テ之レヲ認ムル」ものが法例であるとせられる国際法説により支持せられる。⁽³⁾ この立場においては、国際社会の实在が肯定される以上常に立法権の牴触が問題となるのであるから、「国際私法ノ適用セラルベキ法律関係ナルモノ」を特定する理論的要求が不必要なのである。⁽⁴⁾ この立場は、やや観点を異にするが、かつて江川教授により主張せられた「民法自体は其の規定を如何なる場合に適用すべきかを明言しないのであるから、理論上より言えば衝突規則を度外視しては我民法の支配管轄（傍点・筆者）に属すべき当然の範囲を知ることが出来ないのではあるまいか」とし、「国際私法は……内外私法の適用区域を定むる法則なるが故に……涉外的法律関係に就て適用あるのみならず、純然たる国内的法律関係に就ても亦一応その適用あるべきものである」と⁽⁵⁾ せられる、いわば国際私法パラプリュイ説とも通ずるところがある。なぜならば、この江川旧説の場合は、法律関係が前面に押し出されてはいるものの、結局は内外立法管轄の配分が考慮せられているからである。以上の両説は、その強度の普遍主義を発想の出発点として肯定する以上、それなりに充分に説得力をもつ見解である。ただ敢て難点を挙げるならば、前説においては、立法権衝突を普遍法理により解決する中世社会の法意識と国際私法典の淵源さえも国家法に求めようとする近代法意識の相違についての説明につき若干の疑問を残しており、後説については既に溜池

教授により、第一点として「純然たる国内的私法関係についてまで、それが民法の適用範囲に入るか否か民法それ自体のみにては不明であるというがごときは立法者の意思に全く反する」こと、第二点として、法例七条の規定により「純然たる国内的私法関係においても当事者はその契約準拠法として自由に……外国法を選択することが可能となること」が挙げられている。⁽⁷⁾

第二の類型である「私益説」《La méthode privatiste》とは、ルイ・ルカによれば、フランス裁判所において決定すべき一次的問題は、国内法相互の選択ではなく、問題となる民事的問題をその評価する国家の立場より国内的要素のみをもつものであるか、外国的要素を包含するものであるかを決定することであり、前者についてはフランス国内法が規律し、後者についてはフランス私的涉外法が適用せられるべきであるが、一国がその国内的法律関係につき最適と考える規則が国際的關係に対して最適でない⁽⁸⁾と解する以上、その完全を期するためにはかかる二つの法体系を備えざるを得ないとするものである。⁽⁹⁾

ルイ・ルカにより第三の類型として挙げられるものは「經驗的方法説」《La méthode empirique》であるが、これは公権説と私益説とは究局的に特定の法律問題についての特定国家法の適用を、前者は主権の側面より、後者は法律關係の性質より理論づけるが、これらは実質的には盾の両面としての性質をもつにかかわらず、両説は基本的発想の相違の故に結合的發展に成功し得ない限界をもつものとして、ともかく各国法の相違および法律選擇理論の相違を認めそこから問題を前進せしめる見解である。そうした實際的な立場から問題とすべき事項は、法律選擇基準が各国により異なることによる跛行關係の是正であるが、その完全な克服は不可能であるとしても、そこに調和の觀念を導入することにより幾分でもその欠陥を是正すべきであり、具体的には法制調和への真剣な努力、あるいは特定の事件

の解決にあたり民事事件に直接影響を及ぼすべきでない主権的利益を無視し個人の予測および利益に最も適切な解決の探求、厳格な理論の衝突理論への影響の緩和、抽象性および没個性的理論によることなく自由かつ衡平な折衷主義に基づく簡明な解答の実現が、その目的にかなうものであるとする。ルイ・ルカはその一例として、その者の本国の慣例により住所地法を適用した場合すべてがうまくゆくとの確信をもちうる場合には、例えばフランスの慣例による本国法の適用に固執しないがごとき態度を挙げるが、このような立場は理論として体系化せられるものでなく、また慎重にその緩和の配慮を考慮すべきであり、それは指導原則の放棄による慣行への回帰を意味するものであるべきでないとする⁽⁹⁾。

溜池教授による前掲の主張は、基本的にはルイ・ルカの第二の類型に属するものといえよう⁽¹⁰⁾。すなわち教授は、一国の法体系のうち「実質私法は純然たる国内的私法関係をのみその適用範囲とするものであり、渉外的私法関係はその適用範囲としないものであるとし、そのような渉外的私法関係に対し内国法または外国法を平等の資格において指定する法律が国際私法である⁽¹¹⁾」として両者が排他的併存関係にあるものとし、さらに純然たる国内的私法関係と渉外的私法関係の区別については、「その国の、(傍点・筆者) 国際私法規定の如何により左右され⁽¹²⁾」「国際私法の存在によって、内国実質私法は、その適用範囲を制限せられ、純然たる国内的私法関係のみをその適用範囲とする⁽¹³⁾」と説き、さらに「国際私法規定により左右されるといっても、それは、かならずしもつねに個々の国際私法規定により決定せられるのではなく、……その国の国際私法上連結点となりうる法律関係の要素(ただし当事者の意思をのぞく)の少なくとも一つが、その法律関係の発生当時外国的である場合、その法律関係は渉外的である⁽¹⁴⁾」とせられるのである。いま一つ注目すべき見解として林脇教授は、「法の効力範囲についての人的、場所的考察で、日本社会に關係のな

い、或は日本社会にのみ関係をもつものではない要素が入り込んできた場合（一般に、涉外生活関係といわれているもの）には「日本民法の効力は浮動的となるのであり、⁽¹⁵⁾ そのような「涉外的生活関係規律のための裁判規範を見出す方法として、内国法或いは外国法の指定という作用を行うのが……いわゆる国際私法規定である」⁽¹⁶⁾とせられる。同教授の発想はまず民法の適用範囲を出発点とせられる点において、内国的法律関係を逆に国際私法により限定せられる溜池教授の見解と対立する地位に立つといえる。

註(1) この点の指摘については、折茂・当事者自治の原則（以下「自治」と略す）八三頁参照。

(2) Pierre Louis-Lucas, *Conflicts de lois-Theorie générale*, 1959, J-Cl. Droit International Fasc 530-A, p. 5. et s.

(3) 跡部定次郎「国際私法論」上巻（大正一一）五四頁および一〇二頁。山田三良博士が「各国立法者は其の領土主権に抵触せざる限りは互に外国法律の適用を認容して内国立法の目的を貫徹すると共に外国立法の目的をも貫徹せしむることに努力しなければならぬのである」との前提の上で「国際私法とは内外私法の適用区域を定むる法則の総体を謂ふ」とせられる場合にも主権衝突の觀念が根柢をなしている（山田三良・国際私法一三頁）。その学説史的評価については、川上太郎・日本国における国際私法の生成発展（昭四二）一〇二頁以下参照。

(4) 跡部・前掲書八八頁。

(5) 江川「衝突規則と私法との関係に対する卑見」法学協会雑誌四五卷一〇号一二二頁。

(6) 江川「国際私法に於ける法律関係の性質決定」国際法外交雑誌二六卷五号二九頁。

(7) 溜池・前掲論文三九頁および四〇頁。ただ同教授による批判の第一点は、結論として採用されている純内国関係は国際私法により逆に決定せられるとの趣旨と矛盾するかの印象を与えるのであり、この点が、三浦教授が涉外関係につき「その生活関係を構成する要素のうち少くともひとつは外国の要素をふくむものであり」具体的には「実定抵触規定より検索されるべきものである」（三浦正人・国際私法に於ける適応問題の研究、昭三九、七九頁および八三条）として、溜池教授と類似の表現を採りながらも、林脇、溜池の両説は民法の効力範囲から逆に国際私法の妥当範囲を究明していると批判せられるゆえ

んでもあろう(同七五頁)。また第二の点については、江川旧説の立場をとりつつも、法例七条は純内国的法律関係になじまない規定であるとの解釈も成り立ちうるのであって、発想の当否はともかく、理論的には江川旧説もそれなりの妥当性があったのではないかとも思われる。

- (8) Louis-Lucas, *ibid.* p. 7. なおルイ・ルカ自身が主権相互関係として把握し、かつ属地主義、実質的には法廷地主義に立つ点については、折茂「属地主義考察の一側面」(久保還暦記念論文集所収)六八頁参照。
- (9) Louis-Lucas, *ibid.* p. 7.
- (10) もっとも、溜池教授は、例えば、同教授「朝鮮人の本国法として適用すべき法律」民商法雑誌四〇巻四号四二頁、に見られるごとく、かなり柔軟な解釈を採られている。その意味では、ルイ・ルカの第三類型を排除するものと解すべきではなからう。
- (11) 溜池・概念四二頁。
- (12) 溜池・同五一頁。
- (13) 溜池・同四五頁。
- (14) 溜池・同五一頁。
- (15) 林脇トシ子・「私法の効力範囲と国家主権」国際法外交雑誌第六一卷第一・二合併号九五頁。
- (16) 林脇・同九七頁。

三

法を基本的に裁判規範と解し、純然たる内国的法律関係をわが実質私法に、涉外的法律関係を国際私法規定によりしめることにより、両者を截然と対比せしめた上でそれらを統一的な一国法体系の中に位置づける理論は、甚だ説得力に富む理論であり、恐らくはわが国際私法における支配的見解と推測しうるのである。

法律関係の涉外性の認定については形式的意義と実質的意義があり、さし当り国際私法典を適用することが必要であるという意味における形式的意義としては、前掲の見解は甚だ妥当なものといえる。ただその適用はまったく形式的になされるべきでなく、真に連結的解決にふさわしい適性をもつ個々の法律関係についてのみ、国際私法規定の適用が現実になされるべきであるとするならば、このような実質的意義の涉外性については、別の見地からの探求が認めせられる余地が生じる。⁽¹⁾ この場合このような実質的意義の涉外性の確定は、およそ連結的解決方法の目的は、普遍的、社会に於ける個人間の関係を其の性質に適合する法に服せしむることにあるとの⁽²⁾、ジッタ的発想に基礎を置き、そのような普遍主義においては、国家間の「法秩序の抵触は、本質的には同一国家の諸地方法の抵触に対して適用されるのと同じの原理にしたがうべきであるとの理念より決すべきものであるとするならば⁽³⁾、まず問題となるのは個々の法律問題であり、さきに「涉外性」の形式的定義において採用せられた、法例に列举せられた各連結素の水平的発想をより一歩進め、いわば縦割的に各条文毎に、より具体的には個々の法律関係の機能を考慮して連結に適用する場合にのみその連結的解決方法によらしめることにならざるを得ない。⁽⁴⁾ さらに普遍主義理論からすれば、そこに採用せられる連結素は、真に私人間の合理的利害調整にのみその基礎を置くべきであるが、例えばわが国における属人法としての本国法採用についての歴史的沿革に見るごとく、現行の法例は公益的考慮、それとも関連する硬直性を内蔵しつつ、外観上普遍主義的連結を装っているかの印象を与えており、これに対する本来の理念による修正は、前述の機能的理解なくしては不可能なのである。⁽⁵⁾

現に存在しているもの (Sein) としてのわが国際私法規定の基本的発想、あるいは特質は、現時点における客観的解釈によるべきであるとする立場は、⁽⁶⁾ 基本的には当然承認せられる事項であるが、一国の法制が何らかの特殊な立法

過程の成果である以上、起草者の意図を無視し得ない。特に連結点決定についての政策は、その後における一国の国際私法の機能についても潜在的に及ぼす影響が大なるものであるが、その立法的沿革により、およそ現存するわが国際私法がいかなる性格をもつものとして発想せられているかを、まず若干の法律関係を通じて以下において検討することとする。そのことを通じて浮かび上がってくる仮設的結論は、(一)そこで準拠法として指定せられているものは、「国家社会と範囲を同じくする人間社会」の法というよりも、国家主権の発動としての法と解すべき傾向をもつこと、さらに、(二)そのこととも関連し、すでに桑田教授により紹介せられている国際私法二重機能説によることにより、より説得力をもちうる性格をもっているのではないか、ということにならう。

(一) 国際私法の本来的立場に立つことにより、私法をもって一応「国家によって制定され、国家によって執行される」という形をとっているにしても「国家とは直接の關係に立たない、私人としての立場で生活する、そうした生活の法」であるとする立場は、⁽⁷⁾ 国際私法学者にとって断ち切りがたい説得力をもって迫る見解である。しかしながら、現行の法例は、少なくとも起草の発想としてはむしろ国家法の選択、實質的には立法権の配分を意味しているとみざるを得ない。

(イ) まず、一般的に属人法として、国籍なる各国主権によらざるを得ない概念を基礎とする本国法主義自体が、法例の関連規定をも考慮するときは、現行法例の下においても身分・能力の問題に公益的性質を認めるものと断定せざるを得ないといえよう。すなわち、その立法の過程における本国法主義の採用に関する「特ニ我国ノ如ク統一的法律ヲ行フ帝国ニ於テハ本国法主義ヲ採用スルヲ以テ最モ正当トスル」のような表現は、⁽⁸⁾ 立法権の限界に基づく発想を想起させるが、特に、日本法の適用において当然その適用の可能性が発生した「共通法」(大正七年・法律三九号)の性質に

ついでには、国際私法と性質を同じうするとの見解もあつたが、⁽⁹⁾そこにいわゆる地域実質法は、樺太については、原則として内地と同一に扱われたのに反し、⁽¹⁰⁾台湾においては、内地人と台湾人間、外国人と台湾人間の親族・相続関係については民法によらしめるのに対し（大正一一・勅四〇六号）、本島人のみの親族・相続に関する事項については民法第四編および第五編によることなく慣習によるべきものとされ（大正一一・勅四〇七）「台湾ニ施行スル法律ノ特例ニ関スル件」五条）、また朝鮮については、台湾人と異なり、朝鮮人と内地人間、朝鮮人と外国人間との身分関係についても、朝鮮民事令（明治四五・制令七号）は、その第一条に列挙する明治三二年民法の若干の規定のほかはもっぱら朝鮮の慣習によるものとされており、その意味では共通法が実質的に種族法衝突を意図しているとしても、その対象たる地域法についての内地法の介入の程度がそれぞれ異なっていることに加えて、もしそこで普遍主義理論が採用せられてゐるならば、例えば内地人女子と朝鮮人男子が婚姻し日本に極めて長期に渉り住所を設定し朝鮮帰国の意思または客観的事情がない場合には、恐らくは住所地法によらしめるべきであつたにもかかわらず、本籍転籍不自由の原則を前提とする本籍を基準としたことは、そこに一の植民政策を見出しうるのであり、⁽¹¹⁾日本の全法律秩序を統一調和ある全複合体として組成せんとする共通法の使命の中には、本来強度の公序的性質を認めざるを得なかつたのである。さらに重国籍における内国籍優先（法例二六条一項但書）の観念は、旧法例八条二項、更にそれを遡ぼる民法草案人事編理由書第一三条三文と同趣旨であり、その理論の採用理由は特に明白にされていないようであるが、これもその当時におけるわが民法の親族・相続制度の公益的性質の反映と推測しうるのである。第三に、本国法が一国数法の場合には、かねてより解釈につき論議のあつたところであるが、⁽¹²⁾「遺言の方式の準拠法に関する法律」（昭三九・法二〇〇）第六条は「その国の規則に従い」として間接指定主義が採用されており、かつわが法例上本国法の解釈についても遡

及的に統一せられるべきであるとすれば、法例二七条三項についても間接指定と解すべきこととなろうが、⁽¹³⁾ 特定の法の中に立法権者の強度の政策が反映している場合には、それを「国家的社会の法」でなく「国家法」とよぶべきであるとするならば、そのような強度の政策をもつ外国準国際私法を包含する本国法は、前述の意味の国家法ということとなる。第四に、わが国では反致(法例二八条)は、本国法が準拠法である身分・能力につき認められているが、現行の反致条項が準拠国際私法中の反致条項について何らの顧慮をしていない以上、それが真に国際判決の調和を契機としていられるかはかなり疑わしいと解せられており、⁽¹⁴⁾ 起草者において「日本ニ於テハ孰レノ外国人デモ日本ノ法律ニ依ルベキ場合ガ多イ丈宜シイ」とし、⁽¹⁵⁾ 参考書の「我国ニ住居スル外国人ハ素ト本案ヲ待タスシテ我国法律ニ服従スヘキモノニシテ」⁽¹⁶⁾との表現を見るときは、結局は親族・相続についての自国法の拡大を考慮するものといえる。なお第五には、冒頭にもふれたごとく、一般に国籍については最高裁昭和三六年四月五日大法廷の判旨のごとき厳格な解釈が採用されることは容易に予想されるのであるが、そのような公益的要素をもつ国籍を連結素とする本国法は、相当程度公益性をもつものとして把握し、その意味では前述の「国家法」としての理解に立つものと考えられる。特にそのような場合、遡求効をも考慮する時際法をも包含する立場を採る場合、時際法の公的性質からして、一段とそこに「国家法」が意識せられているものと理解されうる。⁽¹⁷⁾

(四) 次に財産法の分野においては、親族・相続の場合のごとく、重国籍・反致・間接指定のごとき根拠を見出し得ないが、第一に、特定の国家への定着性が見出しがたいとせられる債権行為についても法例七条は「何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム」(傍点・筆者)として、国家法を想起させる表現を採ること、第二に、法例一〇条は、動産、不動産の区別なくその所在地法によらしめているが、不動産物権については、国際裁判管轄としてはその所在地法を専

属管轄とし、しかも専属管轄が特定国家の公益を基準として採用されることは確定した法理であることからすれば、国際的視点においては不動産所在地法はその所在地の公益を反映するもの、すなわち「国家法」として理解されている。第三に、わが国の通説では、契約締結当時合憲である外国取引準拠法が社会主義化により外国憲法裁判所において違憲とせられる場合、そのような外国裁判所の判断を遡及的に尊重することとなるが、そのように公益の介入を認める場合には、これを前述の意味の「国家法」として理解することが素直ではなからうか。⁽¹⁹⁾ 判例においても、国有化法についてはあるが、ソヴェト・ロシアの国有化法につき「日本政府カ……承認シタル以上ソヴェト政府カ曩ニ発布シタル銀行国有ニ関スル諸法令ハ同国ノ法令トシテ其効力ヲ有スルモノト認メサルヲ得サルヘク」とし、あるいはイラン国有化法についても、石油所有権の得喪については法例一〇条における所在地法の一環をなすものとし「石油国有化法の解釈については……一応イラン国政府の解釈を尊重するのが、上記のような独立主権国相互間の主権尊重、友好維持の必要から生ずる国際礼讓の立場からして……妥当な態度といわなければならない」とするが、この場合イラン国との間には正常な外交関係に入っていないが、「早晩正常な外交関係に入ること考えれば、我国としても右国際礼讓の要求するところと条理に従うを相当とする⁽²⁰⁾」との表現を用いることも、承認の語のみを根拠とすべきではないとしても、そこに「国家法」が考慮せられているものと考えられる。

以上に列挙した個別的判断素材については、あるいは論者により異なる結論が導かれる余地を残しているものもある。しかし、立法の過程における発言、法例自体における重国籍・反致・七条の表現、法例制定後において制定せられた公益的性格を認めうる共通法が法例と矛盾なく結合せられた経過などを総合的に考察するならば、現行法例は前述の「国家法」の指定を意図するものと解せざるを得ないのであるか⁽²¹⁾と考えるものである。

(二) わが法例が内外法の抵触の問題を、まったく外国法相互間の抵触の問題と同一の関心において理解しようとしたかについては、若干の規定(法例三条二項、四条二項、六条、一一條二項三項、一六條但書、一三條二項)をのぞいて、原則的にはいわゆる双方向的抵触規定の形式を採用している以上、普遍主義またはそれと密接な関係にある判決調和の理念を基礎としているともいえる。しかしながら、およそ連結素の確定は、成文の場合たと不文の場合たとを問わず政策的考慮が働くものであるが、そこに内国実質法の適用範囲の確保の要求が潜在的に強く働いている場合は、わが国際私法は、まず内外法の抵触解決を意図し、その基準を外国法間の抵触についても適用しているにすぎないという意味で二重的機能をもつと理解せざるを得ないのである。

(イ) 能力・身分につき、連結素として本国法主義が採用された理由については、川上教授のすぐれた法制史的分析にもかかわらず、普遍的立場よりの本国法採用の当否につきどの程度実質的再検討がなされたかについて直接これを知りうる資料は見出しがたいようである。⁽²³⁾ しかしこの段階において既に英米法におけるドミサイル理論が知られていにかかわらず、⁽²⁴⁾ 本国法主義が疑問の余地なく採用せられたのは、ドイツ法を範とする法典編纂の緊急性によるものともいえようが、同時に内国法上の政策のもつ適用要求が普遍主義的表現としての本国法主義を是認しえたのではなくかと推測しうるのである。⁽²⁵⁾ ここでは、法例中の全規定についての検討は別の機会にゆずり、差し当り具体的法律問題のうち若干のもののみを摘出して、前掲の仮説の当否の検討を試みたい。

(1) 能力については、一面においては、「法例中ニ存シマスル定規ニ就テハ、成ルベク万国同一ノ主義ヲ取」とする⁽²⁶⁾、普遍主義的表現を採りつつも、参考書はわが国の特殊事情として「特ニ我国ノ如ク統一的法律ヲ行フ帝国ニ於テハ本国法主義ヲ採用スルヲ以テ正当トスル」としており、内国取引保護規定の説明中に「我帝国ニ於テハ居留外国

人ノ過半数ハ支那人及ヒ朝鮮人ニ属シ且ツ清韓両国ノ法律ハ甚ダ不完全ニシテ能力ニ関スル規定果シテ如何ヲ確知スルコト困難ナルカ故ニ⁽⁸⁷⁾との表現との関連において推測するときは、単に普遍主義理論から本国法を是認するよりは、当時のわが国の国際的環境を具体的に考慮しつつ、少なくとも日本国民に対する日本民法における能力規定の適用の確保の意図が強く働いているものとみざるを得ない。そのことは、理論的にも併存する民法修正案、民法施行法案、戸籍法案などとともに、この法例修正案が明治三十一年五月の第一二帝国議会に提出せられた経過からも、そこで採用せられている本国法主義が民法自体の政策と対応していることは推測しうるし、本国法主義の基礎となるわが国籍立法においては、その萌芽的立法としての明治六年第一〇三号布告、ついで最初の統一的な国籍立法としての明治二三年法律九八号いわゆる旧民法人事編のなかの第二章「国民分限」の規定、特に後者においては家族制度上の諸要請についてはまったく一顧も払われなかったのに対し、旧憲法一八条の規定の実現としての旧国籍法（明三二法六六）においては、「立案ノ方針ニ関シテ最モ注意セル事項ニアリ第一我国特有ノ家族制ニ適セシムルコト」とし、また家族制度の要請によって諸外国にその類例をみない入夫婚姻および養子縁組に国籍付与の効果をもとめ、しかもこの場合必然的に生ずる国籍の積極的抵触をもあえて意にしなかつたのであるが、⁽⁸⁸⁾そのような家族制度を念頭において国籍法および内国国籍優先と結合した本国法主義の下では、能力の問題も単に個人的な無能力者保護の観念より、わが家族制度の一環として性質決定せられていたものといえよう。⁽⁸⁹⁾

(2) 婚姻については、法例修正案参考書においては、「婚姻ハ人生ノ最大事件ノ一ニシテ婚姻禁止ノ原因ハ国家ノ公益（傍点・筆者）ニ関スルモノナルカ故ニ」とし、また実質的成立要件につき「各国ノ立法者ハ其国ノ婚姻法ノ規定ニ違反セル自国民（傍点・筆者）ノ婚姻ハ無効トセサルハナシ」としてその本国の公益との関連性を強調し、また方式

についても「婚姻ノ方式ハ一般法律行為ノ方式ト異ニシテ公ノ秩序ニ関スルモノナルカ故ニ」として公益性を強調するが、⁽⁸³⁾ いずれも一応普遍主義的な表現が採られている。しかし起草参画者がわが民法自体のもつ涉外的適用規準につき何らの顧慮を払わなかったかについては、法典調査会議事録における質疑応答においても、領事婚に関する寺尾氏の質問に対し穂積博士が「是(民七七八条)現行七四一条)ハ日本人間ノ方式ニ関スルモノデアルカラ民法ニ殘シテ置ク。若シ外国人間デアリマスレバ法例ニ依ル」(二ノ七三)と答えられており、⁽⁸⁴⁾ また民法修正案参考書親族編においても、第七六五条(現行七三二条)の婚姻能力につき「早婚ノ弊ハ何人モ認ムル所ニシテ而シテ医家ノ説ニ依レハ我国人ノ婚姻適齡ハ男十七年女十五年ニ達スレハ可ナリトスルヲ以テ」とすることからも、日本民法自体がその実質的成立要件についても日本人相互間についての適用を予定していたことをうかがいうる。ただ方式については、この本国法主義を放棄していることから一応普遍主義に立つごとく解される可能性をもち、日本人についての日本民法の規制の要求は放棄せられているかのようであるが、この場合も参考書が「本案モ亦此主義ヲ採リ我、国、ニ、於、テ、(傍点・筆者)婚姻ヲ為ス者ハ内国人タルト外国人タルトヲ間ハス我国ノ法律ニ規定セル婚姻ノ方式ニ従フヘキモノトセリ」とすることからも、⁽⁸⁴⁾ 普遍主義的表現の中に、わが民法上の届出制度・戸籍法のもつ公益的要素を重視する意図をうかがいうるのであり、法例一三条一項における「但」の一語の中に、日本人には本来方式の問題をふくめて日本民法を適用せしむべしとの基本的原則からの已むかたなき後退を汲みとるべきものである。

(3) 嫡出親子関係については、明治三一年民法の個別的規定からその適用基準を見出すことは容易でなく、また法例修正案参考書中にも内国民法との関連について言及しない。しかし、明治三一年民法における「家」の重要性、より具体的には旧七三三条一項における父の優越性、また民法と密接な関係にある旧国籍法第一条は、参考書によれば

「本条ニ於テ子ハ父ノ国籍ニ従フヲ以テ原則ト為シタルハ独リ父ヲ先ニシ母ヲ後ニスル我、国、古、来、ノ、風、俗、（傍点・筆者）ニ従フノミナラス各国法制ノ通則ニ依ルナリ」との見地に立つものであるから、嫡出親子関係についてもそれと関連をもつ諸規定をも参照するときは、内国法自体が親が日本人であるかぎりその適用を要求するものと解しうるのである。嫡出親子に準ずべき養親子関係成立についての第一九条につき参考書が「我国ニ於テハ養子縁組ハ外国ノ養子縁組ヨリモ重大ナルカ故ニ之カ為メニ一条ヲ置ケリ」とすることからも、まして嫡出親子関係規定の適用につきすでに民法自体が、その規定自体より導かれる連結素によるような適用要求をもっていたと考えるのである。

(四) 財産法的分野においては、動、産、・不、動、産、物、権、中、後者については前述のごとく所在地裁判所に専属管轄を認めること自体により日本民法の適用確保の要求を認めうるほか、日本民法自体が一七七条において登記を對抗要件とし、不動産登記法八条が管轄登記所を不動産所在地の区裁判所とすることからも、日本所在の不動産に対する日本民法の適用要求を知りうる。動産については、そのような意味での日本民法の適用範囲を、民法の個々の規定から見出すことは困難である。ただし法例一〇条の規定が存在しない場合を想定した場合、動産移転に関する一七八条の規定が、日本所在の不動産に対する適用を予定する一七七条と相い並び規定されていることから、恐らくは動産についての所在地主義を導き得たであろうと考えられる。さらに、債、権、についても、第一二条に関する参考書の立法理由のうちに「現ニ我民事訴訟法ニ於テモ亦債権ヲ動産ト同視シ債務者ノ住所地ヲ以テ債権ノ所在地ト看做スカ故ニ」というごとく、内外法の衝突問題に関心を払った跡を見出しうる。

右にみたごとく、旧民法下における身分関係はもとより、財産関係についても民法自体がおのずから涉外的適用範囲につき一の規準をもつことがうかがわれ、法例の制定においてもそれをふまえた審議および成文化がなされたこと

を知りうるものであり、少なくとも制定当時においては、身分関係については民法上の家の制度、財産関係においては、わが国の特殊な地理的環境のゆえに、その二重機能が意識されていたことを率直に承認することが、かえって普遍主義的立場からの修正的解釈努力のために望ましいのではないかと考えるものである。⁽⁸⁵⁾

註(1) この点は、並存的関係にあると累積的關係にあるとにより、やや性格を異にするが、商法第一条が商事に関する法として、民法に対する特別法であることを認めながら、商事の内容については商法の個々の規定によらしめていること、とも類似しているといえよう。

(2) Jitta, *La methode du droit international privé*, 1890, p. 58. (田中耕太郎・世界法の理論二卷五一二頁、折茂・国際私法の統一性二五頁による再引用)。

(3) Savigny, *System*, VIII, S. 27.

(4) この問題は、いわゆる部分問題(桑田三郎・「国際私法における部分問題の理論」民商法雑誌四〇卷三号、国際私法研究所収)とも通じ、またアメリカ法上の *False Conflict* 理論とも通じる問題であるが、その詳細なる評価は別の機会にゆずる。

(5) 尤もこの問題は、既に法性決定の問題として解決が試みられることもあるが、本文が問題とするのは、論理的にはその前提である連結的解決の当否である。

(6) 沢木敬郎教授が、「現実の涉外事件の処理」については、「連結点の評価の問題は、ここでの課題ではない。我々の前には所与の裁判規範として抵触規定が成立しており、各単位法律関係ごとに連結点が定められて」おり、その承認の上で、「現実の涉外事件の処理を行っている」との表現を採られるのは、このような立場であろう。沢木「連結点の主張と立証」(立教法学一〇号、昭四三)八六頁。

(7) 折茂・「国際私法の基本観念」国際私法講座一卷二四頁、林脇・前掲論文八七―八八頁。

(8) 参考書第三条(理由)一、の叙述。

(9) 実方・「共通法」新法学全集二七卷、昭二三、一〇―一一頁。尤も実方教授は、そこにおいて法律「適用規則」としては一般的なものとしては第二条、法人に関する第七条二項および、第八条一項がこれに入るが、他は実質法間の調整を意味する

「連絡規則」であるとせられる。

- (10) 樺太については、「樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」(明治四〇・法二五)、「樺太ニ施行スル法律ノ特例ニ関スル件」(大正九・勅令一二四)により、原則として同一法域、同一戸籍制度、かつ司法裁判所についても一体をなしていた(明治四〇・勅令九四号)。

- (11) 一般に準国際私法の外国立法例においては、英米における選択住所、一八九一年のスイス法、一九二六年のポーランド法などにおける住所、現在のドイツ準国際私法の常居所地に至るまで、所属法域が当事者の自由意思により変更しうることを前提としており、また、台湾のごとく、実質的原則が内地民法であるか種族慣習であるかを確定し得ない二法系を内在する台湾法を普遍的立場の意味する種族法として理解することは困難である。

- (12) 法例二七条三項についての起草者の意図は直接指定にあったようであるが、合理的解釈としては間接的指定と解すべき点については、矢ヶ崎「起草者の意図をめぐる法例の解釈についての二三の考察」(久保還曆記念論文集所収)一七三頁、およびその引用文献参照。なお内外重国籍の場合の内国法優先は当然のこととしてか、法典調査会における穂積発言、梅発言のいずれも、特に理由を挙げていない。久保・「現行法例の成立について(身分と総則の部)青山法学論集四巻三号、四四―四六頁参照。

- (13) 山本敬三・「不統一法国の指定」(山田、沢木編・国際私法講義所収)四五頁。

- (14) 三浦教授は「国際判決調和の理念が反致の真の契機であるか否かはきわめて疑わしい」とせられる。三浦・適応八五頁。

- (15) 穂積一般説明(法典調査会議事録二ノ一六六、久保・前掲(成立について)五四頁による引用)。
参考書理由二、における叙述。

- (17) 昭和三六年四月五日大法院判決、民集一五巻四号六五七頁。

- (18) この点につき、桑田三郎教授が「国際私法は……各国立法権をたがいに限界づけるものでもない。それゆえ、国際私法の対象とするものは権力秩序としての法ではなく、生活秩序としてのそれである」(同・外国法の正統性、民商法雑誌三四巻三号、国際私法と国際法の交錯所収、同一三七頁)としながら、未承認国法の適用につき「国籍は政治的紐帯である。したがってこれについて承認という政治的要因が介入することは避けられないところである」(交錯一四四頁)として、外国法の適用につき公的要素が存在しうることを認められているが、一の注目すべき表現といえよう。ただ現在は同教授は、旧説に

つき修正的見解を抱かれるようである。

- (19) 例えば、江川教授は「外国法は、……外国裁判官が解釈する如くに解釈しなければならない」とせられる(江川・国際私法改訂版一一二頁)。

- (20) 昭和十一年三月二三日東控民一判、国私例集二八〇頁。

- (21) 昭和二八年九月一日東高民一判、国私例集四九頁。

- (22) 折茂・国際私法の統一性、二九三頁。

- (23) 川上太郎・「日本国における国際私法の生成発展」(昭四二)では、第一期としてのフランス民法三条の邦訳にすぎなかった明治四年「御国民法」前加篇においても(同七頁以下)、第二期としてのフランス法の影響よりもむしろ最新のイタリヤ民法典前加篇やベルギー法改正草案により決定せられたとせられる旧法例においても、普遍主義立場からの本国法主義についての当否の議論についての叙述はなく、第三期としての現行法例に関し実際に主として起草にあたった穂積陳重博士が最新最良と目されたのはドイツ民法施行法草案であったとせられるが(同七六頁)、この最後の場合も、従来の本国法主義につき特に再検討がなされなかったようである。

- (24) 川上・発展三九頁、七五頁。

- (25) この点につき、近年におけるアメリカ法上の Currie の governmental interests, Ehrenzweig の lex fori 説、特に H. H. Kay, Conflict of Laws, Calif. L. Rev. v. 53:47, pp. 47-60 における理論なども、実質的にわが法例の理解において全く無視すべきものではない。

- (26) 明治三十一年五月二一日における法例修正案上程についての穂積政府委員の提案理由。川上・発展九六頁参照。

- (27) 参考書第三条(理由)における叙述。

- (28) 平賀健太・国籍法上(昭二五)一三一頁。

- (29) 国籍法案参考書、冒頭所掲の(理由)の叙述。

- (30) 平賀・前掲書一三七頁。

- (31) このような能力が公益的要素をもつ点は、旧国籍法の普通帰化要件(第七条二号)において「満二十年以上ニシテ本国法ニ依り能力ヲ有スルコト」と定めるが、これは新本国法のみならず旧本国法の双方において少くとも年齢による行為能力制限

なきことを要求していることから理解しうる。

(32) 参考書第一三条(理由)における叙述。

(33) 久保・前掲(成立について)青山法学論集、一八頁。

(34) 参考書第一三条(理由)における叙述。

(35) 桑田・「国際私法の機能について」法学新報六二卷一一号(交錯三六頁所収)参照。

(36) 戦後において、江川、久保、折茂教授など諸学者により、普遍主義による諸理論がけんらんと展開されたのも、これらの諸学者のわが法例に内在する国家的特殊性についての深い洞察およびその批判に基づくものであったと推察するのであるが、筆者の思いすごしであろうか。

四

右に見たごとく、わが法例が、戦後における若干の改正をうけるとはいうものの、内国政策の反映としての連結素を踏襲し、あるいは準抛法を国家法として把握する硬直的態度を持続していると理解する場合には、その後におけるわが民法・国籍法の改正、あるいは国際的経済関係を考慮し、従来の古典的な連結概念の作用範囲につき合理的調整をもたらしることが必要とならう。

そのような意味をもつ実質的意義における涉外性探求のためには、まず国際私法の基本理念としての国際私法的社会における判決調和の要請の原点に立ち戻らざるを得ないのであるが、その点に関し具体的妥当性をもつ理論を得るための最初の道程は、身分関係および財産関係を通じ、くまなく均質的な一体感をもって結合せられる国際的私的社会が世界的規模をもって実在するか否かの決定問題である。

我々が国際私法の働く場として想定する国際社会を論議する場合、まず国内裁判管轄に対応する国内私的社會のご

とく身分的問題たると財産的問題たるとを問わず、くまなく均質的な結合を示し、そこにまっただき自由交流を認め得るほどの普遍的社会を前提とする立場、第二に判決統一を目的とする以上、そこで考慮せられるべきものは、異なった訴訟手続を内蔵する各国裁判所といういわば高圧線鉄塔を相互に蜘蛛網的に結合せられたものと発想する立場、第三に、そのような国際社会も一国裁判所の視点より決定せざるを得ないという制約を前提とするが、その国際社会の把握については、調和的になされる判決をして真に説得力をもたしめるためには、法廷地をその環の中に包含しつつ各法律関係によりその具体的軌跡を異にするいわば異質的かつ多元的な国際社会を設定することが望ましいとする立場、などが可能である。第一の立場は、国際私法自体の指導的機能を現時点において重視するものと考えられるが、現にヨーロッパ共同体のごとく相互交通の制約を排除する傾向はあるとしても、各国が基本的には国籍を理由として出入国管理につき厳として規制を行なっている以上、英米および開発途上国をも包含した規模において、国内社会と同程度の交流度をもつ私的社会の实在を是認することは困難であるといわざるを得ず、第二の立場は法が裁判規範であることを前提とし、現に相違する国際私法の実状を無修正的に是認する立場であり、涉外事件の解決は国際裁判管轄の決定によるべしとの構想に到達せざるを得ないが、自国国際私法における合理的連結の探求については直接寄与するところが少ない立場といえよう。以上の意味において、その法律関係の関連をもつ国際社会は、その具体的法律関係に応じて相対的に実在するものと解する第三の立場が妥当であるが、この場合具体的とはいっても、抽象的規範の前提問題とせられる限り、各訴訟事件の事実毎に決定せられるのではなく、一般的な合理的規準によることとなる。

その場合まず基本的区別として採用される立場は、従来とも伝統的に認められているところであるが、親族的身分関係と財産的法律関係の相違により想定される国際社会の様相が異なることである。前者については、属人法の観念

が示すように、そこで問題となるのは、訴訟の段階ではその様相が一回限り断面を露呈するのではあるが、そうした身分関係は本来特定の身分的社会的単位の単位として継続的に特定の国家社会に結合するものであり、その意味では、それぞれ国籍を異にする家族的国際サーカス団のような浮動的性格をもつ場合は極めて例外的なものである。また他面、そのような身分社会が、国籍・住所・居所・常居所のいずれを軸として構成されているかの認識は、現実的に妥当性ある結果をうるためにはその法廷地内の大部分の親族関係が社会的心理としてどの概念を選択しているかによらざるを得ないのであり、明治三一年民法における家の制度が消滅した現状における法例の本国法はこのような意味においてのみ支持しうるのである。しかるに法例が法例三〇条のごとき限界的公益に比すれば稀薄とはいふものの公益的要求をもつ本国法主義を採用する結果、第一に恰も内国独禁法の外国国内経済社会への不当介入と同じく社会的実体としては外国の純内国的身分社会に属する問題についても、形式的な一外国的要素の存在の故に不当に法例を介入せしめ、その論理が同時に実質的には法廷地内国社会固有の身分問題についても不当に法例の適用を促す弊害をもたらしており、前掲の立場よりすれば涉外性を実質的に解することによる法例の適用限界を認めざるを得ないこととなり、第二に本国法の適用についても例えば極東新興諸国間との間において見出される身分社会と中南米諸国との間における身分社会との身分社会構成の心理的要因が異なるごとき実情を考慮し、本国法適用についても合理的限界があるものとせねばならない。このような主張は、現実には従来個々に承認せられているところと結果的に異なる場合もあるが、例えば身分関係中の婚姻成立の問題についていえば、例えば、日本人男女がフランス船舶上において日本民法上の届出用紙に署名手続を完了し、上陸後直ちに本籍地である横浜において届出をなす場合の婚姻の実質的成立要件に関する訴えについては、法例の前提たる涉外性を備えず、あるいは、日本人夫婦が社命により外国に短期駐

在するが、その訴訟代理人により両親および準正子が居住する留守宅において婚姻取消の訴えが提起された場合は、この主張によれば、本来一三条の適用になじまないものとして、一三条の適用違背を上告理由とすることは許されず、あるいはその短期駐在地において離婚判決を得てもわが国ではその効力が認められないとするがごときであり、また形式的成立要件についていえば、芸能人が休暇を利用してハワイで宗教婚を挙げ日本に帰国して婚姻届を提出する場合の婚姻の成立時期は、法例一三条但書を文言的に解するときは、宗教婚挙式の時期より婚姻が成立するが、これに対しそのような挙式は恰も東京に住所をもつ男女が出雲大社で挙式し帰京後婚姻届を提出する場合と機能的に何ら異ならないと解する場合には、その程度の外国的要素は一三条一項但書の適用を要求するものではなく、日本における届出により婚姻の成立を認めるがごときである⁽²⁾⁽³⁾。逆にカナダ人本国離婚には既得効果を認めることとなる。

これに対し、財産的法律関係については、その性質上比較法的にも普遍化せられている要請に基礎を置くべきであり、従って後述のごとくそれが消費財個別取引か、代替性品大量取引であるか、あるいは内国的取引か国際的取引か、あるいはまた当事者が国際的活動適性をもつ企業であるか否かにより、その国際社会の相対的軌道が決定せられるのであり、その基準により内国的経済関係と実質的に考えられる場合は、法例の適用の余地なく、またそのような国際社会において現実的妥当性をもたない場合は、わが法例上の準拠法適用が限定せられると解すべきこととなる。

財産的關係のうち、物権については、わが国多数学説は、必ずしも個別的地位を区別せず、一般的に所在地主義の根拠として目的物の所在地法が、その経済、取引、公信用と密接な関係にある物権を規制することが妥当であると説いている。この場合においても、例えば日本人相互がデンマークチーズを小売売買するとき場合は、その当事者間に国際的な財貨・通貨の転換が直接間接に考慮せられていない以上内国経済社会の固有の問題として法例適用の余

地なく、法例上の動産所在地主義は、その原因行為自体に財貨の移動が意味せられるか、物権行為自体が隔地的になされるか、あるいは将来国際移動の可能性が大であるごとき、国際取引社会内における物権問題としての性格をもつ場合に始めて問題となると解すべきであり、ついで機能的理解による現行準拠法の合理的制限については、所在地法主義自体が破産についての強度の属地主義の規定にみるごとく、わが国固有の政策的要求をもつことはともかく、例えば、国際的移動可能な物の物権の種類・内容のごときは、当事者が国籍を異にし、あるいは物権移転行為が隔地的になされる場合も当初の所在地経済社会に密接なる関係をもち、また物権移転の第三者対抗要件あるいは原始取得なども同様の意味で所在地法によらしめることは当然であるが、しかし当事者間の関係については、その物権移転行為が隔地的になされる場合においては、その取得者がその目的物の現実的效果を実現するための権利内容の問題と異なるから、その移転についてはその所在地法に直ちにによらしめるよりも、一次的には抵触法的合意あるいは実質法的合意によらしめ、かかる合意を見出しがたいときに始めて所在地法によらしめれば足りると解しうるのであり、特にそれが商品の特性・デザイン・表示方法、あるいは梱包状況その他により、輸出入流通過程の一環にある商品たる適性をもつ場合には、前掲の法理が妥当性をもちうる。すなわち、物権についても、後述の債権と同じく、原始取得のようには一回限りの、あるいは内国的経済関係に強い密接度をもつ法律問題であるか、国際貿易取引の一環として把握すべき経済的機能をもつ企業の取引であるかにより、所在地法の画一的適用につき合理的制限をなすべきものと考えられるものであるが、そのような考え方は、すでに部分的ながら、移動中の物 (res in transitu)、船舶物権についての旗国法主義、証券化された物権移転などにおける論議において事実上考慮せられているものともいえる。

これに対し不動産所在地法主義は、それ自体が普遍的に承認せられる合理性をもつことにより、その対象たる涉外

性を決定すること自体がさしたる実益をもたないが、理論的には外国不動産会社が投資の対象とし、あるいは外国会社が営業所を設置するとき、のごとく、それを媒介として対価の国際的移動が行なわれる場合、あるいは隔地的住所による原因行為または物権的行為がなされる場合はこれに属するが、日本人が旅行先より物権移転の意思表示をなし、あるいは外国人教師が定住のため家屋を購入するとき場合は、純内国的問題と解すべきこととなる。

- 註(1) このような理論は、例えば、池原教授により提唱せられ(池原「離婚に関する国際私法上の二、三の問題」家裁月報四卷一二号六頁、昭和三九年三月二五日の最高裁判所大法廷判決・民集一八卷三号七六頁により認められる訴訟手続的な被告住所地主義と必ずしも抵触するものでなく、ヘーグ国際私法会議第十一会期(一九六八年)の「離婚及び別居の承認に関する条約」案第二条第二号(b)に関連して例示すれば六ヶ月駐在社命による駐在中、妻が不和のため三ヶ月経過後隣国に移動かつ帰国準備中、判決国に最後の共通住所あることを理由に駐在後五ヶ月目に交付送達をなし妻欠席のまま離婚判決がなされるごとき場合を想定するものである。従って離婚管轄などについての本国管轄・住所地管轄についての制限または拡張についての合理的制約基準は、常居所地法が事実的概念であり、国により相違が生ずる可能性ある欠陥あることを考慮するならば、アメリカ法上の選定住所類似の観念を原則的基準としながら、より緩和的な共同長期滞留地が一応の基準となる。
- (2) 方式の場合には、前掲の離婚判決の承認の場合と異なり、より短期的滞留であってもそこでアパート、または貸室により男女の共同生活が営まれるという程度の、挙行地法との結合度を要求することとなる。
- (3) また異国籍者相互間の身分関係の機能は、そのいずれかの本国社会よりも、その常居所地社会構成者に影響を及ぼすことが多いと考える場合には、異国籍者については常居所地法(the law of habitual residence)を妥当とすることとなる。が(L.I. de Winter, Nationality or Domicile? Recueil des Cours, 1969 III p. 455) 長期的にはともかくわが国の現段階の国際環境において本国法主義を放棄するときはかえって友好的交流が害せられると解する立場に立てば、解釈論としてはもとより、立法論としても、本国法主義を原則としながら、その作用を制約する理論をさし当っては妥当とせざるを得ない。

五

以上のような機能的理解説は、特に法例七条の合理的適用限界、あるいはその解釈につき、実益をもたらすことが多い。わが国においては法例七条の適用限界につきすでに有力学説により、あるいは立法論さらにまた一歩進んで解
釈論の見地より注目すべき主張がなされている。例えば、江川教授は、一面において基本的に債権関係につき客観的
個別化説を妥当とし、⁽¹⁾他面七条に関して、わが国における小売契約、わが国の企業者との間の労働契約につき外国法
選択を許すべきでないことを立法論として主張せられ、解釈論としても、運送業者、倉庫業者、保険業者との大量契
約、または労働契約などにつき法例七条のほかにあると解する有力説を見出しうる。ただこのような適用除外説も、
その根拠については必ずしも一致せず、例えば、折茂教授は、その分野を規制すべき法規が、むしろ公法としての
色彩を濃厚に示すにいたり、したがってその地域的適用範囲も高度に属地的なものとなっていることに求めら
れ、その意味では不動産に関する賃貸借契約もこれに包含せられるのに対し、⁽²⁾久保教授は、それらにつき契約内容の
事実上の決定権が一方的に当該企業にあり、実質上当事者自治の自由がないことを直視して、法例七条の適用外にあ
り当事者の業務上の本拠所在地法への客観的連結を主張せられる。⁽³⁾これに対し、小売契約については、川上教授は前
述のごとく外国私法関係にかかわりないものとして国際私法の規律のほかにあるとせられる。⁽⁴⁾この点につき塚場教
授は、当事者自治の制限の要因につき、各契約毎に国家的介入・統制の目的や程度もまちまちであり、「個々の契約
の類型を区別し、おのおのの特質に応じた取扱いをすることが最も妥当な解決への途である」との基本的立場に立ち
ながら、その制約について契約の付従性に関連するものと合理的属地化になじむものとを区別し、かつ強行債務法の

特別連結の理論をも肯定せられるもののごとく推測しうる。付従性については「保険・倉庫寄託・運送・銀行など、普通契約条約による取引については、……一方的商行為と双方的商行為との区別を設けることが必要である。当該企業の業務の本拠地の強行規定は、通常、約款に規定される準拠法と一致することが多く、独立連結を考慮する実益は」少ないが、「一方的商行為の場合には、業務の本拠地の強行規定と顧客の常居所等の強行規定」を比較し「企業の側にとって、より不利な強行規定を優先させることが望ましい」とせられるが、⁽⁷⁾準拠法約款自体のもつ付従性については「契約締結当時の具体的状況、付従性の程度なども考慮し、ことに劣位にある当事者に公正さを欠く苛酷な結果を生ずる場合には」その約款の効力が否定される場合も考えられるとし、⁽⁸⁾他面、公法的性格の強い弱者保護に関する不動産賃貸借、利息に関しては原則として当事者自治を認めながら、不動産所在地や履行地が借借人または債務者保護において有利であるときはこれによるものとし、外国為替管理法のごとき公法的強行規定については、当事者の指定準拠法を排除して常に優先すると説かれるごとく、個別的にかつ精密に規制の基礎を指摘せられる。ただその優れたかつ一步前進した分析にもかかわらず、従来当事者自治の範囲外にあるかにつき論議の対象であった、「取引所や公の市場における取引……建築の請負、小売売買、締結を強制される責任保険、公証人・弁護士などとのその職業上の行為に関するもの、国家との労務・資器材その他の物品の供給、などの契約は合理的な属地化の容易な事例である」とせられるが、解釈としての結論を明らかにせられていない。⁽⁹⁾

本稿では、前掲の塚場教授による個別化的考慮を基本的には認しつつ、その契約の内容を更に売買に限定する場合に、現行法例についての機能的修正解釈によれば、そもそも当事者自治は単に何らかの外国的要素を包含するという一事によっては許容されず、その取引における商品・通貨の国際的移動という経済的標徴をもつ場合にのみ許され

る、と解することが妥当ではないかとの主張を要約的に述べるにとどめる。

国際私法は判決調和を至上目的とする普遍主義に立脚すべきであるが、法の規制作用を量的にみれば国内法が主要法源である現状においては、少なくとも外国法の適用を認めること自体がかかる普遍主義への途を開いていること、更に準拠法の決定についてもせいぜいそれが国際条約制定時の論議においても充分妥当性をもちうる、との信念に基づいているにすぎない、との限界をもつことは否定し得ない。その上における論議は結局は各論者の国際私法観によりおのずから構想を異にするにすぎないともいえようが、沢木教授の「連結点選択の問題は、各法律関係について種々の角度から考慮に値すると思われる連結点を選び出し、それらの各々をとった場合の具体的な効果を吟味すること」⁽¹⁰⁾であるとの立場を一步進め、連結的方法を採用することの当否自体が、個々の要請の上に立ってこれに対し価値判断を加えることにより決定すべきであるとの立場に立つ場合には、法例七条のうち、特にその中心的内容である売買については、次のような論点が問題となる。

債権についての当事者自治については、田中耕太郎、江川英文、折茂豊などの普遍主義学説をふまえた、現代の指導的学説としての池原季雄教授によるも、当事者自治の根拠としては、契約債権が「高度に人為的・観念的な性質をもっており、……客観的にいづれか特定の法秩序とのみとりわけ深い関係をもつようなものではない」ものであり、「実質法上の契約自由の原則と同様な思想的背景がみられる」とせられ、かつ「いづれの法秩序とも結びつきうるような普遍的な性格をもっている」との表現からも量的無制限を容認せられるものと解しうるが、この点は山田鏝一教授が「世界中のあらゆる法の場所的抵触があるが故に量的無制限を説かれ、⁽¹¹⁾川上教授が比較的近年まで法律回避防止のため制限説を支持せられたにもかかわらず、⁽¹²⁾それが法例の趣旨に一致するとして量的無制限説に改説せられたの

と、⁽⁴⁴⁾ 同様の趣旨であろう。松岡助教が立法論的表現であるが、アメリカ抵触法第二リストメントに示唆を得て、合理的理由がある限り取引が実質的關係をもつことは必要でないが、当事者がその法律をよく知っており十分に発達したものであることは合理性に入ると主張せられるが、この見解は指定行為自体についてのみ条件が付せられて見ると見る限り、これも量的無制限説に属すると考えられる。⁽⁴⁵⁾ 折茂教授は、国籍や住所を異にするごとき当事者が、「第三国の法にたいする共通の知識にもとづいて」これを指定するときも容認しうるとともに、他面経済的機能を考慮に入れ、渉外的経済取引には、その商品を直ちに第三者に転売することがありうるが、「たとい第二の売買契約が第一のその準拠法所属国となんらの実体的関連をもっていなかったとしても」第一の売買契約の準拠法を第二の売買契約の準拠法とすることは実質的理由にかける⁽⁴⁶⁾ ところはないとせられ、ただ何らかの合理性を必要とするかについては断定的ではないが、契約関係と実体的な牽連関係ある「法でなければこれを選択・指定することはゆるされないという建前をとらなければならぬかいは、きわめて疑わしい」とせられる⁽⁴⁷⁾ ことから、恐らくは量的無制限を容認せられるものと考えられる。

右のような量的無制限説は、また法例七条が別段の制約を加えない限り、解釈論としては無制限説を採らざるを得ないとする点にもその根拠を求めうるのであるが、⁽⁴⁸⁾ 現在支配説と考えられる量的無制限説が、特定国家法の政策実現要求を無視し、当事者間の自治的立法の許容を結果的に認容することからみれば、そのような特異な当事者自治が認められるのは、外国的要素をもつ売買の中でも、その経済的機能からして特定の国内経済社会への関連性が極めて稀薄である、国際的商品・通貨移動を伴う取引活動に直接関係ある場合に、これを限定すべきであるとするならば、国際的商品・通貨移動を伴わない売買、特に消費財小売売買については、本来法例七条自体が適用せられないと解すべ

きであり、また前述のごとく当事者の自治的立法と解する以上、指定対象を国家法に限定することは論理的に矛盾するのであるから七条における「国ノ法律」とは例示的表現と解せざるを得ない。むしろ契約文言の合理的解釈を一次的に尊重し、⁽¹⁰⁾次いで指定準拠法に実質法的意味における補完的地位を認め、連結的解決は最終的補完法と解すべきかとも考えるが、この点については稿を改めて検討の機会をもちたい。

- 註(1) 江川英文・「国際私法上の意思自治の原則に関する一考察」田中還曆記念論文集四四一頁以下。
- (2) 折茂・国際私法各論、一〇〇—一〇二頁。なお、同教授は、小売契約は、現実売買であり、純粹の債権契約としての実質をそなえていないことを理由として、当事者自治の原則は妥当しがたいとせられる(国際私法講座二卷四二六頁)。
- (3) 久保・国際私法(有信堂版)一六四頁。
- (4) 川上・判例国際私法、二二三頁。なお二頁末行の「内国的私法関係」は「外国的」の誤植である旨の御教示を受けている。
- (5) 焯場準一・法律行為債権(山田、沢木編・国際私法講義、一九七〇年所収)一四〇頁。
- (6) 強行法特別連結については、折茂・「強行的法規の特別連結論について」国際法外交雑誌六四卷三号一頁以下、六五卷五号四一五頁以下、池原・国際私法、三七五頁および三七六頁、折茂・自治三九五頁など参照。
- (7) 焯場・前掲一四〇頁。
- (8) 焯場・前掲一三七頁。
- (9) 焯場・前掲一三八頁。
- (10) 沢木敬郎・「国際私法上の連結点の在り方について」立教法学一号一九六頁。
- (11) 池原・国際私法三七三頁—三七四頁。
- (12) 山田鏡一・「契約の準拠法」契約法大系四卷、昭三八、二三〇頁(国際私法の研究、昭四四、所収)。
- (13) 川上・国際売買法概論、昭三九、一三〇頁。
- (14) 川上・判例国際私法(新版)昭四五、六一二頁。
- (15) 松岡博・「アメリカ国際私法における当事者自治の原則」国際法外交雑誌六八卷三号五三頁。

- (16) 折茂・各論九七頁。反対、沢木「C I F約款による輸入貨物の売買契約と準拠法」海事判例百選一九九頁。
- (17) 折茂・自治一〇〇頁。
- (18) 池原・国際私法三七五頁。なおわが国判例の経過については、鳥居淳子「わが国判例における涉外債権契約の準拠法の決定」法政論集三五号七九頁以下。
- (19) 林協・「契約の解釈」涉外判例百選、八三頁。なお畑場・前掲一三三頁一三三行の叙述。

六

ここに殊更に強調するいわゆる機能的理解は、すでに、離婚後の子の監督者に関する法性決定、離婚禁止についての公序規定の適用、あるいは離婚に関する合意に相当する審判の許容性、国際離婚管轄の規準、移動中の物と所在地法の関係、債権についての特殊推定自治など諸問題の解決につき既に考慮済みのアプローチともいえる。しかしここに特に機能的理解の妥当性を再確認しようとした意図は、第一に、国際私法の適用の前提である涉外関係の確定につき形式的定義で足りるとする立場を一步進め、実質的定義が必要となるとする立場からは、準拠法決定のための法性決定における法律関係の機能的考慮とは、論理的に異なる次元の問題として、連結的解決の当否自体につき各法律関係の機能的理解を必要とする点につき、わが国の従来の論理はかなりの曖昧さを残したまま現状に立ち至っていること、第二に、法律関係の機能的理解という場合、公序法の適用についてはとにかく、私法抵触に関しては、法廷地立法政策、あるいは統治利益 (governmental interest) の観点からでなく、あくまで法律関係の側面からその機能が若干の外国的要素にもかかわらず、内外いずれの社会に決定的関連性をもつか否かにより判断すべきであることを指摘することにある。

ただかかる発想については、第一に内国社会への決定的関連性の規準が明確でないとの非難が予想される。このことは、法が画一的硬直性を避け現実的妥当性を追求する場合に常に生じうる問題であることは、国際離婚裁判管轄に関する最高裁昭和三九年三月二五日大法廷判決が被告が「原告を遺棄した場合」なる必ずしも明確でない表現を用いることから理解できることではあるが、⁽¹⁾例えば、人事訴訟についていえば、日本に出生以来住所をもつ日本人相互の婚姻の取消判決が在日外国人たる第三者に対し対世的効力が及ぶ（人訴一八条）がごとき場合は、訴訟物たる婚姻取消権でなく、制度としての婚姻が日本社会に対して決定的関連性をもつかにより判断すべきであり、第二に一時的に移民を決意して外国に住所を選定するも、まもなく帰国し、その外国において例えば子の出生のごとき当事者以外の身分関係が発生しなかった場合は未だ内国社会との決定的関連性を失わないが、両当事者の異国籍・異住所・異常居所のごときは涉外性を認むるに充分であり、またその身分関係に附随する他の身分関係の発生をみるとく質的に外国社会との関連をもつときも同様に解するというごとく、訴訟以前におけるその身分関係の外国社会との緊密度を職権調査せしむべきこととなる。⁽²⁾

第二に、かかる機能的理解の実益につき疑問が生じる可能性はあるが、この点は冒頭の江川旧説の立場を去り、内国関係・涉外関係分離説を妥当とする以上論理的に解決せざるを得ない事項であり、またその段階で内国的関係と判断する限り連結規範特有の複雑な準拠法適用についての労を省きうる点で訴訟経済に寄与しうるのであり、更にそのような機能的理解が連結規範における本国法その他の準拠法適用についての合理的限界をも示しうることになる。第三に、かかる理解は、すでに丸岡教授により批判せられるエーレンツバイグの法廷地法説に組みするものではないかとの批判も予想せられるが、⁽³⁾量的には従来の理解に比較すれば、内国法の適用が増加するとしても、本稿は、む

しる法廷地法を原則的適用法規とする理論よりも法律関係より出発する普遍主義を基礎とし、かつ涉外事件の實質的範囲確定が国際私法学の重要な一部門であることを強調する点において近年の新法廷地主義と論旨を異にする。

最後に、かかる機能的理解により日本法によるべき場合に、外国裁判所が涉外事件として国際私法を介して判断する場合そのような判決を承認すべきかの問題があるが、国際私法統一の現段階では、これを承認すべきであり、更に一步を進めてそのような法律関係が外国における純国内的関係であるがその国においては涉外的事件として特定の準拠法によることが確定しているときは、例えば財産所在地管轄によりわが裁判所が判断するときも、その外国裁判所の論理により、實質的には転致を認めることが妥当であろうことを附言しておきたい。⁽⁴⁾⁽⁵⁾⁽⁶⁾

註(1) 溜池・「涉外人事訴訟および家事審判の諸問題」(実務民事訴訟講座六卷、昭四六) 一二六頁。

(2) この点は、沢木教授の「連結点確定のための前提となる事実については、それが準拠法決定のための資料である以上、結局法適用問題の一部をなすもの」として職権調査事項とせられる理由は(同教授「連結点の主張と立証」立法学一〇号、一九六八年、一〇四頁)、法例の前提たる涉外性の判断についても妥当する。

(3) 丸岡松雄・「エーレンツヴァイクの法廷地法主義理論」(二)、法経学会雑誌一八卷二号、一一三頁以下。

(4) 同様に、法性決定についても、それが外国の局地的法律関係であるときは、その外国法によることとなる。

(5) 本稿における法廷地内国社会・国際社会・外国国内社会の三分については、山口弘一、日本国際私法論(明四三)三頁、および Vedat R. Sevig, *La vente internationale, la vente étrangère et la vente locale*, Rev. Trim. de d. com. 1966, No. 3. p. 535 ets. に示唆を受けたこと。

(6) 本稿では、外国文献の引用を意識的に避けたが、これは法例の現状における私見を明らかにすることにより、この機会にわが国の学者による御示教を得ることを意図したことによる。