

牴触法と外人法との関係再考

——動態的牴触法理論への出発点としての
静態的牴触法理論——

杉 場 準 一

「外人法」といえば、外国人（法人を含む）の私的権利享有に関する実質法のことを、意味するのが通例である。いいかえれば、「外国的要素を有する内国事項規定」の部分集合である。⁽¹⁾ いささか羊頭狗肉の感がしないでもないが、本稿では、より広く「外事法」・さらには「涉外法」を、考察の対象とした。つまり、「涉外的要素を含む事態の処理のため定立された内国実質法の集合」と、あらゆる種類の牴触法との関係を検討することにより、右の意味の「涉外実質法」が内国法秩序に占める地位を明らかにするのが、本稿の目的である。なお、右にいう「涉外実質法」は、涉外的要素を含む事態の処理のため、我国の裁判所で問題にされるかぎりにおいて、我国の裁判所における判断の基準として、その目的のためにわざわざ定立されたものである。その意味で、内国の「固有法源たる」涉外実質法と、これと呼ぶことが許されよう。それは、一般に、外国法秩序か

ら借用されてきたものではない。他の目的のため、つまり純粹に国内的な事態の処理のため、定立せられた内国実質法を、涉外的要素を含む事態の処理に、借用しているものでもない。⁽²⁾ 「固有の」というのは、こうしたわけだからである。右のような法規の集合を、便宜上「外事法」と、本稿では呼ぶことにしよう。

「外人法」ならぬ「外事法」を考証の対象としようとする態度の背後には、つぎの二つの点に関する問題意識が潜んでいる。第一には、固有法源たる内国の涉外実質法は、外国人の権利享有に関するものに止らず、より重要な事項の規制を目的とするものが多いこと。しかもその多くは従来の「私法」の領域には属さないこと。⁽³⁾ 「外人法」という記号に付せられてきた伝統的意味が、この記号を右のようなものまでに対しても包括的に使用することを、不適當とすること。さらに、現下の状況は、「外事法」にはひとしく入るものの「外人法」には属さない法規群の地位の確定を、要求していること。第二には、「外人法」と牴触法との関係の分析は、そのまま「外事法」と牴触法との関係の問題に置き代えうること。この二点である。これまでの議論が「外人法」と牴触法との関係のみに集中してきたため、以下の論述もこの点に比重がかかるのは止むをえない。けれども、筆者はつねに、より広く「外事法」との関係という眼で再検討している、ということを付言しておこう。

(1) 跡部『國際私法論』(上)二八三、四、一七以下、二と二三。江川『國際私法』(有斐閣全書)二二六。上川

『国際私法講義要綱』一一、三四。山田(録)『国際私法』一〇八、一〇九、三〇。参照 実方『国際私法概論』七、一二。

(2) 参照 実方・前掲書一二、二四八〜九。

(3) ここでは、内外法秩序よりの借用関係が存在する。この過程をへて構成される判断基準は、本文にいう「固有法源」に対して、「借用法源」と呼ばれる。

(4) 問題を涉外契約の分野に限っても、つぎのとき関係法令を指摘しうる。外国為替および外国貿易管理法、輸出貿易管理令、輸入貿易管理令、外国為替管理令、外国為替資産特別会計法、外資に関する法律、外国人の財産取得に関する政令。

独占禁止法、輸出入取引法、輸出水産業の振興に関する法律、軽機械の輸出の振興に関する法律。

その他、多数の法令が、輸出振興・財政・警察上の目的から定立されている。これらは、その人的・事項的適用範囲からみて、「外人法」と著しく異なるものである。けれども、従来の学説が、すでに、外国法人に対する監督的規定、外国金銭債務の代用給付あるいは換算に関する規定(四〇三B・G)、さらには公法上の事項に関する規定、などを「外人法」として扱っている点は、およそ、内国の固有法源たる涉外実質法を包括的に「外事法」として考証する志向を、好意的に示しているものと考えられないであろう。参照 久保『国際私法概論』一〇、実方・前掲書二四

八〜九。

外人法が、これまで、問題にされたのは、主としてつぎの二点において、あった。国際私法学の研究領域劃定、および、同法と国際私法との関係、についてである。本稿の分析対象たるあの点に關していえば、現在の定説は左のとおりである。

「(我國の) 外人法は、(我國の) 抵觸規定適用の結果として適用されるものであって、抵觸規定に対する関係においては、他の実質法一般と異なるところはない。」したがって「(我國の) 外人法は通常、(我國の) 抵觸規定によって内國法が適用せらるべき場合に、はじめてその適用をみるものである。」⁽⁵⁾とはいえ、現実の適用過程において、外人法が抵觸法に先んじて考慮される事実を、各論者は看過してはいない。ただ、それは「単に事実上の問題」とされるだけである。要するに、外人法は、事実上、国際私法に先行するが、論理上は、国際私法が先行する、ということになる。

この通説の帰結が、重大なあいまいさを潜めている点に、注意を喚起したい。論理上先行するといわれる抵觸法とは一体なにか、もしそれが国際私法だとすれば、国際私法が外人法に論理上先行するというのは正しいか。まず、第一の点から分析を始めていこう。

(5) 「関係」とは多義な記号である。古く問題とされたのは、国際私法の法律的機能の側面からみた、国際私法と外人法との「関係」であった。山口博士の外国法編入説に対する、跡部博士の批判においてである。参照 山口『日本

国際私法論』(上)(五版)六七〇八、跡部「衝突規則と私法との関係」『法学論叢』一八卷一五九、一六三〇七二、同、前掲書二二。

(6) 江川・前掲書一二七、一二六。(カッコ内、引用者) 同旨、山田・前掲書一〇九、実方・前掲書一二三、一二〇、久保『国際私法』(有信堂)三四。参照 折茂『国際私法』(各論)二七。

(7) 江川・前掲書一二四、山田・前掲書一〇九、実方・前掲書一二〇、一二。

(8) 山田・前掲書一一〇。川上・前掲書三四の論述は、この事実上の点のみを把えてのものと、推測される。

前述の通説が、我が国の定説となったのは、我が国際私法学史上の一つのメルクマールたる、跡部・江川論争における、江川教授の学問的勝利を契機とする⁽⁹⁾。したがって、この時になされた江川教授の論述を再検討することから始めねばなるまい。

江川教授は、内国実質法上の権利と外国実質法上のそれとを、明快に区別されるところから出発し、理論上、国際私法が外人法の前提であると、結ばれる。すなわち、「……如何なる私権が我国の実質法に依って付与せらるべき権利であり如何なる私権が外国の実質法に依って付与せらるべき権利であるかは実質法自体に、従って(外人法に)……明言せざる所であるから、此の問題を決定するが爲にも亦内外諸国の実質法の適用区域を定むる国際私法即ち衝突規則に依って先ず其の権利を支配すべき法律は内外何れの実質法なるかを決定せねばならない……」

(カッコ内および傍点、引用者)「……理論上より言へば、衝突規則を度外視しては我民法の支配管轄に属すべき当然の範囲を知ることが出来ない……」したがって「民法第二条の規定に予想せる私権も亦外国人が我国に於て保護せらるべき一切の私権を包含するにあらずして唯我が実質法に依って付与せらるべき私権を意味するに過ぎざるものである……」¹⁰⁾「……その所謂、私権たるや唯我が主権の支配管轄に属する権利即ち我国の実質法に依るべき権利のみを意味するものであって外国主権の支配管轄に属する権利即ち外国の実質法に依るべき権利を包含するものと解釈し得べからざること……」になる。このような議論の基礎となつてゐるのは、つぎのごとき、国際私法に対する根本的認識であること、明白である。すなわち、内外私法の適用区域を定めた法例第三条以下のいわゆる衝突規則は、民法・商法等の実質法に対する総則の位置を占める規定であり、渉外的法律関係に適用せらるべきのみならず、理論上一切の私法的法律関係に適用さるべきものであり、民法・商法等の実質法はこの規定によつて初めてその適用範囲を明らかにすることが出来る……という点である。¹¹⁾外国人の土地所有権享有問題という具体例にそくしていえば、「……この場合には民法第二条と外国人土地法の規定とに徴して直ちに之を知ることが得るが故に何等衝突規則に關係する所なきが如く見る。理論上より言へば我領土内に在る土地所有権の享有如何は専ら我国の実質法のみに従つて之を決定すべきものとする法例第十条の適用の結果たるに過ぎない」(傍点、引用者)ということになる¹²⁾。

右の引用文中傍点の個所および教授の国際私法に対する基本的理解に注目すれば、筆者が前節において提示した問題に関する、江川教授の解答は自明であろう。外人法適用の理論的前提となるべき抵触法とは国際私法である。国際私法は、渉外的事態処理のための実質法のみならず、純粹に国内的な事態の処理のため定立せられた内国の固有法源たる民法・商法に対して⁽¹³⁾も、強制法源性を付与するという、法律的機能をもつからである。これが解答である。そこでは、外人法が固有法源たる外事法の部分集合であることは、看過されていない。また国際私法が、渉外的事態処理のための実質的判断を、内外の法秩序から借用する関係を規律することも認められている。けれども、国際私法が、ひとしく、固有法源と借用法源その双方につき、強制法源性を付与するものと、理解されている点に、疑念が残る⁽¹⁴⁾。純粹に国内的な事態処理のための実質的判断基準に対する強制法源性付与の機能をも、同時に⁽¹⁵⁾もたせている点も、同様の疑問をまぬかれえない。一国の法秩序に関する、規範科学的分析・これを基礎とする抵触法の静態的一般理論が、要求されるゆえんである。

(9) 跡部『法学論叢』一八卷一五九、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』四五卷一八七五。両者間に争われたのは、国際私法と外人法との関係に止らない。法性決定の基準如何の問題が、もう一つの重要な争点であった。法廷地実質法説(跡部)と準拠実質法説(江川)とが対立したのである。参照 跡部・前掲論文一

七二以下、江川・前掲論文一八八四以下。

(10) 江川・前掲論文一八七六、一八八二、一八七九。

(11) 江川・前掲論文一八七六、同「国際私法に於ける法律関係の性質決定」『国際法外交雑誌』二六卷四四五、四六一、四六二。同旨、川上「民法の効力範囲」『国民経済雑誌』七四卷四〇五、四〇七、八、四二八、三〇。

(12) 江川『法学協会雑誌』四五卷一八八三。

(13) 参照、坪場「国際私法の上位性について」『一橋論叢』四三卷一一〇、一一。

(14) 参照、坪場「国際私法の現代的課題」『一橋論叢』四四卷五〇九。

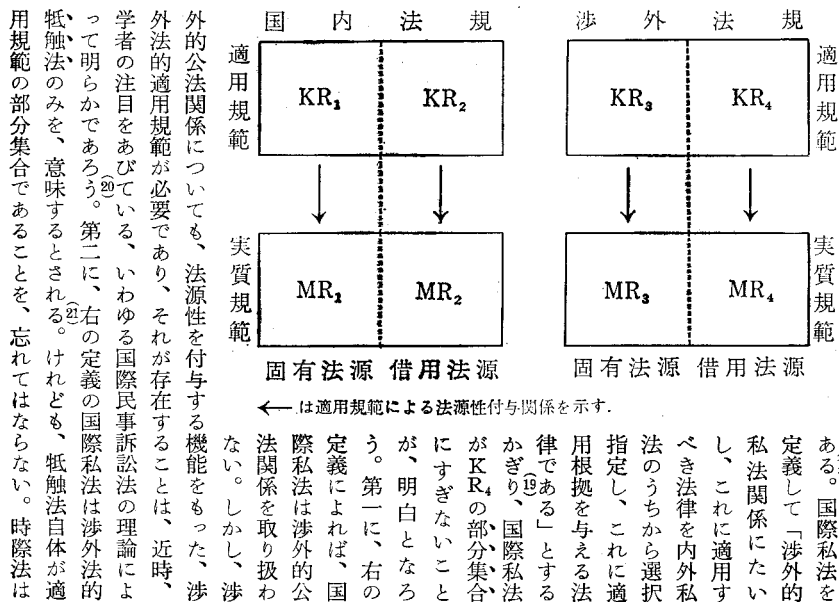
(15) 参照、坪場『一橋論叢』四三卷一一一註(22)° Gil: Lois politiques et droit international privé, 83 Rec. de Cours, 1953-II 170. cf. Batifol: Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé, 72 Rec. de Cours, 1948-I, 18.

もっとも、本文の点に関し、江川教授は改説されたので、筆者の疑念・批判も、同教授の新説については、あたらない、といえるかも知れない。参照 江川・前掲書五、溜池「国際私法の概念について」『法学論叢』七〇卷二三七註(4)、四一。しかし、国籍などの、法律関係を構成する要素のうち「少なくとも一つが他の要素と異なる国に関連をもつ場合」には、その法律関係は「国際的な法律関係」となる。ここに、国際私法の仲介が必要になり、その法律

関係は、同法の対象と考えられる。(江川・前掲書五)ところ、外人法の規律対象は、まさに、右の意味における、国際的な法律関係である。とすれば、内国の固有法源たる外人法の適用の論理的な前提は、あいかわらず国際私法であることになる。国際私法が涉外法的抵触法であり、国内法的抵触法とは別個のものであることは、改説により明確になった。けれども、固有法源に関する抵触法と、借用法源に関するそれとの区別は、いぜんとして不明確のままとなり残されているのである。とはいえ、内国の固有法源についても、それに適用根拠を与える何らかの適用規範が存在すべきことを示唆されたその貢献は、高く評価されねばならない。

さて、内国の固有法源が、内国裁判機関において、強制・あるいは任意の法源性をもつのは、「国法の本来的効力」といった、形而上学的な根拠に基づくものではない。かならず、適用規範の介入を要すること、すでに、別の個所で、論証済みである。したがって、この点はいま触れまい。当面の問題たる、外人法と抵触法との、規範科学的関係の分析に、議論を集中しよう。そのためには、これまで断片的に公にしてきた、筆者による、国法秩序の静態的分析のシェーマを、一応、最終的な形で図示しておくのが便利であろう。

最近になって、公表せられた類似のシェーマにおいても、 KR_1 ・ KR_2 が欠けているのは、一般に、固有法源に関する適用規範の存在をあえて討究しなかった従来の理論の欠点の反映で



KR_1 の部分集合たる国内法的抵触法であることが、その一例である。⁽²²⁾また KR_1 についていえば、 MR_3 の欠缺、あるいは MR_3 を設けることが便宜上妥当でない場合などにおいて、その限度で、抵触法たらざる涉外法的適用規範の介入が必要となるのである。ただし、 KR_1 という涉外法的適用規範とは、涉外的事態処理のための判断基準の借用関係およびこれに対する法源性付与の機能をもった、規範の集合であるからである。⁽²³⁾

これを別の側面からいえば、右の意味の国際私法が上位性を主張しうるのは、 MR_1 ・しかもその部分集合についてのみである、ということである。ここまでくれば、外人法を含む外事法の上位法が国際私法ではないこと、多言を要せず明白となろう。外事法は、内国の涉外法的固有法源であり、 MR_3 に属する。これに法源性を付与するのは、固有法源に関する涉外法的適用規範たる KR_3 である。 KR_3 のみが、外事法として外人法適用の論理的前提である。すでに認められているごとく、国際私法は、外人法適用の、事実上の前提ではないのみならず、論理的にも前提関係をなすものではないのである。

以上の分析にしたがえば「外人法は、抵触規定適用の結果として適用されるものであって、抵触規定に対する関係においては、他の実質法一般と異なるところはない。」⁽²⁴⁾(傍点引用者)ということ自体、不正確ではあるが誤りではない。 MR_3 に属する外人法に対応する、 KR_3 の中にも抵触法的適用規範がないとはいえないからである。難点は、 KR_3 と KR_1 との区別がなされていない、というところだけである。⁽²⁵⁾ところが、論者は、抵触法

「国際私法と考えていることに注目すれば、⁽²⁶⁾右の論述の誤りであることを断言することが許されよう。要するに、内国の涉外法的固有法源たる外人法適用の論理的前提は、涉外法的借用法源に関する国際私法ではない。それは、内国の涉外法的固有法源に関する、別個の適用規範である。内国の外人法、より広く考えて内国の外事法、これらは、内国の国際私法適用の結果、内国法が準拠法と指定されて初めて、適用されるものではない。内国の外事法に特定せられた要件事実が発生する全ての場合に、国際私法という名の適用規範の仲介なしに、当然適用せられるのである。もちろん、外事法に対応する別個の適用規範が介入すること、忘れられてはならない。問題は、むしろ、内国の固有法源たる外事法と、国際私法を仲介として借用されてきた、内外国の MR_1 ・ MR_2 および外国の MR_3 との調整にあるう。」⁽²⁷⁾

このようにして、外人法は、民法・商法等の場合と同様に、内国で定立せられた固有法源に関する適用規範の存在すら意識されないままに、現実には、いわゆる直接適用の外観をとる。涉外的事態の法的処理の現実的プロセスとしては、外人法の存在する限りにおいて、まず同法の適用により、ついで同法に規定の欠ける限度においてのみ、いわゆる国際私法に従い、借用法源を探索し、問題が法的に解決されることになろう。この点は、内国の固有法源たる実質法的外事法のすべてに、妥当する。そして、この現実的プロセスが、理論的にもかなりの根拠をもつものであること、前述の通りである。⁽²⁸⁾

(16) 煥場『一橋論叢』四四卷五〇九、注(3)五一〇。参照溜池『法学論叢』七〇卷II三四、三五、四一、五六。実方・前掲書一、川上・前掲書四。この点は、これまで「自明のこと」とか「三権分立制の制度的本質」であるとかという、形而上学的なくれみのを用うることにより、科学的に分析されずに放置されてきたが、遺憾なことである。なお、溜池・前掲論文三九の論述は、証明不十分である。

(17) 煥場『一橋論叢』四四卷五〇九のシェーマには、固有法源と借用法源との区別が、図示されていない。

(18) 煥場『一橋論叢』四四卷五一〇註(3)。ただし、江川教授は例外である。参照 本稿註(15)。

(19) 溜池『法学論叢』七〇卷II四六。最も新しい定義として、これを引用した。

(20) 枚挙にいとまがないので、比較的最近公表された、示唆的な、すぐれた業績の一部のみを左に記そう。桑田「日華平和条約一〇条の解釈、中国人における本国法の適用問題」『ジュリスト』二〇三号八三、八四。山田「外国人の訴訟能力」『国際私法の基本問題』所収、四一三、四三三以下。cf. Kegel: I. P. R. (1960) 14, 36, 339 et seq. 351 et seq.

(21) 溜池『法学論叢』七〇卷II三九、五五、五六。参照久保『概論』一〇、跡部・前掲書五二、山口・前掲書三。

(22) 煥場『一橋論叢』四四卷五〇九註(2)。なお、参照

Ago: Lezioni di D. I. P. (1935) 62~3. Ehrenzweig: A Treatise on Conflict of Laws (1962) 309.

(23) 「借用」の方法をとるかいは「一に、立法上の便宜・経済からする立法技術の問題につきなり。cf. Ago: op. cit. 73, 60, 34~9; Monaco: L'efficacia della Legge nello Spazio (1954) 8, 19; Morelli: Elementi di D. I. P. I. 6^a Ed. (1959) 10~2, 18; Pau: Caratteri del D. I. P. (1951) 21, 25~6. 以下」これが借用法源に関するものであって固有法源に関する適用規範でない、という点は言をまたなす。国内法との関連については、窮極的規律対象のちがひ、つまり涉外性のちがひが全てを語らう。また、涉外法の範囲でいえば、そもそも固有法源としての外事法のないところこそ、国際私法その他の涉外法的適用規範の存在理由があるのでは。cf. Ago, op. cit., 37~8; Monaco, op. cit. 8, 19; Ziccardi: Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale (1946) 7~11; Jannaccone: Manuele di D. I. P. (1951) 33 et seq.; Cheatham: American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility, 58 Harv. L. Rev. (1945) 361, 381; Kaufman, in Pearson v. Northeast Airline Inc. (1962) 307 F. 2d, 138 「借用」関係の規範科学的説明については、つぎを参照。煥場『一橋論叢』四三卷一一〇、注(18)(20)同所。ただ、国際私法の機能につき、少しく付言しておきたい。筆者は、右の箇所において、涉外法的

適用規範の部分集合たる国際私法の機能は、涉外法としての法源性付与にあり、その法源性付与の対象となるものは、内外国の MR_1 である、と述べた。(この点に関する筆者の修正された理論については、後出注(25)を参照。)さらに、涉外法的法源性付与、という一面だけを押えて、国際私法の機能は単一である、と主張した。ところで、右の意味の機能論、すなわち法律的機能論、の盛んなイタリアの学説で、単一機能説と二重機能説との分岐点は、つぎである。すなわち、外国準拠法に対する、内国における法源性付与の他に、内国法の適用範囲劃定をなすのか、この点である。(こうした問題提示自体の非科学性は、筆者の立場から見れば、自明であろうが……) cf. Ago: op. cit. 48 ~ 52; Morelli: op. cit. 16 ~ 8; Monaco: op. cit. 22 ~ 4. 桑田『国際私法の機能について』『法学新報』六二巻八七六—七七。そして、内国法に対する適用範囲劃定は、国際私法本来の機能ではない、とする単一機能論の論拠は、内国実質法の適用範囲自体は無制限であり、内国法に法源性を付与する必要はな、とどうところにある。(cf. Ago: op. cit. 50; Monaco: op. cit. 24; Morelli: op. cit. 17 ~ 8. 桑田『法学新報』六二巻八七八。)けれども、内国の MR_1 ・ MR_2 は当然に涉外法としての法源性をもつものではなく、本来は国内法たるこれらを涉外法として用いるためには、あらたに涉外法としての、法源性付与のプロセスが必要となる。(煥揚『一橋論叢』四三巻一一〇、同『一橋

論叢』四四巻五〇九。)とすれば、外国実質法のみならず、内国の国内法に対しても、涉外法的法源性の付与をなすのが国際私法であるから、結局は、内外国の実質法に対する指定があることになる。その意味で、筆者の理論は、二重機能説という方が、適当かも知れない。ただし、イタリア理論の二重機能説とは、つぎの点で異なるものであることを、注目して頂きたい。つまり、外国実質法への指定の他に、内国実質法の適用範囲劃定というのではなくて、内国の国内法的実質法に、涉外法的法源性を付与する、という意味での、内国実質法(MR_1 ・ MR_2)への指定がある、この点である。その意味では、モナコやモレルリが折衷説(*teoria o dottrina intermedia*)と云々、ボスコの理論に、少なくとも右の点のみにについては、最も近い、と考えられる。ただし、原典を参照しえなかったもので、その真疑は判明しない。(cf. Bosco: *Corso di D.I. P.* 3a Ed., (1939) 90 et seq.; Ago: op. cit. n. 52; Monaco: op. cit. n. 23; Morelli: op. cit. n. 17. vede Perassi: op. cit. n. 67.)

ところで、内国法秩序とは、内国において法源性を付与せられた規範の集合である。とすれば、その部分集合たる内国 MR_1 は、涉外実質法的法源性を付与せられた、実質規範の部分集合であることになる。その意味において、内国 MR_1 ・ MR_2 については、同じく内国ではあるが、全く別系統の MR_4 に「編入」され、外国 MR_1 ・ MR_2 ・ MR_3 ・ MR_4

は、まず内国法秩序に、そしてとくにそのうちの、 M_R に「編入」される。したがって、内国 M_{R_1} ・ M_{R_2} については、内国法の涉外法への「変質」が、外国 M_R については、内国法への「変質」および内国涉外法への「変質」があることになる。そして、いずれの場合においても、当該「準拠」 M_R をモデルとして、内容と規範的効力（さらに、当該準拠法秩序内における、当該モデル M_R の合憲性をもふくむ）とにおいて同一の規範を「創造」（あらたに、別箇の法源を追加する、という意味で）する、実質的機能をもつのである。しかも、この関係が「継続的」であり、当該「準拠」 M_R 秩序内における、内容・規範的効力の得喪変動がそのまま内国 M_R 秩序に反映する。その意味で、いわゆる国際私法、ひいてこれを含めての K_R 一般につき、それが、準拠実質法秩序に対する継続的指定関係を保った自動的法源性付与規定である、と考えることが許される。

(Perassi: Lezioni di D. I., tomo II, (1957) 64~7. cf. Morelli: Elementi, 21~2, n8 22; Controllo dello Costituzione di Norme Estraniere, Scritti di D. I. in Onore di Tomaso Perassi, vol. II (1957) 171, 177, 178~9, 182. Critiche; Monaco: op. cit. 27~9; Pau: op. cit. 35, n12 loc. cit., 37~40, Ziccardi: op. cit. 9, 57~8) なお、「編入・変質」された外国 M_R の解釈等について…… Monaco: op. cit. 25~6; Morelli: Elementi, 20~1; Quadri: Funzione del D. I. P. Studi Critici di D. I. vol.

I—i, 45~7; Pau: Caratteri, 38~9; L'attuazione Processuale delle Norme Italiane di D. I. P. nel loro Riferimento alle Legge Straniere, Scritti di D. I. in Onore di Tomaso Perassi, vol. II (1957) 187, 208~9. (24) 「上位性」の意味については、つきを参照。採場『一橋論叢』四三卷一〇二以下。

(25) M_R の構成要素は、内国 M_{R_1} ・ M_{R_2} および外国 M_{R_1} ・ M_{R_2} さらに外国 M_{R_3} ・ M_{R_4} である。前掲のシェーマに明らかたとおり、理論上は、いずれを指定する場合にも、適用規範は考慮されねばならない。従来は、時的抵触と反致理論とに関連して、内外国の K_{R_1} および外国の K_{R_4} それぞれの部分集合が、研究者の注意をひいたにとどまる。伝統的理論が、国際私法上の指定の対象として、理解してきたのは、主として、内外国の M_{R_1} のみであった。(cf. Cook: Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, (1942) 20~1, 23, 26.) いわゆる反致の場合には、その指定が外国の M_{R_1} の部分集合になされるものであること、すでに筆者は指摘した（『一橋論叢』四四卷五一以下）。内国の K_{R_1} により、内外国の M_{R_1} ・ M_{R_2} はもとより、外国の M_{R_3} ・ M_{R_4} に対してまでも、指定をなすことについて、理論上、可能性を否定する根拠は何もない。ただ、そのような指定が妥当かという、法政策上の問題があるのみである。また、いかなる種類の M_R に指定をなすかも、法政策によって初めて決定せらるべき事柄であり、この問題

を理論で解決することは不可能である。

なお、一国法秩序を、涉外法と国内法とからなるものとみて、とくに外国涉外法実質私法のうち借用法源からなるもの(M_Rの部分集合)、これへの指定という理論を形成することによって、伝統的反致理論の再構成を狙う、いわば「非反致理論」(参照 榊場『一橋論叢』四四巻とくに五一六以下)の母体をこまかい点の差異を無視すれば、アンチロシティに見出すことができよう。cf. Anzilotti: Corso di D. I. P. (Lezioni dell' anno 1924—5) 1933, 61 et seq.; Morelli: Elementi, 69~70, n. 471; Ago: op. cit. 146, 147, 149, 151 etc.; Ziccardi: op. cit. 35, 39, 40.

「非反致理論」に対する非常に強力な批判は、アゴーによるものであろう。もっとも、アゴーも、いわゆる反致を認める実定法の解釈としては、右の理論に従うものと解される。cf. Ago: op. cit. 154~7, 160, 159~60, 169; Monaco: op. cit. 72. 準拠外国実質法確定にいたる現実の「プロセスの記述」と、それが確定された後の論理的証明との違い、これに着目すれば、アゴーの批判の妥当性は光を失う。推論と論証とは互に独立、別箇のものであり、それぞれ分けて考えねばならぬこと、現代論理学上の定説である。そして、「非反致理論」は、まさに、後者のみに関するのである。

(26) 江川・前掲書一二七。参照山田・前掲書一〇九。

(27) したがって溜池『法学論叢』七〇巻II五四・五七注

(6) の批判は説得力を欠く。K_RとK_Rとの区別を看過しているからである。また、実方・前掲書一二三の論述は、内国K_Rの内外M_Rへの指定が必ずしもM_Rを含むとはかぎられない、点の分析が不十分である。

(28) 江川・前掲書一四、山田・前掲書一八九。

(29) 結果同説、溜池『法学論叢』七〇巻II五四~五。

(30) 跡部・前掲書一七一、一七〇、および溜池『法学論叢』七〇巻II五四~五は、この点を忘れた議論である。したがって、国際私法は外人法適用の論理的前提でない、この点についてののみ、筆者は、彼等と、意見を同一にする。

(31) この場合にも、主体はあくまでも内国のM_Rであり、M_Rは補充的である。そして、この点が、後に指摘される「真性抵触」問題発生の端緒となることに、注目すべきであらう。参照 溜池『法学論叢』七〇巻II五五。

(32) 榊場『一橋論叢』四四巻五一〇注(c)。cf. Pau: Caratteri, 18.

(33) 国際私法は外人法適用の論理的前提ではない……という筆者と同一の結論に達した、跡部博士の論証につき、少しく検討してみよう。同博士によれば、法例第三条以下のいわゆる衝突規則(通説のいわゆる国際私法)は「元来内国外法律の選択適用に関する規則」であり、「全く同一事項を規定せる二個若くは数個の私法対立せるか故に孰れの私法に管轄せしむるべきかを定むるの要あり」これを指定するのを任務としている。(跡部・前掲書一〇八、二三七、

一〇二。参照一〇〇。いいかえれば、全く同一の事項に関する複数の法律の衝突、これが衝突規則適用の前提要件とせられている。そして、全く同一の事項についての複数の法律の衝突とは、跡部博士によれば、国際法上正當に認められた各国の私法的立法管轄権の競合である。したがって、一国の私法的立法管轄権に専属する事項については、法律の衝突はありえない。通説のいわゆる国際私法介入の余地なしである。ところで、外国人土地法は「当然我國の立法管轄権の範囲に属する事項」を取り扱い、「純然たる内国主権の支配管轄に基づき」適用される。右の問題については、「独り我國が決定すべき管轄権を有するもの」である。(参照 跡部『法学論叢』一八卷一六五、一七〇等々。)

けれども、右の問題が、我國主権の支配管轄、あるいは我國の立法管轄、さらには「内国の当然の管轄権」に属するか否か、これを一体何によって定めるのか。この点は、いぜんとして、明確でないように思われる。(参照 跡部・前掲書五八、四五。同『法学論叢』一八卷一六五。)

前段に示されたシエーマは、ただちに、つぎの諸問題につながらう。第一に、国内法と涉外法との区別の基準をどこにおくか、もし両様の目的をもつものがあれば、これをどうするか。第二に、そのような区別が可能としても、借用法源による内国の涉外法と固有法源によるそれと、そのいずれを優先させるか。第三に、内国の固有法源たる涉外法と外国の固有法源たる

涉外法、この兩者間に抵觸がありうるとすれば、その性質・解決はどのようにしてなすべきか。等々……第一問は、我々のシエーマによれば、たとえば、内国 M_1 と内国 M_2 との関係であり、第二問は、内国 M_2 と内国 M_4 との関係となり、第三問は、内国 M_2 と外国 M_3 との関係に、それぞれ関連する。

第一問についていえば、内国 M_1 と内国 M_2 との区別の形式的基準は、当該 M_1 あるいは当該 M_2 自体である。規範は、それ自体、それが宣言する諸政策と共に、窮極的規範対象たる特定の事実関係をもつ。逆にいえば、特定の法規にもられた政策は、それが予想する特定の事実関係に対してのみ、妥当性をもつ。法規に予想せられた事実関係の確定、ひいて法規にもられた政策の妥当範囲の確立をも含めた意味での、法規に内在する政策の確定、これが、実は、第一問の中心課題とならねばならぬ。これは、一に、当該法規の解釈によってのみなしうるものであり、そこから必然的に、国内法と涉外法との区別の基準が、形式的には当該法規自体であり、実質的には当該法規に内在する政策である、という我々の結論が正当化されるであろう。

そうした解釈により、ある法規に期待せられた社会的機能が、純粹に国内的あるいは純粹に涉外的、と明定せられる場合、問題は比較的単純であろう。一見、純粹に国内的な法規が、経済活動の進展に伴い、涉外的事態にも適用されねば目的を貫徹できないことを明らかにする場合、複雑な問題が発生する。従来は M_1 にのみ分属せしめられていた M_2 を、同時に新しく M

R₃にも所属させたり、また、涉外・国内両様の目的をもつものとして、当初より、当該M₃をM₁・M₂の両集合に、理論的に整序すること自体は、さほど難しくはないかも知れない。難問は、具体的に、つぎのようにして、現われる。これまで、純粹に国内法的と考えられていたものが、涉外的事態についても、国際私法をとおさず、直接適用される、という形態である⁽⁸⁵⁾。こうした場合にも、前述のとおり、規範科学的には、適用規範の介入が存在するものであるから、固有法源たる当該法規が、解釈により、涉外法的機能をもつものと確定されるときには、内国K₃の考慮が要求せられる。ここに、前記第二問が発生する。

内国のM₃を構成する各法規は、がんらい、内国の国家的利益と密接に関連する政策を含有しているものであり、内国の積極的な介入・監督・統制・後見を合法化しようとするものである⁽⁸⁷⁾。内国M₄の場合においても、外国の国家的利益を反映した、いわゆる外国公法がその構成要素として、内国における法源性を認められる可能性を否定できない。けれども、このようなM₄の場合、そうした通常の借用関係の対象となる内外MRにみられる内外国の国家的利益の介入は、私人間の利益をよりよく実現するための手段として、その限度で、第二次的な意義をもつに留るのである。そこでは、あくまでも、私人間の利益が主要素なのである⁽⁸⁸⁾。これに反して、M₃の場合においては、より直接的に、内国の国家的利益が介入する。ここでは、国家的利益は第一次の重要性をもち、私人間の利益が第二次的なもの

のとなって後退する。こうした観点、および内国の涉外立法の形態（借用構成か固有法源設立か）、を考え合わせれば、つぎのように観測することが許されよう。国家的利益が第二次的意義しかもたない分野においては借用の技術をとり、それが第一次の重要性をもつところでは固有法源を規定する、この方法により、一国は涉外的事態の処理・統制をなさんとするのが今日の涉外法的規制の実態である。そして、一体何故に、わざわざ固有法源を設定したか、ということの分析が、それは当該固有法源を他のいずれの法源にも優先して使用する、そのことを通じて国家的利益の実現・保護・発展を計ろうとするものである、この解答を導くにいたること、疑いえない。このようにして、内国M₃は内国M₄に優先して適用されることになる⁽⁸⁹⁾。これは政策によりそう結論されるのであって、規範科学的理論からの論理的帰結でないことを、一言付言しておこう。

以上の一般的・形式的考察が、ただちに、全ての具体的M₃の各々に妥当するとはかぎられない、ところにも注目しよう。理論的には、内国M₃・M₄そのいずれをも優先せしめる可能性はある。したがって、具体的な解答は、各国の内国M₃法規の解釈により、主としてそれによってのみ与えられる。ここから、内国K₃は、内国M₃がその本来の政策的妥当範囲を越えてみだりに適用されてはならない、という内容をもち、むしろ制限的に機能するものだ、ということが、知れるであろう⁽⁹⁰⁾。

このことと関連して生ずるのが第三問である。すなわち、それぞれの強度な国家的利益を反映した、内外国のM₃間の抵触

である。これまでいわれてきた法律牴触というものが、内外国 M_R 間のものであるかぎり、そこにあったのは、実は、牴触ではなく差異にすぎない。けれども、内外国 M_R 間の牴触の問題は、これこそ本来の、政策・国家的政策の対立・相反である。その意味で、この後者の場合をもって、これを「真性牴触」と呼び、他の種類のいわゆる「牴触」と區別するのが、正当であろう。こうした認識は、我々渉外法の専門家が開拓すべき、より重要な・より広大な領域の存在することを、明示する。「真性牴触」の解決にあたり、内外 M_R を一応平等に考え利益較量によって準拠法を定めるか、あくまでも法廷地法たる内国 M_R を優先せしめるか、さらには、それが固有法源たることを思えば、そもそも牴触回避の手段をとるか……これらの重大な諸問題につき、不十分な議論や速断をなすことは控え、ここでは、一応、問題を指摘するのみに、とどめたい。

(34) この点は、K_R についても、同様である。したがって、たとえば、内国 K_R と K_R との区別の形式的基準は、当該 K_R あるいは K_R 自体である。法規範のもつ事実解釈基準としての機能を想いかえせば、この点に疑いをさしはさめない。(cf. Keisen: *Reine Rechtslehre* (1934) 4~5.) K_R についてみても、それが事実解釈基準たりうる連結概念を使用するかぎりにおいて、右の点については、M_R となんら異なるところはない。(参照 折茂「国際私法の機能について」『国際法外交雑誌』四八巻 II 三五以下、桑田『法学新報』六二巻八八三。)

なお、本文では、主として、M_R のレヴェルにおける、渉外法と国内法との区別について論じた。同様の区別が、K_R のレヴェルにあっても、なされねばならぬこと、いうまでもない。この点で、あまりにも M_R のレヴェルを強調しすぎると、いわゆる法選択規定無用論にまでゆきつかざるをえなくなる。

(35) 独禁法のいわゆる「域外適用」が、その好例であろう。前註に指摘せられた、法選択規定無用論が、まさにかような M_R について、論じられているとするならば、この理論に一応の説得力を認めうる。逆にまた、カリ・メンドは、かような M_R についての、主張されているのではなからうか、という疑問が生れてくる。この点の解明なしには、この方法論の正当な理解はありえない。Currie: *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, 1959 Duke L. J. 171, 173; Ehrenzweig: op. cit. 349.

(36) いわゆる functional analysis の必要性は、ここに生ずる。具体的には、当該国内法規が渉外的事態にも適用されるか、いなか、の問題となって顕在化する。Hancock: *Three Approaches to the Choice-of-Law Problem: The Classificatory, The Functional and The Result-Selective*, 365, 367, 373, 378~9, XXth Century Comparative and Conflicts Law (1961).

(37) 法人に関する、いわゆる外人法的諸規定は、まさに、

ちやうなものと属する。

(38) Kegel: I. P. R. 36 et seq. 352~3.

(39) この見解は、国際私法をもって涉外法的規制の原則的規範とする立場と、正面から対立する。筆者によれば、涉外法の原則的規範は、むしろ、 M_R であり、そのつぎが M_R となる。 M_R が、この意味で、次善の策として借用されてくるかぎりにおいて、 K_R は反射的な第二次的重要性をもつにすぎない。量的な M_R ・ K_R の優位は、質的な M_R の原則性・重要性を駆逐しえない。外観にまどわされてはならぬであらう。(de Nova: Review, 51 Cal. L. Rev. 461, 463. (1963); Ehrenzweig: op. cit. 314, 315.) の点は、歴史が証明する。(Ehrenzweig: The Lex Fori—Basic Rule in the Conflict of Laws, 58 Mich. L. Rev. 638, 648~9, 662, 664, 666, 667. (1960))

双方主義をとり、国籍・住所・到着地…等を連結素に選び、外国法適用の可能性という「ジュスチャー」を示しつつも、(池原「わが国際私法における本国法主義」『法学協会雑誌』七九卷六九一、七〇四註(20))反致・公序・性質決定のテクニクを駆使することによって、(池原・前掲論文七〇三註(17)、七〇四註(22)、七一〇註(45)、七一二註(51)、七二六、七〇〇)あるは住所の認定に手心を加えて、(池原・前掲論文、七一八註(59))実際には法廷地法の適用を原則としてきた、涉外的事態処理の現実、みせかけの国際主義に、注目しよう。これは、たんに、

“homeward trend” (Nussbaum: Principles of P. I. L. 37 et seq. (1943)) ではなく原則である。(参照 池原・前掲論文六一六) その意味では、本邦で初めて、正統的判例分析を本格的になされた、池原教授の貴重な御労作を、いささか我田引水のクライがないでもないが、日本における法廷地法の原則的適用の事実的証明として、利用させて頂きたいものと考え。池原・前掲論文六九一以下、六九九、七〇〇、七一五。参照 溜池『法学論叢』七〇卷四四、四五、六。

最近、米国の学界に波紋をまき起している、カリフォルニア州のハーレンツヴァイクの法廷地法原則主義と、筆者の立場との間には、かなり差異があるように考えられる。(cf. Ehrenzweig: Conflict of Laws, 315 et seq., 318; 58 Mich. L. Rev. 637 et seq.) もちろん、筆者の立場においても、準拠法の問題が、つねに、管轄の問題と相關的に考えられていること、いうまでもない。(参照 池原・前掲論文七一七。Ehrenzweig: Conflict of Laws, 314~5, 326, 120 et seq.; 58 Mich. L. Rev. 644~5, n. 300 at 679; de Nova: op. cit. 464.)

(40) このテクニクの妥当範囲に制限のあること、もちろんである。cf. Ehrenzweig: Conflict of Laws, 350.

(41) イタリアの二重機能説とは、また異なった意味において、国際私法ならぬ K_R に内国法の適用範囲限定の機能を、筆者は見出すのである。これは、 M_R の局面における

抵触をもって、抵触法のないところに起こる法抵触だとは考えない、ということの意味する。いかなる場合においても、かならず、適用規範が存在しなければならぬことは、すでに何度も論じてきた。cf. Ehrenzweig: *Conflict of Laws*, 310~1.

(42) 内外MRおよび内外MR・MR間のいわゆる抵触は、ほんらい「無抵触」である。しかし、内外MR間に生ずるものが必ずしも全部「真性抵触」であるとはかぎられぬ。「偽性抵触」もありうる。しかも、ここには、まさに、両方各自が当該事案への適用を、政策上、要請する外観を呈する。限界線上にある微妙な事実関係については、厳密なfunctional analysisをまっぴがはじめて、一方の適用の不合理性が、つまり、一方のMRではなくてMRにすぎないことが、当該法規に内在する政策自体から、知れる場合が多いものである。(cf. Hancock: op. cit. 374, 376~9, comp. Ehrenzweig: *Conflict of Laws*, 311; de Nova: op. cit. 468) その意味で、これら形式的に提唱されてきた、内外法平等の原則の適用範囲の実質的な再検討の必要性が認識されねばならないのである。涉外法の法源性を付与さるべき対象たるMR(に内在する法政策)の種類如何により、右の原則が、あるいは妥当し、あるいは妥当しない、ことになる。この原則が、無留保で、妥当するのは、おそらく、内外国MR間の無抵触の場合に、かぎられる

のではないだろうか。(参照 澤田『法學論叢』七〇巻二四六)

なす、偽性抵触にすぎない、のを参照 Currie: *Married Women's Contract: A Study in Conflict-of-Law Method*, 25 U. Chi. L. Rev. 227, 251~2, (1958); 1959 Duke L. J. 174; *Survival of Actions: Adjudication versus Automation in the Conflict of Law*, 10 Stan. L. Rev. 205, 239 et seq. (1958); Hill: *Governmental Interest and the Conflict of Laws—A Reply to Prof. Currie*, 27 U. Chi. L. Rev. 463, 503 (1960); *Cavers: The Conditional Seller's Remedies and The Choice-of-Law Process—Some Notes on Shanahan*, 35 N. Y. U. L. Rev. 1126, 1137 (1960); Ehrenzweig: *Conflict of Laws*, n. 4 at 310.

(43) cf. Ehrenzweig: 58 Mich. L. Rev. 643.

(44) Hancock: op. cit. 372; Kegel: *Begriffs- und Interessensjurisprudenz im I. P. R.*, Festschrift für H. Lewald, 259, 271. (1953)

(45) Currie: 1959 Duke L. J. 177~9, etc.

(46) 国家的立法職權のなかへ……cf. *The Preventive Law of Conflicts*, 21 *Law and Contemporary Problem*, 427 et seq. (1956).

(一九六四・二・二八) (一橋大学助教授)