

## 國際私法の上位性について

畑場 準 一

國際私法の性質に關して、その上位性ということが論じられることがある。國際私法は上位法である、というのである。我國では、この上位性認識への道は、殊に法性決定に關する論争を重要な契機として開かれた、といえよう。例えば新訴訟地法説の主張においてある。けれども、これらの學説が上位性の認識を超えて上位性の確立にまで至りえたかは、はなはだ疑問である。上位性自體の意味とその論證が不充分であるからである。<sup>(2)</sup>

(1) 久保「國際私法論」五二頁以下、同「國際私法構造論」一〇四頁以下。

(2) 同旨、川上「我國國際私法學近時の動向」國民經濟雜誌第七九卷三・四號二三頁。

久保教授によれば、上位性は次の様に規定される。「……國際私法は内外實質法（民商法）の上位に立ち、問題たる涉外的生活關係を規律せしむるためにその生活關係に最も密接なる關係を有する内國又は外國の實質法を選抜指定することをその固

有の第一次の使命とし、内外國の實質法は涉外的生活關係に關する限りに於ては國際私法の指圖を俟つて問題の涉外的生活關係を直接に規律することをその使命とするものである。故に國際私法は上位法（間接法・衝突規則・適用規則・連結規則）であり、準據法たることあるべき内外國の民商法は下位法（直接法・事項規則・實質法）であると云ふことを得べく、この兩者は全然その本來の使命（目的）と、その法律體系に於ける段階を異にするものである。」つまり、機能的には内外實質法に對象（涉外的生活關係）を直接規律すべき力（基準力）を付與し、段階構造的には法律體系における上位段階にあること。これが上位性の内容として把握されていること、が知れよう。

(3) 久保「國際私法概論」四頁、九頁、同「國際私法論」一頁。

ところで、法律・法規範の體系は、その妥當性の最終の根據が唯一の規範（根本規範）に還元されるときにのみ、形成される。<sup>(4)</sup> こうした根本規範によって統一された一個の法律秩序・法規範體系を觀念して初めて、その内部の段階構造を論じうる。「……ある規範は、一定の方法すなわち他の規範によって定められた方法で設定されたが故に、その限りにおいて妥當する。このとき、後の規範は前の規範の妥當根據となる。他の規範の設定を規定する規範とこの規定に従って設定された規範との關係は、上級秩序と下級秩序・上級規範と下級規範の關係をなす。従つて、法律秩序は、同位のいわば同列に並んでゐる法規範の體系ではなく、法規範の種々の層から成る段階的構造をも

つ……」<sup>(5)</sup>故に、國際私法と内外の實質私法との關係を「法律體系に於ける段階を異にするもの」として把握するためには、次の二要件が満足されねばならない。(一)その國際私法と内外實質法とが、同一の根本規範によって統合されている、同一の法律秩序に所屬すること。(二)その國際私法は、涉外事件に準據たる内外の實質私法の妥當根據たること。

(4) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 62.

(5) Kelsen, *a. a. O.*, S. 74.

再び久保教授に従えば、第二點はこれを承認されるものと解される。「惟ふに準據法たる外國法は内國の國際私法規定の指定によつて始めてその適用を見るに至るものであり、その適用の根據が内國の國際私法、換言すれば内國の主權に存すること<sup>(6)</sup>は多言を要しないであらう」とするのである。

(6) 久保「概論」四一頁。久保教授の「適用の根據」に関する論述を以て、我々の提示せる(二)の要件に適合するものと解したのは、左の理由による。一般に、法律適用の根據とは、特定の事案處理に必要な具體的個別的法規範を定立するにあたり、あるいづれかの一般的抽象的法法規範に依據すべき理由を意味する。これは現實には、裁判官がその事案の解決にあたり、法として援用しなければならぬ規範であるか否かの問題である。正に、形式的法源性有無の問題に歸一する。しかも、内外の實質私法の、涉外的事態處理のための、内國における形式的法源性有無の問題、これが當面の中心問題であるこというまでもない。本文引用の

久保教授の立場は、内國國際私法がその様な法律的機能をも果すものであることを認めている、と解さねばならない。つまり、國際私法を以て、内外の實質私法に對し、涉外的事態を處理すべき形式的法源性を付與する機能をもつた規範である、と見ているのである。この點では、久保説と對立する外國法變質説と、異なるところはない(比較参照、久保「概論」一五八頁以下。川上「國際私法概念の構成」國民經濟雜誌第七五卷五號五七頁以下。同、國民經濟雜誌第七九卷三・四號二三頁)。國際私法の機能をその様なものと理解すれば、次のことに注意しなければならぬ。つまり、國際私法は、すでにいづれかの國家的法秩序において法として定立され、場合によっては——國內法的目的からではあるが——形式的法源性をすでに付與せられている規範に對しても、再び獨自の見地から涉外法的目的のために、別個の意味をもつた形式的法源性を付與せんとするところである。しかも、そうした特殊の目的からする形式的法源性の付與の對象となる法規範は、國內法的な意味の形式的法源性を認められているものにとゞまらず、ひろく實質的法源性たる法規範である。援用されうるときには法律上常に援用する義務のあるか否かを標準として、法源性を強制的法源と任意的法源とに區別する立場によれば、その強制的法源のみならず任意的法源をもふくむものと解される(參照、碧海「法哲學概論」一五八頁)。このことは實に、國際私法が、涉外的事態處理のための實質的法規範の定立

を、内外の國家的法秩序に委任していることを、意味する。内外の國家的法秩序において、夫々の國內實質法的規範として定立された規範をそのまま借用し、これに對して、内國における涉外實質法的規範としての效力を、與えんとするものであるからである。

ところで、ある規範が、特定の規則の定めるところに從い特定の方法で設定・定立されているとき、その規範はそうした定立の條件を規定する規範に適合するといわれ、その限りにおいて妥當性を認められる。定立の條件を規定する規範は、それに基づいて定立された規範に對して、妥當性の根據を與える上級規範とされ、こゝに妥當性の見地からする上位・下位の段階を認識しうる (Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 63 ff.).

とすれば、國際私法と内外の實質私法とは、後者が國際私法上の準據法とされる限りにおいて、まさに妥當性を標準とした、上位・下位の關係にあるといふことができよう。右に示された通り、適用の根據を與えることが、結局は妥當性の根據を與えることになることが認められるからである。

以上に基き、久保教授が國際私法を以て準據法たる内外實質私法に適用の根據を與えるものとの立場をとると解しうる限り、(二)の條件は認めていると斷じえよう。

けれども第一點については、注意を要する。次の様に論じられるからである。「國際私法規定の適用の結果として定まる一

定の國の法律即ち準據法は其が外國の法律なる場合と内國の法律なる場合とを問はず、内國(訴訟地)の國際私法規定が送致した涉外私法關係に關する準據法所屬國の實定法なることは明かである。さればその實定法は一面に於ては準據法所屬國の他の法律(實質私法)と合してその國の全實質私法を構成すべきものであり、從つて準據法所屬國の實質私法の一部たる性質を有し、他面に於ては間接法(上位法)たる内國の國際私法よりの受任法たる性質を有するものである。而してこのことは國際私法が内國の間接法なることより生ずる當然の結果である。準據法を以て單なる事實と見、内國法に變質したものとなし、又は純然たる外國法と解する學説は何れも採ることを得ず。右の如き特殊の性質を有するものと解すべきものと信ずる。」この立場によれば、準據實質私法は、依然としてそれが本源的に所屬していた法律秩序の一構成部分たる地位を、失うものではない。従つて準據實質法が外國法の場合、上位法たる内國國際私法と下位法たるその準據實質法とは、これを國家的法律秩序を單位として考へる限り、夫々異別の法律秩序に屬する。前記(一)の要件は全く満たされていない。二つの法規範の間に、段階構造的な上位・下位の關係が成立しうするためには、その二つの法規範が共に同一の法律秩序に所屬していなければならぬ、とすれば、國家法的法律秩序を超えた超國家的法律秩序において問題を把えない限り、内國國際私法と準據實質法との關係を、「法律體系に於ける段階を異にするもの」として、把握することは不可能となる。内外の準據實質私法に對する内國國際私

法の自主性を越えた、上位性の確立。これは完遂されているとはいへない。そのためになさるべき前記二要件の充分な論證は、見あたらない。かえって全く反對の結果を生むにいたる論述があるからである。久保理論の内在的矛盾について、先ず注意を喚起したい。

(7) 久保「概論」四〇頁。

(8) 同旨、川上、國民經濟雜誌第七五卷五號四二頁以下、四九頁。同、國民經濟雜誌第七九卷三・四號二三頁。

Agó. Règles générales des conflits de lois, 58 Recueil des cours, 1936 IV, p. 273; Kelsen, a. a. O., S. 136 ff, S. 147.

(9) 準據實質法たる外國法の性質を認識するにあたり、これを次の様な實踐的目的と密接に關連させて論ずるのは正當ではない。例えば、外國法の證明を法規證明と取り扱い、外國法の解釋をその所屬國でなされると同一のものとなる様に望み、更にまたその適用違背については上告可能とするにすぎである。これこそまさに、現實の認識がイデオロギーや政策に害され、歪曲される一例である。たとえ、同一の結果に到達したとしても、その様な對象の認識方法は排されねばならぬ。vgl. Kelsen, a. a. O., S. 17 f., S. 37 f.; Nussbaum, Principles of Private International law, 1943, p. 77 f.; Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, Bd 1, 4 Aufl. 1957, S. 191.

要するに久保教授のごとく、國際私法の機能を内外實質法に對する形式的法源性の付與にあるとした場合には、次の二つの可能性のみが存在しうる。(一)國際私法は超國家的な法律である。(二)國際私法が依然として國家的法律秩序に屬するとすれば)準據實質法は、その國內法秩序の一構成部分である。これは上述のところから明らかであろう。そして右の第二の可能性は、準據實質法の內國法秩序における地位につき問題を提示する。

## II

次に國際私法の機能を久保教授とは別様に解し、やはり上位性を認めんとするものがある。國際私法の機能は内外實質法の適用範圍の劃定にある、というのがそれである。<sup>(10)</sup>「それが併存し、對立する複数の私法秩序にたいし、その諸規定の地域的適用範圍を定めることをもってその任務としている」ところに上位性を認めるものである。

(10) 國際私法は内外私法の適用範圍を劃定する法律である、という定義を、久保教授は意識的に避けておられる。また、國際私法の上位性を認めんとする立場への批判に、反論をされるのが折茂教授である。その意味で、こゝに折茂教授の立場をとりあげた。國際私法の機能について、兩者の認識が結局は一致することは、すでに、例えば山田(錄)教授、によって指摘されており、我々としても後述註(16)において示す通りである(參照、山田(錄)「國際

私法」法學新書、一八頁)。

なお、實定國際私法の本質を規定するにあたり、次をげんみつに區別することが、必要である。國際私法の、窮極目的と直接目的、法律的機能と社會的機能、目的・機能と法技術的手段等である。これに従えば、我國の學説が一般に承認することく、國際私法の窮極目的は、渉外的私的事態の妥當な處理・統制・規律である。そのための形式的・強制的法源の確定、これが國際私法の直接目的である。實定國際私法は、自ら固有の法源を創設することなく、既存の規範を借用する方法を採る。従って、既存の規範に對する、渉外私法的觀點からの、形式的・強制的法源性の付與、これが國際私法の法律的機能となる。すでに觸れた様に、實定國際私法は既存の規範を借用する方法をとる。これが、直接目的を達成するための、法技術的手段たるこというまでもない。借用規範を抽出すべき法秩序を國家的法秩序とする限りにおいて、右の法技術的手段は、いわゆる管轄國法秩序あるいは準據國法秩序への指定という形に、特定される。しかも準據國法秩序を、實定國際私法が獨自の立場から適當と判斷する渉外的事態の特定のカテゴリーの個々について、各別に決定する法技術を採用する場合には、特定の渉外的事態と特定の國法秩序との「牽連關係」が認識されうる。これを法律技術で規範化すれば、いわゆる「連結規則」が生まれるに至る。右の特定された渉外的事態は、あらたに國際私法規範上の「連結單位」となる。

故に、實定國際私法の本質の解明や定義づけにあたり、國際私法の目的あるいは機能さらには對象を標準とするときには、それが右に示された、いずれの局面でのものであるかを、明瞭に特定しない限り、學理上の定義・論述としては適切さを缺く。客觀性をもたず、いたずらに混亂をまねくだけであるからである。次を參照、折茂「國際私法の統一性」三六頁、一四頁、九〇頁。川上、國民經濟雜誌第七五卷五號四四頁、四八頁。山田(錄)前掲書一七頁以下。Ago, *supra*, p. 301 f.; Maury, *Règles générales des conflits de lois*, 57 *Recueil des cours*, 1936 III, p. 371 f., p. 412 f.

(11) 折茂「統一性」五一頁以下、九頁。山田(錄)前掲書二〇頁以下。

本説に對しては、從來から有力な批判が加えられてきた。<sup>(12)</sup> 先ず外國私法の適用範圍を内國の立場より劃定することは理論的に不可能であり、事實上もその効果を生じえない。次にその様な適用範圍の劃定は不必要である……というにある。つまり、(一) 國私法の適用範圍は、一國の私法によって規律さるべき事項の範圍であり、これは法規範の内容をなす。「これは私法の存在すると共に當然に決定せられ居るものと解しなければならぬ。」(二) 國の法律は、その國の法秩序にのみ基いて法として存在する。自國法上別段の定めのない限り、他國の法律によって法たる資格を付與され、あるいは恣意的にその内容の變更をうけるはずはない。(三) 一國私法の適用範圍は、その國の立法權

の發動の結果に他ならぬ。他國が、國際法上の根據なくみだりに、これを限界づけえない。四國際法上の根據なく一國私法の適用範圍を劃定しても、限定をうけた私法所屬國は何ら拘束をうけない。限定の實効性はない。更に、そもそも複数國の實質私法が互に衝突することはありえない。けだし一國においては、たゞその國の法のみが法として通用するに止り、外國法は法としての通用力を有しないからである……。これらがその理由である。

(12) たゞし、久保教授の立場をも、國際私法の機能を内外實質私法の適用範圍の劃定にあると解し、これを批判する限り、その批判は正當ではない、參照、久保「概論」四頁、九頁。川上、國民經濟雜誌第七九卷三・四號二三頁。同、國民經濟雜誌第七五卷五號四九頁以下、三九頁以下。

これに關しては、すでに反駁がなされている。それによれば先ず、私法規範の地域的適用範圍如何は、その規範の實質的内容の問題として、すでに內在的に定められているとはいへない。實質私法規範がそれとして存在し、それにいかなる地域的適用範圍をみとめていくか、これがまた別個の法的規律の對象となりうる。この様な法の規律を司る法規範は、上の實質私法規範自體とは獨立別個の系列に位する法規範である。これこそ國際私法規範に他ならない。第二に、國內法たる國際私法によつても内外實質私法の地域的適用範圍を劃定しうる。けだし私法の地域的適用範圍の劃定は、その私法所屬國の立法管轄權の限界劃定を意味しないからである。私法というのは、人間の私

的生活・人間の、國家とは直接無關係な私人としての立場における生活・この様な生活關係を規律すべき法の秩序である。

「私法秩序そのものは、國家とは一應分離された意味における社會の不斷に發展進化する動きの中に、おのずと醸成される生活の秩序であり、國家によつて上から賦課されるところにその本來の面目をもつものではない。したがって、たとい今日、私法規定の體系が一應國家によつて制定され、國家によつて執行されるという形をとっていると、私法秩序の現實的生成の地盤を國家そのものの中にみだし、私法と國家主權とを不可分の一體關係において把握しようとするのはおそらくこれを妥當な見解とは稱しがたいであろう。」「さて、このようにして、もしも私法を國家によつてのみ創られるものとみることに、あるいはそれを國家主權の發動として把握ることがゆるされないとすれば、私法の地域的適用範圍を定めることが、やがて國家主權の延長範圍を定めることを意味するという理解もおのずから成り立ちがたいものとなさざるをえないであろう。」

第三に、國際私法が内外の實質私法を指定するのは「いずれの國家の主權が尊重せらるべきか」を規定するものではない。「問題となつてゐる渉外的生活關係を私法的に規律するためには、いずれの法を基準とすることが、最もよく正義の理念に合致する所以であるか」これを明らかにし、「特定の社會生活の事實と、特定の社會規範たる私法秩序との間にみいださるべき、ひとつの牽連關係を定めてゐるものにすぎない。」「かようなことは、一國の國內法をもつてしても、かならずしも果されえな

いことではないとおもわれる。」<sup>(14)</sup>

(13) 折茂「統一性」四五頁、三九頁以下、九〇頁。

(14) 折茂「統一性」六四頁、六五頁。

この折茂教授の反論について考えてみよう。第一點に關して、教授の反駁が反論として成立するか否かに疑問がもたれる。私法の適用範圍をめぐり、批判者と反駁者との間に認識の同一性があるとは必ずしも断定しえないからである。また、川上教授は形式的法源に重點をおかれ、折茂教授は實質的法源を重視される。更に折茂教授のごとく、實質私法の適用範圍は內在的に定められてはおらず、國際私法によって初めて決せられるとしても、この場合決定される適用範圍は、その實質私法が純粹に國內的な事態の處理のため適用される場合と、涉外的事態處理の基準となる場合とで同一か否か。この様な點について、より詳細な主張が不明である。第二點についていえば、右の引用からも明らかな通り、折茂教授は、實質的法源に立論の重點をおかれています。しかし今日では、内外國法への指定は形式的法源及び實質的法源の雙方についてなされるものと考えられて<sup>(15)</sup>いる。従つて右の反論の説得力は部分的に止る。充分な反證たりえない。更に第三點では、折茂教授の立論は、全く反論たりえない。その様な「牽連關係」を定める形式的な法律技術の法律的機能、これこそまさに解明さるべき問題であるからである。また、二個の法規範の間に、上位・下位の段階關係を認めうるための前述の必要條件については、全く論述を缺く。これらよりすれば、折茂教授は川上教授による批判に對し、充分

な反證を擧げていないと斷ぜざるをえない。いゝかえれば、國際私法の上位性は、この立場においても確定的に論證されていないのである。では一體、國際私法の上位性はいかにして理論づけられるか。

(15) ここに法源とは、實質的にも形式的にも、國內的事態處理を目的とするものに限られる。不文法源については、特に注意を要する。その實質的法源性は勿論認められるが、その形式的法源性は、必ずしも常に付與されているとはいへないからである。従つて、國內法的意義における形式的法源及び實質的法源、この雙方が、涉外私法的意義における形式的法源たりうる。この様にして、それが涉外的事態の處理統制の基準となる場合と、純粹に國內的な事態の處理・統制の基準となる場合とで、實質私法の法源性に相異があることを、認めざるをえない。

(16) もっとも折茂教授は、我々の基本的立場について、次の様に論じられる。「法の段階構造の理論そのものが、果して實定法の現實の效力の根據を、正しく把握してゐるものであるか否かは、未だわからぬ論議の餘地を残してゐる問題であるかの如くに思はれる」(「國際私法の機能について」國際法外交雜誌第四八卷二號四二頁)。これがもし、法の段階構造の理論を全面的に否定する意圖のものとするれば、我々の提示せる必要條件に全く觸れないことは、當然の歸結かも知れない。その場合には、法の妥當性の見地からする法の段階構造論とは別個の根據に基く上位性の理論

の記述がなければならぬ。けれども、その本旨は、この理論の限界を指摘しつつも、他面その価値を認められるものと解さねばならぬであろう。(参照折茂、前掲同所、尾高「實定法秩序論」一三六頁以下。) また現實にも、折茂教授は「復数の私法秩序に屬する諸規定の地域的適用範圍の劃定」をなすところに、國際私法の上位性を認められる。これは觀點をかえれば「適用せらるべき私法」を定めることである。すでに發生したある生活關係にあてはめ、その有つ法的意味をたしかめるために、いずれの私法を援用すべきか、を定めることである。これは結局、内外の實質私法が「適用される場合」をきめることであり、それらに適用の根據を與えることである。また「現在の國際私法において外國法を適用することとは……たゞ外國法に従つて當該の渉外的事件を解決することにはかならない。」従つて、これは内外の實質私法に、渉外事件處理にあつたての形式的・強制的法源性を付與することと同一である。そして、この最後のものが法の妥當性を規定する特殊の形態であることは、すでに註6で述べた通りである。

故に折茂教授の立場は、我々の基本的立場と全く別異の上位性の議論である、とはいへない。この基本的立場に疑問をいだかれつゝも、一應部分的にはそれに依據するものであろうか。このときには、我々の提示せる二要件に合致することの證明なくして、上位性を學理上確立することは、不可能である。参照折茂「統一性」七頁以下。一一

頁、五二頁。江川「國際私法」七頁以下。

### 三

前述のところからして、國際私法の上位性を認容するためには次の要件が必要である。(一)國際私法と準據實質法とが同一の法律秩序に所屬すること。(二)準據實質法は、その妥當性の根據を國際私法にもつこと。

國際私法の機能は、内外の實質私法に對し渉外的事態處理・統制のための形式的・強制的法源性を付與することにある。國際私法なる法規範は、渉外的事態處理のための法源性付與規定である、という意味において、適用規範である。この國際私法の性質の一面については、我國の學説は明示的あるいは默示的にこれを承認している、と解しよう。従つて要件(二)は問題なく満足される。要件(一)については、次の特殊條件を考慮に入れねばならぬであろう。つまり、現在の段階においては國際私法は國家法秩序に屬する、ということである。故に、國際私法と準據實質法とは、同一の國家法秩序に所屬するものでなければならぬこととなる。その結果、その國家法秩序における準據實質法の地位について、次が問題になる。(一)その國際私法と異なる國家法秩序に本源的に所屬していた、外國實質私法の地位。(二)その國際私法と同一の國家法秩序に本源的に所屬していた、內國私法の地位。

(17) 川上「國際私法講義要綱」五四頁。同「外國法の適用」(齋藤博士遺曆記念論文集)参照。久保「概論」四一頁。



折茂「統一性」五二頁。江川、前掲書七頁以下。實方「國際私法概論」一一頁。二頁、四頁以下。山田(錄)前掲書一七頁以下。

(一)外國實質法は、内國國際私法の指定に基き準據法とされることにより、内國法秩序における涉外的事態處理・統制のための法的基準としての效力を、付與される。より正確にいえば、外國實質法は、涉外的事態處理のための内國法秩序における形式的・強制的法源性を付與せられる。内國法秩序においても、法としての效力——形式的效力——いゝかえれば妥當性を容認せられる。外國法は、右の意味において、内國法に「變質する。」内國法秩序へ「編入」あるいは「合體」され、その一構成部分となる。(二)内國法秩序の有權的機關において定立される「固有法源」は、右の國際私法に基いた編入または合體による「借用法源」とは、必ずしも同一ではない。原則として純粹に國內的な事態の處理を目的とし、その限りの形式的・強制的法源性を認められる。當然に涉外的事態處理の形式的・強制的法源性をもつものではない。國內私法的法源ではあつても涉外私法的法源ではない。従つて、これに涉外私法的法源性を付與するためには、内國における涉外私法的形式的・強制的法源付與を司るものとしての、内國國際私法の介入が必要である。この内國國際私法に基き、内國の國內私法的實質法は内國の涉外私法的形式的・強制的法源性を與えられる。要するに、外國實質私法——通常は外國の國內實質私法的法源——には内國の涉外實質私法的形式的・強制的法源性を、内國の國內實質私法的

源には内國の涉外實質私法的形式的・強制的法源性を付與する。これが内國國際私法の法律的機能である。この意味において、内國の國際私法は、涉外實質私法的形式的・強制的法源付與規範たる實質を有する適用規範である。

(18) この限度では、從來のいわゆる外國法變質説と異なるところはない。たゞし我々の場合は、外國法に對し内國における、涉外的事態を處理・規律すべき法的基準としての效力、すなはち内國における涉外實質私法的形式的・強制的法源性を付與するものと解する。次を参照。

Ago, *supra*, p. 302ff. 川上、國民經濟雜誌第七五卷五號五八頁。

(19) 同旨、Schitzer, a. a. O., S. 39.

(20) 従つて、機能としては單一である。たゞこれによつて涉外實質私法的法源性を付與せられる對象が外國法なる場合、その外國法は内國法秩序に編入される効果をもち得ない。しかし、これは右の本質的機能の反射的效果にすぎない。また、國際私法による法源性の付與であり、編入である限りにおいて、内國の實質私法はその適用範圍を、何ら自動的に制限されることはない。前述の通り、内國の實質私法といえども、涉外的事態處理のための法源性を、當然にもつものではないからである。故に、イタリア學派の意味における單一機能説・二重機能説そのいづれにも組しえない。参照桑田「國際私法の機能について」法學新報第六二卷一一號 Ago, *supra*, p. 294ff.

以上からすれば、裁判規範としての國家的法律秩序は左の様な段階構造をもつものとして、理解される。先ず最上位にその國家的法律秩序の根本規範が、その下位に國家法的法源性性を規定する適用規範、更にその下位にいわゆる實質法規範があるものとして、認識される。こゝでは特に、適用規範とその下位規範たる實質法規範の關係が、問題にされたのである。適用規範は、その窮極的規律對象に應じて、二種に分類される。純粹の國內的事態處理のための法源性付與規定たる國內法的適用規範。および渉外的事態處理のための法源性付與規定たる渉外法的適用規範。前者の下位規範として國內法的實質規範、後者の下位規範として渉外法的實質規範を認めうる。いわゆる國際私法は、渉外法的適用規範のうち、殊に私的な渉外的事態の處理のための法源付與規範である。渉外私法的適用規範として、渉外私法的實質規範をその下位にもつ。そして渉外私法的實質規範こそ國際私法上の準據實質法である。従つて國家的法秩序における實質私法規範には二種類を區別しなければならない。渉外私法的實質法規範、および國內私法的實質法規範である。後者は主として固有法源より構成されるのに對し、前者は借用法源によることが多いことは、すでに述べた通りである。

(21) vgl. Schmitzer, a. a. O., S. 29, S. 38 ff.

(22) 江川教授の立場は、渉外私法的適用規範に國內私法的適用規範の機能をも要求する。これは、法例第三條以下等我國の實定國際私法の本旨に反し、適當ではない(江川「衝突規則と私法との關係に對する卓見」法學協會雜誌第

四五卷一〇號一八七六頁。同、「國際私法に於ける法律關係の性質決定」國際私法外交雜誌第二六卷二九頁以下。なお次を參照、田中(耕)「世界法の理論」第二卷二四〇頁以下)。

またアゴー、川上教授の立場は、國內法的實質私法に渉外法的實質私法の役割を當然負わせるもので、これまた正當さを缺く。モリーリーの指摘によれば、この點はすでに、ボスコの批判するところである。(Bosco, Sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato, Rivista, 1935, p. 245 ff.; Mautry, supra, p. 372 ff. なお參照 Ago, supra, p. 296 ff.; 川上「國民經濟雜誌第七五卷五號五四頁以下)。

(23) 外國實質私法への指定。これは原則として、外國の國家的法秩序の國內法的實質私法への指定をいう。その際、固有法源のみならず借用法源をも含まれる。けれども、渉外法的實質私法は、たとえその外國の固有法源であつても、含まれることはない。アゴーはこの點、明確ではない。cf. Ago, supra, p. 401 ff.

これまでの考察に従い我々は、國際私法のいわゆる上位性を、定義することができよう。それは、一つの國家的法秩序に所屬する渉外私法的適用規範として、その同一の國家的法秩序に屬する渉外私法的實質法規範に對してのみ認められる關係である。つまり後者は、前者にその法(內國法)としての效力の根據を、もつのである。

こうして内國國際私法は、内國の涉外私法的實質法に對してのみ、上位性をもつ。またこの上位・下位の關係は、復數の段階をなす内國法秩序の構造的一局面でのみ、認識されうる。しかも國際私法は、内國の根本規範自體ではない。従つて内國國際私法の上位性は、内國法秩序内においてさえも、相對的なものとさる。最上位規範ではない。こゝに、いわゆる準據牴

觸法の觀念を導入する理論的可能性を、認めうる。我々は、これを適用規範の二重構造として考えてみたい。これについては他日に譲ることゝしよう。

(24) 反對、桑田「準據牴觸法の問題」法學新報第五八卷一號九四頁。

(一九五九年一〇月六日)(一橋大學大學院學生)