

# 民法の効力に関するアンソロジー

甲南大学法科大学院教授、弁護士 櫻田嘉章

## はじめに

我妻栄『民法講義』の次の記述の引用から始めたい。

我妻栄『新訂 民法総則』（民法講義Ⅰ）（昭和40年、岩波書店）25頁

「〔一八〕 第二 人に関する効力の範囲

（1）民法は、わが国の人民主権の効果として、すべての日本人（略）に——その居住する場所を問わずに——適用されるものであり、また、その領土主権の効果として、日本の領土内にいるすべての人に——外国人にも——適用されるものである。しかし、この理論を貫くと、各国の民法の統一されていない今日では、属人的法律と属地的法律の衝突を生じ、渉外的事項について不便が多いから（日本に居住する二〇歳六カ月のドイツ人は、日本民法によって成年者だが、ドイツ民法では未成年者である（ド民二条）、各国ともに一定の渉外事項については、外国の法規の適用を認めている。わが国法では、法例（明治三一年法一〇号）第三条以下がこの問題を解決している（成年に関しては、ドイツ民法によるとしながら、なお例外を定める（法例三条参照））。そして、学問的には、国際私法学の研究すべきことである。」

以上のような論述は、我妻が初めてなのではなく、そのニュアンスは異なれ、広く民法の教科書に流布していることが分かる。その際、必ず国際私法が引き合いに出されていることが注目される。

例えば、川名兼四郎「日本民法総論」（明治45年）7-10頁は次のように述べていた。

「人及場所ニ關スル適用範圍

一 法律ノ支配ト法律ノ適用トハ異ナル、法律ノ支配トハ法律カ大前提ト為リ、實際ニ生シタル事実カ小前提ト為リテ、其法律上ノ結果カ當然ニ生スルコトヲ謂フ、法律ノ適用トハ 此三段論法ニ依リテ吾人カ其法律上ノ結果ヲ推論スルコトヲ意味ス、故ニ適用ハ法律支配跡ヲ遁フテ、其結果ヲ判断スルコトニ外ナラス、

二 一般ノ原理トシテ、國權ハ其國ノ臣民ニ對シ、又其領土ニ對シテ存ス、臣民ニ對スル作用ヨリ見テ國權ヲ臣民主權ト稱シ、領土ニ對スル作用ヨリ見テ領土主權ト謂フニ國ニハ此二方面ノ作用ヲ有スル一國權ノ存スルコトヲ要ス、故ニ日本國權ノ作用ハ外國ニ在ル日本臣民ニモ及フト同時ニ日本領土内ニ在ル外國人ニモ及フモノトス、從テ法律モ亦外國ニ在ル日本臣民及ヒ日本領土内ニ在ル外國人ヲ支配スルハ當然ナリ、法律ハ國權ノ命令的又ハ許可的規則ナルカ故ナリ、外國ノ法律ハ在日本ノ外國人ヲ支配ス、然シ日本ノ裁判所ハ日本ノ法律ヲ適用スヘク、外國ノ法律ヲ適用スルコトヲ得ス、又外國ニ在ル日本人ヲ支配スル日本ノ法律ハ、外國裁判所ニ依リテ適用セラルルコトヲ得ス、法律ノ支配及ヒ適用ニ關スル原則ハ此ノ如キモノトス、

三 民法ハ日本領土内ニ存スル臣民、及ヒ外國人ニ適用セラルルコトヲ原則トス、然シ其原則ニ對スル例外ナキニアラス、

（一）吾領土内ト雖モ、民法ノ適用セラレサルコトアリ、朝鮮ハ吾領土ナルモ民法ノ適用ナシ、

（二）（略）

（三）國際私法ノ効果トシテ吾領土内ニ於テモ、民法其他ノ民事法ノ適用ナキコトアリ、國際私法ハ渉外的私法關係ヲ裁判スルニ當リ、何國ノ

法律ヲ適用スヘキカラ定メタル國內法ナリ、吾國ニ於テハ、法例第三條以下ニ定メラル、渉外的私法關係トハ、内外私法ノ支配ヲ受クヘキ性質ノ私法上ノ關係ヲ意味ス、(略) 其關係ニ付キテハ國際私法ノ規定ニ從ヒ、吾國ノ裁判所ハ吾民法其他ノ民事法ヲ適用スルコトヲ得ステ、外國法ヲ適用スル場合ヲ生ス、」

次に、穂積重遠「民法総論 上巻」(大正10年)66-68頁を挙げておく。

## 「第二 人に關する民法の効力—國際私法

民法は人に關する意味に於て普通法である。即ち或特別階級の人に適用される特別法でなくして一般の人に適用される普通法である。併しこの『一般の人』と云ふことは二様に解される。一は所在の如何を問はずすべての日本人の意味である。他は國籍の如何を問はず日本國內所在のすべての人の意味である。前の意味に解するのを属人主義、後の意味に解するのを属地主義と云ふ。中古以前には属人主義が専ら行はれたが、近世國家の發達と共に属地主義が生じて前主義と併立的原則となった。故に今日の國法は其國家の人民主權の結果として其所在を問はずすべての國民を支配し、又其領土主權の結果として國內所在の外人をも支配するのを原則とする。即ち民法も亦在内の日本人には勿論在外の日本人にも在内の外人にも適用されるのが原則である。併し各國がそれぞれ同様の主義を採る所から各國法の支配の衝突を來たし、又内外人事情を異にする所から實際上の不都合が生じるのを免かれない。而してこの衝突と不都合とは私法に於て殊に著しいから、此渉外私法關係を調和する為めに國際私法と云ふ法律を生じ、前記の原則に對する重要な例外を設けることとなる。我法例第三條以下の規定がこれである。而して國際私法論は別に一科の學を成して居るからここには此問題を省畧し、其以外に於て民法の人に關する効力に關し左の如き二三の特例があることを注意するに止めやう。

(一) 二略

(三) 外國に在る日本人間の婚姻又は養子総組の方式

について民法中に特別規定がある(七七七條、八五〇條)。」

さらに、鳩山秀夫「日本民法総論」(昭和4年)12頁も次のように述べる。

## 「第二項 人及び場所ニ關スル効力

一 民法ハ一般ノ法律ト同ジク國家ノ人民主權ノ結果トシテ所在ノ如何ヲ問ハズ日本人全部ニ適用セラレ、又領土主權ノ結果トシテ日本人タルト外國人タルトヲ問ハズ、日本領土内ニ存在スル総テノ人ニ適用セラル、ヲ原則トス。然レドモ此原則ヲ以テ一貫スルトキハ渉外事件ニ付キ實際上不便ヲ生ズルコト尠カラザヲ以テ、各國概ネ此原則ニ對スル例外ヲ定メ國內ニ於ケル外國法ノ適用ヲ認ム。我ガ法例第三條以下ノ規定即チ是ナリ。此渉外關係ニ於ケル私法適用ノ問題ハ國際私法ノ對象ナリ。」

以上の論述によれば、民法は国法であるので、その効力の範囲は、一方で人民主權に服し、属人的にその居住の場所を問わずにすべての日本人に及び、他方では領土主權の効果として、その國籍を問わずに属地的に日本領土内に居る外国人を含めたすべての人に及ぶこととなる。しかし、各国の國家主權に基づき形成されてきている各国独自の民法が、同じように属人的効力と属地的効力を有すれば、各国民法の効力において衝突を生じ、渉外事項について不便が多いので、各国ともに一定の渉外事項について外国法規の適用を認めていることとされ、わが国ではそのために法例(國際私法)が定められている、このように、まとめられる。このように、国法としての民法の効力を主權の及ぶ範囲から説明し、外國の国法との「衝突」の「不便」を回避するために、例外として、渉外事項を対象として外國法の適用を認める規則、これが國際私法ということとされる。

しかしながら、國際私法の根柢に關する、このような説明は、二つの觀點から批判を浴びるであろう。第1に、主權の及ぶ範囲としての國法の効力論からする各国民法の「衝突」とその解決のための國際私法という点、第2に、國際私法が、例外として、渉

外的法律関係を対象として、内外法の適用関係を規律しているという点、これらである。

わが国の国際私法は、明治維新による国制の確立・近代化の過程において、泰西主義に基づく法整備の一環として構想されてきたものであり、江戸時代には基本的には存在しなかった涉外私法関係を対象とするものであった。しかし、近時めざましいグローバル化の進展に伴う、一方での涉外私法関係の飛躍的な発展の中において、また、他方での国家の機能の変容に伴う、法の多様化の進行により、主権的構成の妥当性ととも、国家法の衝突を対象とする構成が妥当か、他方で、いわゆる涉外的法律関係の飛躍的増大に伴い、国際私法の対象としての法律関係をいかに捉えるか（そもそも、国内的法律関係と涉外的法律関係を区別せず、すべての法律関係を国際私法の対象とするという見解も主張されている）<sup>1)</sup>など、について再検討を要する喫緊の課題である。また、国際私法の機能をどのように理解するかも問題となるであろう。

このような近代ヨーロッパ国際私法の受容がいかに評価されるべきかが問われ、かつ、かつて盛んに論じられた「国際私法の危機」論の行くへも気になるところである。そこで、かつての「法の効力」論から基礎づけようとする方法論について、現代国際私法の立場から再検討することを試みるが、そのためには、まず、これまでの方法論に関する検証を要し、その準備作業として資料を集め、研究ノートを作成してみた。題してアンソロジーと称するもの、このような研究段階のものであることを示すものに他ならない。

## 1 法の効力について

### 1 法規分類学派

法の効力、その適用範囲は、その法が本来規制対象として予定していない事象が出現したときに初め

て問題とされるのであるが、総じて、封建時代にはそもそも問題とされず、また問題とされ得ても、常にその土地の法のみが効力を有するものとされてきた。従って、線としての国境がなく、「辺境(frontier)」のみがあるとされた、中世ヨーロッパにおいても、その封建制度の下では、絶対的属地主義が採られてきたが、当時勃興してきた上部イタリアの都市国家においては、特に対外交流が活発になされたことに伴い、他の都市条例との、法の適用関係の解決が意識されるに至った。まず、外地人には条例の効力が及ばないという論述から、いわゆる註解学派による条例理論により、ローマ法源に注釈を加えるという方法で、次第に都市の条例の効力の及ぶ範囲についての検討がなされるに至ったのである。条例理論の代表者とされるバルトルスはアックルシウスの注釈から、条例の効力についての二つの問題設定から始める。すなわち、第1：条例は（その領域外で）非市民にも及ぶか（*utrum statutum porrigatur (extra territorium) ad non subditos?*）、第2：条例の効力は条例制定者の支配する領域外にも及ぶか（*utrum effectus statuti porrigatur statuentis?*）、そしてこの問題第1については、「その領域外で」を外して、本来その領域内に於いては市民にのみ法の効力が及ぶところを、外地人にも及ぶかという問題設定として捉え、契約、犯罪、遺言、契約・犯罪・遺言以外の事項という4事項についてこれを検討し、例えば、契約に関する条例又は慣習については、方式と契約の内容に分け、また、後者を更に訴訟手続と訴訟実体に分け、手続については法廷地の慣習に、また実体については、契約の方式について行為地法を、契約の遅滞及び過失の効果については合意された履行地法により補足的に法廷地法による。問題第2については、禁止する条例と許容する条例に分けて、前者についてはさらに方式、物、人に関する条例に分け、人に関する条例については、その条例が有利か不利かに分ける。以上のようにして、条

1) 道垣内正人「ポイント国際私法」総論第2版1-17頁参照。

例の域内効、域外効を分けた<sup>2)</sup>。

このように法規を分類することでその効力の及ぶ範囲を決定する方法は、いわゆる法規分類学派として、主権国家体制が確立した後にも、Wächterによる決定的な批判に至る19世紀初頭まで欧州大陸では命脈を保っていたが、他方、17世紀、主権国家体制の始まりとともに、オランダ学派による新たな方法が英米を中心に広まってゆく。この方法は、基本的に法は主権の産物であり、主権の抵触として法抵触が捉えられ、従って、法の効力が、国家間の主権範囲の画定として解決されるという構造を有し、従って、諸国民に共通の法を対象とする「国際法」に依拠する「法の効力」論が主題とされる。換言すれば、法規分類学派においては、近代的な「国家」が未成立である段階において、法の効力を、都市などの（慣習）法の効力の問題として捉えていたのであるが、主権国家体制の進展とともに、主権国家の法の効力の問題として捉え直す必要があった。従って、この国家の概念の進展とともに、後に見るように、その後、また、変容を余儀なくされるのである。

## 2 オランダ学派

オランダ学派の代表者と目されるフベルスは、グロティウス<sup>3)</sup>に代表される「諸国民の法」、ユース・ゲンティウムによりながら、法の属地主義の原則から生じる「法の抵触」を解決するために、法の効力について3つの公理を立てる。

ウルリクス・フベルス『法抵触論』畑場準一著・訳（1996年、尚学社）3頁-5頁、39頁-40頁（訳注は省略）

「あい異なる国家（の間）におけるあい異なる法の抵触」について

1 本問の由来と意義。司法上のものであるが、*jus civile* というよりは *jus gentium* 上の問題。

ある場所でなされた行為が、異国の地においても、その価値や効果を認められたり、あるいは、他の地で法的判断を受けたりすることが、しばしばある。ところで、ローマ帝国の属州が分解した結果、キリスト教世界は、相互に独立した、その間に共通の統一的な統治の秩序を有しない、無数の国家（ポプルス）国家に分断されることとなったのであるが、それ以来、各国（ポプルス）国の法制は、多くの点で、互にあい異なることとなったこと、周知のとおりである。その領域が全世界に及び、同一の法によって支配されていた、ローマ帝国にあっては、かくのごとき、あい異なる法の抵触などは起りえなかったのであって、その故に、ローマ法には、この（法抵触に関する）問題について、何も明確に語る所がないとしても、別に驚くには値いしない。とはいえ、この問題を解くにあたって依拠すべき基本原則は、ローマ法自体のなかから、探し出されねばならないのである。しかしながら、問題が所属するのは、国家法の領域というよりも、むしろ、ユース・ゲンティウムの分野である。けだし、おのおのの国（諸国民）が相互に順守すべきものは、ユース・ゲンティウム上の原理であること、明白なところであるからである。このきわめて難儀な問題の深奥を解き明かすために、三つの公理<sup>アクシオマ</sup>を設けることとしよう。恐らく、これらの公理を容認すべきことについては、異論があるまいが、もし、本当に容認されるならば、懸案の諸問題を解決するための道が、ここに開かれることとなるであろう。」

「2 この（法抵触）理論の基本原則。

ところで、その三つの公理とは、以下の如きものである。（一）およそ一国の法は、当該国家の領域内において、その効力を保持し、その臣民のすべてを拘

2) Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht, 5.Aufl. (1985) S.97ff. による。Vgl.Ch. von Bar, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2.Aufl. (2003) 84 77ff.

3) グロティウスの法の抵触の問題については、Westlake, Lehrbuch des internationalen Privatrechts mit besonderer Berücksichtigung der englischen Gerichtspraxis, von Franz von Holtzendorff, 1884 S.20-25 参照。

束する。ただし、それ以外には及ばない。per Iult. ff. de Jurisdict.”(二)”およそ当該国の領域内に在る者は、永住者たると一時的滞在者たるとを問わず、すべて当該国の臣民である、と看做される。per 1.7, s.10.in fin. de interd. et releg.”(三)”およそ一国の法が、当該国の領域内で、施行されている以上、その効力が如何なる場所においても承認されるように、各国の為政者は、友好的配慮・譲歩の精神をもって、努力するものとする。ただし、他の国および其の市民の主権あるいは権利の侵害を招く場合は、この限りではない。”以上のところから明自なとおり、右のこのポプルスとは、単なる国家法からではなく、諸国家間の便宜と黙示の合意とから、導き出さるべきものである。ただし、ある国家の法は、他の国において、直接的には効力を持ちえないものではあるが、ある場所の法に従い有効なるものが、後に、他の場所において、法が異なることのために、無効とならざるをえない、というが如きことは、各民族間の通商と交流とにとって、何にもまして不便なことだからである。これこそは第三公理の存在理由であって、これまで未だ何人も疑念を表明せざるところと、目される。第二公理については、異なった見解をもつ者もあると考えられるが、それに依れば、外人が、その行為地法に、従うことを否認するもようである。いかにも、ある種の場合には、後に述べるとおり、それも是認できよう。しかし”ある国<sup>インベリウム</sup>の領域内で行為をなす全ての者は、当該国の臣民であると看做さるべきである”とする立場は疑問の余地なく確立している。この点は、国家というものの性質と自国の領域内に在るすべての者をその統治権のもとに服せしめんとする慣行<sup>モス</sup>、とりわけ、人身の拘束<sup>アレスト</sup>に関しほとんどすべての民族において認められているところに明示されている。グロティウス・第2巻第11章第5節「ある場所において契約を締結する者は、そのことにより、当該の場所の一時

的臣民として、その場所の法に従うものである。」たしかに、外人をして、その者がその領域内に居ることだけを理由に、中間拘束によって、当該地の法に従わしめうる、とするためには、統治権が、その領域内に在るすべての者に、及ぶものである、と考えるこの根拠を置いて他にない。」

ここで述べられている、国法の効力は、その淵源である国家の統治権（主権）の及ぶ範囲を基礎としており、第1に属地的効力、すなわちその領域内においてはその法が排他的に効力を有し、したがって、領域内にある自国民を拘束する、しかし、第2に、領域内に所在するすべての者を拘束する、ということにある。このような各国の原則から、その間の法抵触が生じることとされる。もちろん、フベルスにおいては、法が属人的効力を有するかどうかは一般的には述べていない。

法が属地的に市民を拘束するのみならず、属人的にも市民を拘束することは、礼譲を通して域外効を認めることはできるが、本来の法の効力としては認められないこととなる。ここでは、統治権（主権）にもとづく法の効力の及ぶ範囲が問題とされているので、主権の及ぶ範囲を出発点とすることとなる。

この時代の国際法は、なお、民族国家相互間の法であり、「他の一切の優越的な権力の支配も受けず、いかなる人為的な合意〔実定国際法〕によっても否認されない反面」、「共通善に基づく普遍人類社会を実現するための必然的法規範」が措定される。いずれにせよ、「近代諸国の国内法制に共通する要素をもった「ヨーロッパ公法」<sup>4)</sup>の中で、国法がどこまで効力を及ぼしうるかが図られることとなる。

### 3 19世紀国際法

(1) 国際法の基本的な主体は国家であるが、その要件は、①永久的住民<sup>5)</sup>、②明確な領域<sup>6)</sup>、③政府

4) 山本草二『国際法〔新版・補訂〕』（2004年、有斐閣）21-23頁参照。以下、19世紀国際法についても、山本・前掲書による。

5) 国籍概念の成立については、前注のほか、江川英文ほか『国籍法〔第3版〕』（平成9年、有斐閣）3-7頁参照。

の3つとされる。「国際法上、国家とは、永久的住民〔国民〕によって構成され、一定の領域に基礎を置き、実効的な政府〔統治組織〕を有する団体のことである。」<sup>7)</sup>

この意味での国家を前提とする伝統的国际法が成立したのは、19世紀初頭から半ばにかけてのころであるといわれるが、そこでは、まだ、同質文明の国際社会を前提としており、完全な国際法主体性は文明諸国に留保され、完全主権国家の間で、国際法が完全な適用を受ける。このような意味での国際法においては、同族的な国際社会を前提としており、「これら近代諸国は……万民法原則の再生とキリスト教的家産国家観に基づく血縁関係を共通の基盤とし、その発現としての文化・思想・法律・政治・経済の国内体制を共有したからである。同時にこれら諸国は、国際社会の同族性が、中世のような支配・服従の関係の再現を促すことにならないよう、相互に自制し、国家相互間の等位関係 (coordination) を実現するため、主権概念を中心にした種々の国際法原則を設定した。たとえば、国内管轄事項に対する妨害・介入の避止 (abstention)、他国の干渉を違法なものとして排除できる請求権、航行・貿易・在留・外交特権の分野での権利義務の互惠・相互主義の保証などである。

したがって当時の国際社会は、積極的な「協力」(共通利益実現のための作為) よりも、国家としての自主性・一体性を確保するため、他国による妨害と介入を阻止する (不作為) という、消極的な権利 (negative right) の相互保障とそれに基づく「共存」を本旨とするものであった。「国際法は、その後、一八世紀後半にいたる国家実行の累積を経て、国際関係に特有の内容と手続を加え、その自律性 (国内法とは別個の法的性質) を整備するようになった。

ヨーロッパ諸国もまた、かつての家産国家観の体制を克服し、政治権力の担い手個人の人格とは切り離された別個の存在として、法的な同一性を保つものとなった (国家同一性の原則)。

このような推移を背景にして、完全主権国としての資格 (Statehood) または法主体性 (外交能力) を取得するには、「文明諸国」 (Civilized Nation) としての実質、すなわち、ローマ法原則を継受した国内法制、キリスト教思想に裏づけられた社会制度、商業資本主義・重商主義に立つ経済体制など、西欧文明の伝統またはこれに準ずる国内体制を具えることが、要件とされるようになった。それは、かつての国際社会の構成諸国が具えた自然固有の同族性とは異なり、その共通要素を抽出して定式化した文明形態であった。このような事情を反映して、実定国際法上も、主要国の国内法に共通する原則 (法の一般原則) は国家間関係に当然に適用可能な法源であるとしたり、私有財産の保護を既得権として尊重するとか、外国人に対し最低国際標準に基づく待遇を保障するよう、受入れ国に義務を課したのである。したがって、一九世紀にいたる「同質文明の国際社会」 (International Society) は、これら諸国の単一文明形態を共通の基盤としながらも、ヨーロッパ諸国限りの閉鎖的な社会にとどまらず、その地理的範囲を越えて拡大し普遍化される要因を整えたのである。」

このような19世紀における国際法において、国法の効力の問題がいかに取り扱われていたかであるが、19世紀の国際法において中国及び日本で紹介されたものとして、Wheaton, Elements of International Law がある。わが国においても、当初は中国語訳、あるいはその邦訳に依拠していたが、原典 (8<sup>th</sup>

6) 領域概念の生成については、柳原正治「幕末期・明治初期の「領域」概念に関する一考察」(松田竹夫ほか編『現代国際法の思想と構造』(2012年、東信堂))参照。「その近代ヨーロッパ国際法は、15世紀末ぐらいからヨーロッパにおいて徐々に形成されていき、ようやく19世紀前半になって完成をみた。主権(「国家所有権」、「国家領域権」、「領域主権」など名称はさまざまであったが)が排他的に及び、国境によって画定される「国家領域」という観念、さらには、「領域権原」によって一定地域の国家領域への帰属が最終決定されるという理論構成もまた、そのときまでには確立した。」(前掲書46頁)

7) 小寺彰『パラダイム国際法』[2004年、有斐閣]79頁。なお、山本・前掲書123-126頁参照。

ed. (1866)) を翻訳・出版した、大築拙蔵の明治15年刊行の「万国公法」があり<sup>8)</sup>、以下に該当箇所を引用する。Wheaton の国際法を翻訳した司法省版[万国公法]は、次のように述べている。

恵頓氏萬國公法卷之四<sup>9)</sup>

第二編

第二章

法律制定ノ權ヲ論ス

國法制定ノ專權ヲ論ス

第七十七条 凡ソ自主ノ國ハ其民ノ分位權利ヲ定メ及ヒ其疆内ニ在ル動産不動産ノ内国人外国人ニ属ス

ルヲ問ハス法ヲ定メテ以テ之ヲ理ムルノ專權アリ然レトモ人我カ居住ノ地ヲ離レテ他國ニ不動産ヲ有スルヲアリ或ハ約定ヲ結ビ遺書ヲ以テ他ニ不動産ヲ有スルヲアリ或ハ又他國ニ出テ、親族相続ノ故ヲ以テ其身即チ相続人トナルヲアリ此ノ如キハ皆其人一身ニシテ同時ニ二國若シクハ三國ノ法律ニ従ハサルヲ得ス即其人ノ本國又ハ當時常住ノ地ノ法律ニ服シ或ハ貨物所在ノ地ノ法律ニ服シ或ハ約定ヲ結ビ事ヲ執行シタル場所ノ法律ニ服セサルヲ得ス而シテ其本國ノ法律ニ服スルハ我カ生日ヨリ他ニ転籍ノ時マテヲ以テ畢リ其他ノ二件ニ至テハ其所在ノ法律ニ従フ可キ筈ト雖モ或ハ減制スル所アリテ盡ク服スルニ非ス故ニ他國ニ不動産ヲ有スル者ハ称ケテ不住ノ地

8) 住吉良人「西欧国際法学の日本への移入とその展開」法律論草42巻4・5・6号(1969年)352頁参照。

9) Wheaton の国際法については、開成学校において、英国人 Grigsby によって、明治6年教材として用いられ、試験も、英文で行われていることがうかがえる。

東京開成学校第2年報(明治7年)

明治7年5月6日英人グリグスベ来着。秋に予科最上級生の本科進級予定の期に法学教授グリグスベなどが着任したので、9月より生徒を3教授担当で、本科課程を履修せしめる。本学本科第3級では、ブラッキストン氏著英国法律書全部、ウールセー氏著万国公法全部及びフヒートン氏著国際公法4部中1部を終える。

万国公法講義：第1 公法之字義、第2 古今学者之説、第3 公法起源論

本科課程

法学 第1年下級

インタルナショナル、ロー、オプ、ネーション、イン、タイム、オプ、ピース

列国交際法(平時交際法)

英国法律(大意、憲法及刑法)

憲法史記 心理学及論文 拉丁語

第2年中級

列国交際法(戦時交際法)

英国法律(慣用法 結約法 衡平法及其主旨)

羅馬法律 政学 修身学及論文 法蘭西語

第3年上級

フライアート、インタルナショナル、ロー

列国交際法(交際私法)

英国法律(私犯法 海上法及貿易法)

フレンチ、ロー、ス、ヘンシャル、パート、オヴ、ユード、ナボレオン

羅馬法律 法国法律(那命拿法律要旨)

コンパレーチブ、ジュリスプリデンス

比較法論 証拠法及理説

生徒数は、法学本科3級で9人、予科2級で16人、となっている。

なお、明治8年6月実施の本科法学科(第1年=下級)学年試験問題のうち Grigsby による国際法試験問題は以下の通り(東京大学百年史『部局史 法学部』10頁)。

International Law W.E.Grigsby

1. Show what different questions are included in the so-called Monroe doctrine.
2. When is "intervention" justifiable? Illustrate your answer from history
3. Discuss the dispute between England and America respecting the north-west territory.
4. Give an account of the Constitution of Switzerland, comparing it with that of the United States.
5. What is meant by private international law? Explain "lex loci" "lex fori" "mobilia personam sequantur"
6. What is the rule relating to the discharge of contracts?  
What was decided in the case of Smith v. Buchanan?
7. What difference of opinion has there been as to the rule to be observed in the assignment of a bankrupt's effect,?
8. What different views have been held as to the lawfulness of divorce in the in the Theory and Practice of nations?

主ト云ヒ又他國ニ在テ約定ヲ取締ヒ不動産ヲ有スル者ハ称ケテ暫住ノ人民ト云フ而シテ此各國ノ法律固ヨリ異同アルヲ以テ屢々法律ノ争端ヲ起シ何國ノ法律ヲ以テ其事ヲ理ム可キヤ疑議ヲ生スルヲ果シテ尠カラス是ヲ以テ此ノ争端ヲ決定スル為メ別ニ規則ヲ集成シ称ケテ之ヲ私通ノ公法ト云フ蓋シ各国政府交際ノ公法ト區別スル所以ナリ

第七十八条 此争端ヲ決スルニ大則ニアリ其第一則ハ各國皆自主ノ權アリテ我カ疆内ハ全ク專權テ有シ疆内ノ動産不動産並ニ疆内ノ民本國ニテ産レタルト否トニ拘ラス悉ク國法ヲ以テ之ヲ管轄シ又其疆内ニテ取結ヒタル約定其他百般ノ事件皆我カ管轄ニ歸シサルヲ得ス故ニ各國我疆内ノ動産不動産ヲ保持シ或ハ之ヲ授与スルノ例如何ヲ制シ或ハ疆内各人ノ分位ヲ定メ或ハ疆内ニテ起ル約定ノ正否ヲ断ジテ其權利義務ヲ明カニシ或ハ疆内ニテ訟ヲ起スノ事件等此等ハ皆自主權ノ專權ニ歸スル所トス

其第二則ハ各国己レノ法律ヲ以テ直チニ疆外ノ貨物ヲ制スルヲ能ハス或ハ其本國出生ノ有無ニ拘ラス疆外ノ人民ヲ管轄スルヲ能ハス是レ右ノ第一則ト相表裏スルモノニシテ蓋シ各國互ニ疆外ノ人民貨物ヲ制定スルノ權利ヲ許ストキハ各國ノ權利平均ヲ失ヒ各々有スル所ノ主權ヲ專ラニスルヲ能ハサルニ至ルヲ以テナリ此兩則ヲ按スルニ凡ソ他國ノ法律ヲ以テ我カ疆内ニ行ハル、ハ全ク我カ國ノ明許或ハ黙許アルニ非サレハ得可カラサルヲ明ナリ蓋シ各國元來他法ノ疆内ニ行ハル、ヲ許スノ義務無シ然レトモ其行ハル、ヲ拒ムノ權利アリ而シテ其他法ノ我カ疆内ニ行ハル、ヲ許スト拒ムトハ各國ノ随意ニシテ或ハ他法ノ一部ヲ禁シテ一部ヲ許シ而シテ其允行スル所ノ法律モ亦全行セシウルモノアリ限行セシムルモノアリ必ス他國ノ強制ヲ受テ以ア然ルニ非サルナリ國法既ニ何レ歎此ノ如ク定マルトキハ則チ裁應之ニ從テ以テ詞訟ヲ裁決ス然レトモ若シ國法ニ於テ他法允禁ノ明條アラサル時ハ裁應即チ他法ヲ斟酌シテ以テ斷決ス我カ疆内ニ他法ノ行ハル、ヲ明許スルハ或ハ立法權ノ議定ニ因テ之ヲ決シ或ハ他國トノ約定ニ因テ之ヲ定ム又其他法ノ行ハル、ヲ黙許スル

ハ司法行政決定ノ先例及ヒ公師ノ論說ニ因テ定ムルナリ

第七十九条 他國ノ法律ヲ我疆内ニ行フニ就テハ各國ノ立法官審法官及ヒ公師皆之ヲ必ス盡ス可キノ義務ト為サス全ク各國互ノ利益ト便宜トノ情實ニ因テ然ル所以トス實ニ各國ノ共好同利アルニ因テ多少他法ヲ用フルヲ許シ而シテ各國之ヲ許ストキハ果シテ其利益尠ナカラサルヲ知ル可シ蓋シ一國ノ民他國ノ民ト交際ノ路頗ル広或ハ我カ貨物外國ニ在テ商事ヲ営ムモノアリ故ニ各國己レノ民ノ利益ヲ謀リ其他國ニ在ルモノヲ保護セント欲ストキハ先ツ他法ノ我疆内ニ行ハル、ヲ許シ而後チ我カ民他國ニ在テ同シク我カ法律ノ彼ニ行ハレテ其保護ヲ受ルヲ知ル可シ是ヲ以テ他法ノ我疆内ニ行ハル、ハ畢竟互ノ便宜ニ出ル所ニシテ即チ各國他法ヲ用フルヲ黙許スル所以トス然レトモ此黙許スル所ノモノ必ス各地同シカラス某國ハ己レノ民他國ニ在テ待タル、ノ例ニ照ラシテ我モ亦彼民ヲ待ツモノアリ或ハ己レノ民固有ノ權利アリテ外人ヲシテ同シク之ヲ得セシメサルモノアリ或ハ又我カ國法ニ適ハサルモノハ我カ法律ヲ重シテ他法ヲ用フルヲ許サ、ルモノアリ然レトモ近世各国皆他法ノ我カ疆内ニ行ハル、ヲ許シ唯其主權ト己レノ民ノ利益トテ量テ之ヲ

減制スルノミ是レ此事ヲ論スル公師一般ノ説トス

大統領氏云ク凡ソ本理ヲ論スルトキハ我カ法律ハ我カ疆内ニノミ行ハル、モノト雖モ人民一般ノ利益ニ限ラス亦已ムヲ得ザル虞ヨリ遂ニ疆外ニ及ホサ、ルヲ得サルヲアリ然レトモ各國他法ヲ行フヲ許スト雖モ全ク他法ニ服スルニ非ス唯我カ民隣國ニ在テ均シク我カ法律ノ行ハル、彼我互行ノ利益アルニ因テナリ此ノ如ク他法ヲ行フヲ許スハ各國ノ公情ニシテ各民敢禁令ニ背カサレハ公義及一般ノ利益ニ因テ互ニ用フルヲ黙許ス

第八十条 <sup>ホベリユス</sup>胡北路氏ハ最古有職ノ名師ナリ同氏云ク他法ノ我カ疆内ニ行ハル、ヨリ起ル各般ノ争端ヲ決スル為左ノ三則ヲ揭示ス

一 各国ノ法律其疆内ニ行ハレ而シテ悉ク其國民ヲシテ之テ遵守セシム

二 疆内ニ在ル人民ハ居住ノ暫久ヲ問ハス皆国民ト  
考定ス

三 各国ノ公情ニ因テ其国ノ疆内ニ行フヲ許シタル  
法律ハ各處ニ至ルト雖モ行ハレサルヲ無シ但シ  
其法律他國人民ノ妨碍ヲ起スヲ得ス

胡氏此三則ヨリ即チ人民ノ權利及ヒ貨物ニ就テ各國  
法律ノ合ハサルヨリ起ル争端ヲ決スルニ左ノ概則ヲ  
得タリ同氏云ク凡ソ地方ノ法律ニ從テ行ヒタル遺書  
若シクハ其他ノ讓狀等ハ他法ノ行ハル、地ニ至ルト  
雖モ必ス正實ノモノトス然レトモ其土地ノ法律ニ反  
シテ行ヒタルモノハ既ニ其土地ニ於テ不正ニ属スル  
ヲ以テ他所ニ至ルトキハ固ヨリ之ヲ正實ト為ス可カ  
ラス此例ハ永住ノ民ノミナラス尚ホ暫住ノ民ニ及  
ホシテ用フルヲ得而シテ他國ニテ行ヒタルヲ正實  
ト為サンカ為メ他國人妨害ヲ受ルトキハ必スシモ強  
ヒテ之ヲ正實ト為サ、ルナリ」<sup>10)</sup>

ここで見られるように、まず、主権に対人主権と  
領土主権があり、したがって、国法の効力として属  
地的効力と属人的効力があるというテーゼである  
が、旧法例起草時にも、そのような前提に基づいて  
いたことが、後掲のように確認できよう。

(2) 他方、Klüber は、1861年版では次のように  
述べている。

J. L. Klüber, *Droit des gens modern de l'Europe*,  
nouvelle Edition revue, annotée et complétée par  
M.A.OTT (1861)

「46節

1) 自由な行為に対する権利について

その独立性によって、どの国も、その一般的妥当  
性がすべての他国の独立性と適合する原則に合わせ  
てなされるすべての行為に対する権利を有する(a)。  
したがって、各国は、自らの権利を、他国のそれと  
同様に、確立し、保持し、展開することができる。  
それは、特に、その国民の知的、道徳的、経済的文  
化を増大させ、その領土を正当なやり方で増やし(b)、

またその人口を増やすことによって、よりよい状態  
にすることができる。」

「53節 V. 国家の統治について 1. 至上監督権

同じ独立性が、その統治または権能の行使のため  
に、各国に属している。すなわち、対内主権であり、  
その領域の全範囲内で、永久的か一時的かを問わず、  
すべての民 (sujets) に対するものである。すべて  
の国は、したがって、至上監督権、すなわち、その  
一般的目的に影響を与えるすべてに対して監督す  
る権利を有する。この監視は、それぞれの措置又は  
規制、続いてその実行に先行しなければならない。  
最高の監督は、なお、外国国家又はその民が、国家  
又はそれに属する者について、その法の目的により  
定められた境界を越えることなしにだが、行使す  
ることができるすべてのものに及ぶ(a)。

54節 2. 法律及び特権

国の法律は、個別条約がこの点について人的又は  
物的な責務の免除を与えない限りは、その領域に滞  
在し、そこで取引を行い、とりわけ法律行為を行う  
者としての、あるいは財産をそこで所有する者とし  
ての、外国人に対しても拘束力を有する(b)。二国の  
民事法における単なる違いは、決してこの種の免除  
を正当化するためには十分ではない。しかし、外国  
人が、たとえば、財産検査、相続などについて、内  
国人と比べて不平等で不利に取り扱われたときは、  
その政府は、報復により、その国の者に対して相当  
することを与えることができる(c)。自国民又は外国  
人に与えられた特権は、それを許した国の領域内  
では、外国人によっても尊重されなければならない  
(d)<sup>11)</sup>。

55節 ときに、外国における効果を伴うもの

一定の状況では、法律はそのために与えられた国  
の外へそのドメインを拡張できる。外国の別段の又  
は禁止的な法律が反対しない限りで、それが生じる  
のは以下の通り。

1. 遺言や裁判手続のような、一定の行為の方式で、

10) Wheaton の原著の該当箇所と思われる部分の邦訳を、附録1としてあげておくので参照されたい。

実体の有効性がそれに係っている方式、外国で効果を発揮する行為としてである(a)。

2. 民事身分、死亡による財産処分能力、宣誓能力、貴族等に関する法律、外国においてさえ市民の資格を規律するそれらである(b)。
3. 条約、法律や特権により外国人に、彼らの国の法律、または他の外国のそれに従って裁判される権利を付与するとき(c)。
4. 関係当事者が、明示又は黙示の合意により、そのために協定法を形成する外国の法律へその自治の範囲をこえることなく服従するとき(d)。
5. 外国の海域又は港のうちにある軍艦において、そこでは一般の慣習にしたがって乗組員に対する管轄を保持するとき(e)。
6. ある国が、外国で犯された犯罪について、その民を外国に委ねられた権限により処罰するとき (§ 65 以下)。

### 56節 3. 執行高権

主権は国家の目的に合わせて制定された法律の執行及び適用に必要な規制を行う権利を含む(a)。執行高権の名称の下で理解するものである。外国国家及びその民さえも、その事情が外国法の作用に服し、また、条約によりその免除を受けないときには、この権能の行使に服さなければならない。』

## 2 国際私法の生成

### 1 Joseph Story

以上の19世紀国際法の中へ法抵触問題を持ち込むという方法論は、特に人的交流を含む国家間の交流の進展と共に、次第に国際私法を独立の分野として扱う法発展をもたらすのであるが、法が主権の産物であり、その及ぶ範囲は、国際法的原理を前提とする点は変わっていない。

早くも Joseph Story は、その Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights, Wills, Successions and Judgments [1834] の序文において、諸国間及びアメリカ連合の諸邦間での交流の増大により、重要な分野として、通常のビジネス及び生活に日常的に関わるようになってきたこと、それにも拘わらずそれに関する英語でのまとまった著作が全くないこと、また、ヨーロッパ大陸では著作も多いが、体系的な著作がないことから、本書が書かれたことを述べている。それは、そのタイトルからも分かるように、国際法とは区別される、法の抵触を解決する法分野として、抵触法（国際私法）が構想されていることが分かる。ここにおいて、国際法から一応区別される法分野として、国際私法がまとめられたのである。

11) 注(d)は編著の M.A.OTT によるものである。[(d)主な例は書物の刊行の特権のそれである。Moser's Versuch des europ.Völkerrecht, VII, 244ff. にこれについて別のものを見いだす。Klüber がこの章及び以下のいくつかで扱っている問題は、今日では国際私法とよばれる。この名称で、通常は、それに属しない国における人の滞在から生じるすべての関係、特に、この国の民事法及びそれに服従している自国の法に対するその地位、その者が居住する国の裁判所がその国の法律から行いうる適用、この点に関する裁判所の一般的な管轄、拘束される手続及び執行の個別規則、行う法律行為の方式と有効性、外国人に適用されるいくばくかの刑事法の原則を含む。国際法のある部分は、近時、著作や論争の対象となつてこなかった。Rob. De Mohl, Gesch. 及び Litter. der Staatswiss. t.I, p.441 et suiv. に前者における徴表と後者の外観的分析を見いだすであろう。ここではこの分野の主要著作だけを挙げる：Burge, Commentaries on colonial and foreign Laws generally and in their conflict with each other and with the law of England, t.I-IV, Lond.1838.-Schaeffner, Entwicklung des internationalen Privat Rechts.Franck.1841,in-8<sup>o</sup>.-Story, Commentaries of the conflict of laws, foreign and domestic, 2<sup>e</sup> édit.,Boston,--1841.Foelix,Traité du droit international prive,Paris,2<sup>e</sup> édit.,1847.-Massé, le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens le droit civil. Paris3<sup>e</sup>édit, 1844-48,6 vol. in -8<sup>o</sup>. (他に Westlake, De Bar 等が引用されているが省略) なお参照、Savigny Traité de droit romain, trad. Par Guenoux, 1848-50,t.VIII. Thol, Einleitung in das deutsche Privatrecht,1851.Heffter, 前掲書 § 34-39, 60-63. 同時に引用すべきは、フランスにおける外人法に関する著作、外国立法のこの分野に関するフランスの著作である。Légat, Code des étrangers, Par.1832,in-8<sup>o</sup>. --Demangeat,, Histoire de condition civile des étrangers en France,1841, in 8<sup>o</sup> (以下略)]

「第9節 異なる諸国の法の抵触から生じる法学は、現代の商業と交流へのその実際の適用において、公法の最も興味深く、重要な分野である。その適用において、世界のどの地域も合衆国ほど、興味深く、重要な分野はないのであって、それは24の別個の、かつ諸点において独立の邦〔states〕の政府をもつ国家統治連合は必然的に、地域外の諸原則の絶えざる管理を要するこれら諸邦の市民間における権利と非常に複雑な関係を生み出すからである。公法のこの分野は、うまい具合に、private international law と呼ばれるもので、私人間の普通の事務（common business）に主として認められ、また、適用され、国家的な交渉の局面 dignity や国家間の紛争をめったに引き起こさないものである。」

第10節 この分野はイングランドのコモン・ローの著作者達によってはこれまで体系的に取り扱われたことがなく、実際に、そこではまさに現代に発展を遂げているものであるように思われる。したがって、いまだ、一学科として洗練され、確立され、諸原則の十分な精緻さと精確さをもって定義されているとはいえないものである。先立つ時代よりは、この50年間ほど、これに、形と釣り合いを与えたものはないが、その通商においてこれほどの規模と、その交流と政治においてこれほどの広がりを持つ国において為されるべきことである、それを作り上げるべきことがまだ残されている。」

として、英米における初めての抵触法の体系書（Treatise）を著すこととされたのである。その意味で、国際法とは独立の学科として国際私法を取り扱うこととなったのであるが、その基本的原理は、公法の一部であるとされるところからも予測されるように、国際法に依拠したものであった。

しかし、この国際私法は、国際法の一般原理を前提とするものであり、結局は、近代的主権国家体制を前提とはしているが、オランダ学派に近い構成を有している。

「第17節 抵触法の treatise が当然収めるべき諸項目の検討に取り掛かる前に、この分野のすべての論

証が依っている基礎をなす若干の一般的な基準と公理にふれることが必要である。それを明示または黙示で認めることなくしては、諸国の行動を統治する何らかの原則に到達し、また、正義の十分な運用を定めることが、不可能であると分かるものである。」

第18節 第1の、かつ最も一般的な基準（maxim）または命題は、すでにふれられたように、どの国もその領域内においては排他的主権と管轄権を有していることである。この規則の直接的結果は、各国の法律はその領域内に所在する、real か personal かを問わず、すべての財産に、及び、その領域内に所在する、生来の臣民か、外国人であるかを問わず、すべての者に、また、その領域においてなされたすべての契約若しくは行為に、影響し、直接に拘束することである。邦は、したがって、real か personal か、係争中か、を問わず、そこに所在する財産が、所有され、引き渡され、遺贈され、譲渡され、強制されるべき方法、要件を、また、そこに所在するすべての者の条件、能力、地位を定め、そこで行われる契約、ほかの行為の有効性、及び、それらから生じる権利・義務を、また、その領域内における自らの法律の作用全体を保護し、弁護し、確保するために、裁判所の解釈を要するすべての事案における司法の救済手続、方法を、定めうる。」

「20節 もう一つの基準または命題は、いかなる邦も、その領域外にある財産、生来の臣民かどうかを問わず領域内に居住していない者に対して、自らの法律に依り直接に影響を及ぼし又は拘束することは出来ないということである。これは、第1の命題からの当然の帰結である。なぜなら、他の諸国が、領域内にある人や事物を自由に規律しようというのは、いかなる国の主権の平等性と排他性とも合わないからである。領域に対する主権はどの国においても決して排他的ではなく、すべての諸国の主権と競合的であるに過ぎなかったのである、各国はすべてのことについて立法でき、どの国もそれ自体のために立法できない、すべては誰も遵守すべき義務はない規則を確立してよい、という宣言と等しいのであ

ろう。事物のそのような状態のばかげた結果は、考  
える必要はない。〔略〕 Parker 判事は、完全な形で  
このドクトリンを認めた。すなわち、『どの国の法  
律はいかなる内在的権威によっても域外で、あるい  
はそれを制定する邦の管轄の外で、尊重されるべき  
ものではないということは、独自の主権の独立の必  
然的結果である』と。』

〔21節 この規則には、正当に理解されるべきある  
重要性を有する例外がよく認められる。それは、ある  
国（nation）の法律は、その領域内の人に対して  
以外には、直接の拘束力、効果を有しないのである  
が、各国とも、他の地にある自らの臣民をも自らの  
法律により拘束する権利を有するというものである。  
ある意味では、この例外は、諸国の実行において  
正当と認められ、かつ十分に確立されている。別の  
意味では、これは正しくなく、あるいは少なくとも  
限定が必要である。各国ともこれについて明確だ  
と認めているのは、それは、生来の臣民について  
どこにいても規律し、統治する権利を有している  
という点であり、従って、自らの法律は、そのよう  
な者に、常に、かつどこへでも拡張し拘束する  
のである。これは通常いわゆる国への忠誠、すなわち  
人が出生した領域の支配体に対する忠誠、の帰結  
であるとされる。〔略〕〕

〔第22節（公法に関する一般的な treatise に属  
する）この分野に立ち入ることなく、本当にいえる  
ことは、いかなる国も他の国のその民について作  
られた法律を尊重すべき義務はないということであ  
る。そのような法律の義務的な効力はその自らの領  
域を超えて及ぶことは出来ない。従って、そのよう  
な法律が居住地国法と合わない compatible ときで、  
居住地国に対して負っている義務を侵害するときは、  
居住地国により無視されよう。そのような者に対  
するそのような法律の拘束力がどのようなもので  
あれ、かれらが生まれた国へ帰還すべき場合には、  
居住する他国に何ももつことは出来ない。それら  
は主権者と臣民の間の、その領域で実行されるべき  
人的関係を生じさせるが、他の国へは当然のことな

がら及ばないのである。〔略〕〕

〔第23節 Ⅲ. これら二つの基準または命題から  
第3のものが生じる。すなわち、ある国の法律がど  
のような力と義務を他の国でもとうとも、これは、  
専らその他国の法律、国内規則に依っている、すな  
わちその国の法学と政体（polity）、その明示または  
黙示の同意に基づく、ということである。国は、自  
らの領域内における、すべての外国法の効力  
（operation）、及びそれに基づく権利を禁止しうる。  
ある外国法を禁止してもよいし、他の効力を認めて  
もよい。ある外国法を承認し、修正し、限定しても  
よいし、他のものを拡張し、またはそれに広く効力  
を与えてもよい。外国法の運用を差止め、あるいは、  
他のものの導入を認めてもよい。その法典がその事  
項について積極的に表明しているときは、その主権  
の及ぶ範囲に所在するすべての人はそれを遵守しな  
ければならない。その慣習による不文の法、あるい  
はコモン・ローがその事項について直接に表明し  
ているときは、同じように遵守されなければならない。  
なぜなら、それは実定法典と同等の義務を伴う  
からである。両者とも何も表明していないときは、  
そしてそのときのみ、主権の明瞭な宣言のないとき  
にいかなる法律が支配すべきかという問題が本来生  
じうるのである。〔略〕〕

〔38節 そこで、「諸国の礼讓」という言葉遣い  
には、誤りがないのみならず、他国の領域のうち  
における一国の法律の義務の真の基礎と範囲を表す  
べき最も適切な言葉である。それは、他国の任意の  
同意に完全に由来しており、その知られた政策に反  
するとき、または、その利益を害するときには認め  
られないのである。外国法の適用に、肯定的であ  
れ、拒絶的であれ、制限的であれ、何らの実定規  
則がないときに、司法裁判所は、その政策と一致  
しないことがないか、その利益を害しない限りは、  
その政府によるその外国法の暗黙の採用を推定  
する。同じように運用され、確かめられ、かつ、  
国内法の他のすべての原則が確かめられ、方針  
を与えられるのと同じ論証によって導かれるのは、  
裁判所の礼讓では

なく、国の礼讓である。フベルスの学説は、したがって、正しい原則の上に立っているものと思われる。それは、その一般性から、その適用について多くの重大な問題を後回しにしているのであるが、真理性についても単純さについても、それをもっと薦める必要がある。したがって、イングランドとアメリカの双方で、権威あるいは論拠として認めるためにまずまず望まれうるものとして、直接的にかつ普遍的に、司法が認めることによって承認されてきている。」

## 2 F. C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8 (1849)

そういう中で、国際法を認めながらも、それとは独立に国際私法を基礎づける、即ち、国際法的共同体という普遍的共同体により基礎づけようとしたのがサヴィニーである。

### 「第348節 異なる諸国家における相反する領土法

II. 異なる領土法の抵触 (Kollision) が起こりうる第二の場合は、これらの法は同一国内ではなく、幾つかの相互に独立している諸国家間に存在するというを前提としている(347節)。その場合には、抵触問題全体の説明のために挙げられた例に立ち帰れば(346節)、いまや次のような形となろう。わが国の裁判官が決定すべきであるのは、その基礎をなす諸事実(例えば、契約が締結された場所、または争われている物の所在する場所)によってわが実定法と異なった法と関連している係争法律関係についてなのである。そのほかに当事者双方が内国人であり、あるいは当事者双方が外国人であったり、また一方が内国に、もう一方が外国に人的に属しているということも起こりうる。ここに関連する相異なる領土法のいずれを裁判官は適用すべきであろうか。

全く同じ問題が、その法的紛争がたまたまわが国においてではなく他国で発生した場合には、その他国の裁判官の決定に委ねられることもありうる。

かなりの者はこの問題を、次のような二つの原則を冒頭に立てることによって、専ら独立の国家権力(主権)の原則によって解決しようとしてきた。

1. 各国はその領域内においては専ら自国の法律のみが妥当することを要求しうる。2. いかなる国家もその法律がその領域外においてその妥当性を要求しうるものではない(a)。

私はこれらの命題が真理であることを認めるのみならず、それを考えうる最大の限度まで拡張することさえ承認したいのであるが、しかしそれではわれわれの課題の解決には殆ど役立たないものと考え

る。他国人に対して独立の国家権力を最も広く及ぼすことは他国人の完全な無権利をもたらすであろう。そのような見解がローマの国際法にないわけではなかったが(b)、それがローマ人によって外国に対して主張されない場合にも、少なくとも、ローマ人と他国人とのあいだの権利能力における大きな相違は常に保たれていたのである(第346節)。——これに対して、現代の法は、次第に自国人と他国人との間の完全な権利平等の承認に向かっている(c)。

しかしながら、人(Personen)のこのような権利平等をもってしては、自国法と他国法との間の抵触に由来する問題については何等の解決もなしえないのである。なによりも自国の法律が抵触事案の取扱いについて規定を置いている場合には、これらの規定は我が裁判官によって絶対に(shlechthin)適用されなければならないことを承認しなければならない(d)。ただ、そのような法律は、欠けるところがないようにはどこにも存在しないし、特にドイツ普通法が妥当する諸国においてははないのである(e)。

もちろん最高権力の厳格な法は、その国の全ての裁判官に、自らに提起された法律関係を、たとえばその係争法律関係がその国の領域と関連している何等かの他国の法の恐らく異なっている規定を無視して、専ら自国法だけによって解決すべく定められている、ということにもなりうる。しかしそのような規定はよく知られているいずれの国の立法の中にも

見いだしえないし、以下の考察によっても認められないにちがいない。

異なる諸民族の間の交流が一層多様かつ活発になればなるほど、そのような厳格な原則に固執することなく、かえって反対の原則と取り替えるのが望ましいということを確認せざるをえない。法律関係の取り扱いにおける望ましい相互性、さらに、そこから生じ、諸民族及び個人々の共通の利益によって全体として要請される自国人と他国人の判断における平等性がそれをもたらすのである。なぜなら、この平等性は完全に形成されると、単に各個別国家において他国人が自国人に対して不利な立場におかれぬ（この点に人の同一の取り扱いがみとめられるのだが）ということのみならず、法律の抵触の事案において、どの国でその判決が下されるかによって異なることがなく、同一の判断を期待すべきであるということをもたらすからである。

このような考慮によって到達する立場は、相互に交流する諸国（Nationen）の国際法的共同体（eine völkerrechtliche Gemeinschaft）のそれである。そしてこの立場は時代の進展につれて、一半は共通のキリスト的礼節の、一半はそこから全ての当事者に生じる真の利益の、影響で、ますます一般的な承認を得てきたのである。

かようにして、目下問題とされている独立諸国の領土法の抵触は、同一国家に属する異なる地方特別法の抵触に適用されるのと本質的に同一の原則によって取り扱うべきこととなる（347節）。従って、この同等化は、以下の検討全体についてあてはまるのである。

両種の抵触に対しては、いまや共通の課題が、次のように定められる。

どの法律関係についても、その法律関係が、その特有の性質にしたがって属している、又は、服している法域（Rechtsgebiet）が探求されること

先に触れた厳格な法とは反対に、この同等化は、主権国家間の友好的許容（freundliche Zulassung）、つまり自国の裁判所がかなりの法律関係の判断をそ

こから生み出すべき淵源へ本来は他国の法律を許容すること、といえる(f)。

ただ、この許容は、たまたま変わり、同時に、一時的なものと考えられるような、単なる寛大さや恣意の現れと考えられてはならない。むしろ、その点には、同一国家の地方特別法の間の抵触の取り扱いと同一の歩調を保って、特有でかつ進歩する法発展が認められるべきである(g)。

いま主張された、両種の抵触の同等化は、相反する地方特別法の場合には（347節）、抵触問題は両地方特別法の上にある共通のラント法によって解決されうるということによるのみ制限されなければならない。有りうるそのような逃げ道は、異なる主権国家の相反する法律の場合には、もちろん生じることではない。

異なる実定法の抵触の取扱いにおける相互の同等化への接近がそこから生まれた、独立諸国家の間における国際法的共同体というこの観点はローマ人には知られていなかった。必要がそのような諸原則を承認させ発達させるためには、まず、諸民族の交流が、最近認められるようなすさまじい飛躍をまずとげなければならなかったのである。

このような立場が、最近の学説で必ずしも文字どおりの承認を見いだしてこなかったとしても、それは、その本質上本書においてしばしば主張されてきた一般的慣習法の基礎にやはりある(h)。確かにこの慣習法は主としてドイツ普通法の領域に対して主張される。しかしながら、学説及び判例（Richtersprüche）の（たえず進展する）一致からそれを導き出すことは、まさにこの場合には争いもなくこの制約を超えて認められる。まさに、その存在の共通の認定、及びその内容の共通の探求は、ここで出された主張にとって決定的である。しかし揺れ動き、混乱する諸見解は、ここにあるようにまだようやく生成中の法理（Rechtslehre）においては珍しいことではない(i)。

.....  
場所的法（örtliche Rechte）の抵触の取扱いにお

ける可能で、望ましく、期待されるべき国際法的共同体は、異なる、特に抵触事案が最も頻繁に生じる隣接諸国の間でこの対象について条約が締結される場合には、特別の促進が得られることが出来よう。そのような条約は法学者によって盛んに望まれているだけではなく、実際にとうの昔に既に実現している(k)。それが存在している場合にそのような条約をなにかまったく新しいことが実定的に確定されているかのように捉え、それとは別にまたその時代以前にはたとえばまさにその反対が妥当していたに違いないと考えるのは、誤りであろう。むしろそれらは殆ど常に上で述べた一般の法共同体の現れ、従ってこの法共同体を常により完全な承認へ導く試みと見なすべきものである。

プロイセンほど近時においてそれほど多くのこの種の条約を締結してきた国はない。そしてこれらの条約においては特にまさに立てられた観点が見まがうことなく現れている。本検討の結果においてその点に立ち帰りやすいように、ここでは、これらプロイセンの隣接諸国との条約の一覧を挙げておこう。

1824年ザクセン＝ワイマールとの条約、法令集1824年149頁

1832年ザクセン＝アルテンブルクとの条約、法令集1832年105頁

1834年ザクセン＝コブルク＝ゴータとの条約、法令集1834年124頁

1839年ザクセン王国との条約、法令集1839年353頁

1840年シュワルツブルク＝ルドルフシュタットとの条約、法令集1840年239頁

1840年アンハルト＝ベルンブルクとの条約、法令集1840年250頁

1841年ブラウンシュヴァイクとの条約、法令集1842年1頁

### 第349節

異なる諸国における相反する領邦法（続き）

我々の検討は、これまでに、異なる独立諸国と関

連するような法律関係に対する決定に際しても、裁判官は、その場所の法がその裁判官の自国法であるかあるいは他国の法であるかという区別なく、その係争法律関係が帰属しているその場所の法を適用すべきであるということにたどりついた（第348節）。

しかし、この原則は、その特別の性質が、異なる諸国間の共同体のそのように自由な取り扱いに反するかなりの種類の法律を勘案して、いまや制限されなければならない。そのような法律については、裁判官は、かの原則がみとめるよりも一層排他的に自国法を適用すべきである。逆に、他国法は、かの原則がその適用を正当化するとしても、適用されずにおかれなければならない。そこからはその限界を確定することがこの法理（Lehre）全体において、ことによると最もむずかしい課題であるような、一連の重要な種類の例外が生じる。この例外事例をわが学説がしばしば無意識に顧慮していることが、例外事例によって制限されている諸規則の一致した承認を妨げることに少なからず弾みとなった。かの例外をそれ自体として、従って同時にその真の限界を納得の行くように確定することに成功すれば、そのことによっておそらく原則自体についてのかなりの反対が除かれ、従って争っている当事者達の相互の接近が促進されるであろう。

示唆された例外を次の二つのクラスにまとめよう。

A. 異なる諸国家の境界とは独立に、まさにこの性質のゆえにかの自由な取扱いに適さない、厳格に実定的で強行的な性質の法律。

B. その存在がわが国でまったく認められていない、従ってわが国では法的保護を要求しえない他国の法制度。

A. 厳格に実定的で、強行的な性質の法律

すでに上述のところで、法規則の性質と由来において様々な対立が強調された(a)。ここでもそれを続けなければならないが、それでは目下の目的には十分ではないので、法規則の異なる性質をむしろもつ

と精確に吟味しなければならない。

たしかに、この場合に絶対的と媒介的な法規則の区別で十分であると考えられるかもしれないが (§ 16)、その点では思い違いをすることになる。この区別は、たしかに、単純に媒介的な法規則は、一連のかの例外事例へ含められることが決してない限りにおいて、我々の問題にいくばくかの影響を及ぼす(b)。それに対して、すべての絶対的な法律に対して、それらが例外事例に数えられなければならないような実定的で強行的な性質を認めるとするのは、逆に、全くの誤りであろう。例えば、成年の始まりに関する法律はすべて絶対的法律とされるが、その理由は、単に別段の意思がない場合にのみ働くものではないからである。それでも、まさにこの法律が、そこに存在する国家領域の外においても、問題なく (unbedenklich) 効果を発揮することには皆が賛成しているのである (362節)。

さて何等かの法律を例外事例に含めるか否かは、何よりも立法者の意図に係っている。立法者がその点について明示的に表明しているときには、この表明が妥当しなければならない。けだし、それ自体が、常に必ず遵守されなければならない抵触に関する法律の性質を有するからである (§ 348d)。しかし、そのような明示の表明は欠けているのが通例であるので、そのときには、以下の区別をするように導く、絶対的法律の様々な性質に立ち帰るほかなくなるのである。

一つの部類の絶対的法律は、確実な規則を通じて法の運用を確保するという以外の根拠と目的しか有さないものであり、それは、専ら、権利の担い手である人の意思のために定められているものである。これに属するのは、年齢や性別などによる行為能力の制限に関する法律であり、さらに、所有権の移転の形式 (Form) (単純な契約による、または、引渡による) に関する法律がある。——この種のすべての法律にあっては、例外事例に含めるべき何らの理由もなく、その際生じる抵触はむしろ最も自由な法共同体の原則によって調整される得る、なぜなら、

各国は、その領域内においてもその種の他国の法律に効力をためらいなく認めうるからである。

もう一つの部類の絶対的法律は、それに対して、その根拠と目的をかの抽象的存在において捉えられる、純粹の法領域の外に有している(c)、それが制定されたのは、単に権利者のためのみによるものではない。——この部類の法律は道徳的な根拠に基づいている。それに属するのは、ポリガミーを排除するすべての法律である。——それは、また、より政治的、警察的あるいは国民経済的性格を有するものであれ、公共の福祉 (publica utilitas) という根拠に基づきうる。これに属するものとしては、ユダヤ人側の、土地所有権の取得を制限する多くの法律がある。

この種のすべての法律は、上述の例外事例に属するので、その適用に関しては、各国とも完全に排他的である。——したがって、わが国の法律がポリガミーを排除しているときは、わが裁判官は、その本国法がそれを許している外国の人の一夫多妻婚姻に法的保護を拒絶しなければならない。——わが法律がユダヤ人に土地所有権の取得を禁じているときは、わが裁判官は、自国のユダヤ人にその取得を禁じるのみならず、外地の、その国ではそのような禁止がないユダヤ人に対しても禁じなければならないのであって、抵触の一般的原则によれば、人の権利能力及び行為能力がその者の住所地法にしたがって判断されるべきときでもそうである。同様にまた、逆に、その法律がそのようなユダヤ人の制限を有さず、わが国に属するユダヤ人にも土地所有を許している他国は、その者の住所地の制限的法律に拘わらず、土地所有を許すであろう。

B. その存在がわが国において全く認められていない他国の法制度

フランス法やロシア法の民事死を有しない国の裁判官は、抵触の一般的原则によれば、人的状態は住所に妥当する法律によるべき場合であるにも拘わらず、これらの国々において民事死に服した者へそれと結びついた権利無能力を適用すべきではない(d)。

——同様に、奴隷制をもたない国においては、その地に滞在する黒人奴隷はその主人の所有物としては取り扱われえないのである(e)。この場合においては、ここで挙げられた二つの観点が重なり合い、一つの同一の目的に至るのである。奴隷制は、法制度としてはわが国にとっては異質であり、承認されないものであり、そして、同時に、人を物として扱うことは、我が観点からは、全く不道德である。前述の民事死の事例においては、第1の理由は主張されうるが、第2の理由は主張されないであろう。なぜなら、民事死は、他の極めて厳しい刑罰よりは、より不道德ではないからである。

ここで要約された、絶対的法律の類別は、相互に非常に異なるものであるとしても、それらが、場所的法の抵触について、一般的に要請されるすべての諸国の法共同体からははずれたものであり、つまり、それらがこの点において普通で無い(anormal)性質を有するという点において一致が認められる。しかし、これらの例外的事例は諸民族の自然な法発展の結果、ますます減少することが期待されうる(f)。

本諸節で取り扱われた本来妥当する抵触の規則の例外は、まず、相異なる諸国の相争う領土法と関わっている。同一国の特別法の場合には(347節)、同様の関係は遙かにまれにしか起こらない。なぜなら、上掲で特徴付けられた、厳格に実定的で強行的性質の法律は、たいていの場合一国全体について制定されており、つまり、特別法の限界を考慮していないのである。だが、同一国の内部でもまた、国家の現在の多くの構成部分が未だ国に属していなかった時代から発している場合には、そのような普通でない関係は起こるのである。特に、プロイセン領ライン地方とプロイセンの他の地方に行われている法との関係に当てはまる。それから、本節で立てられた特

別の規則が同一国家の領域内においても適用を見る。

(f)ここで立てられた原則の最も重要かつ多様な適用が、後掲の権利能力と行為能力の学説において現れる(365節)。ここで恐らく抽象的なすがたで現れたものが、そこではより分かりやすいものとなり、説得力を得易くなるであろう。」

以上の論述で注目すべきは、国際法共同体の法である国際私法は、そこにおける自由な取扱いを受けられる領域であるが、その例外をも伴っていることである。これは、自由な取扱いの例外ではあるが、自由な取扱いの結果に対する例外というよりは、内国法が妥当する領域、従って現代国際私法における公序というよりは、その意味での公序法、国際法共同体の例外をなす国内法(制度)である<sup>12)</sup>。つまりそもそも国際私法に委ねられないという意味での例外であり、公序法であり、国際私法に服した形をとった法律関係については、公序ではなく、いわば絶対的な強行法とでもいうべきものである。

### 3 わが国における発展

以上のような国際社会における発展を受けて、わが国でも、法の効力、特に私法の効力の及ぶ範囲についての取扱いが論議される。特に、当初は、民法編纂においてフランス法の影響が強かったので、国際法においてではなく、民法編纂と共に法例編纂が企図されたのであるが、フランス民法の講義の中でこれを取り扱うものとして熊野敏三<sup>13)</sup>の「佛国民法前加巻講義」<sup>14)</sup>がある。

12) もっとも、折茂豊『国際私法の統一性』365頁は、サヴィニーの一般的原則が「『特殊の性質をもった法については制限されるべきものである』こと、そして、さような法に関するかぎりは、たとい右のような原則上は外国法が適用されるべきであっても、裁判官は、もっぱら内国法を適用すべきものであることを指摘し、『そこに一連の重要な種類の例外的場合が生ずる』ものとしている。』そしてそれが今日の公序論に該当するもの、としながら、他方、367頁注2では、例外の一つに「『厳格に実定的であり、強行的性質を持つ法律』をあげている」ことから、新イタリア学派のような、準拠法決定原則の枠外にあり、常に国内法によるべきものという側面も指摘している。

1 博士熊野先生口述『佛国民法前加巻講義 完』(博 明治20年10月6日で、全四回分であるが、第2回  
士熊埜敏三先生口述 中村清七郎執筆)。以降の講義日時は明らかでない。

明治法律学校における講義録であり、第1回が、

13) 熊野敏三(安政元年12月22日生)については、帝国博士列伝(萩原善太郎、明治23年)、手塚太郎[司法省法学校小史]101頁以下、七戸克彦・法セミ658号(2009・10)65頁、奥平昌洪『日本弁護士史』(有斐閣、1914年)708頁、828頁、大植四郎『明治過去帳』577頁などによれば、次のような経歴がある。

安政元年12月(1855年1月)～明治32年(1899年)10月11日。

旧荻藩士、幼名猪三郎。幼少にて父を失い母の養育を受ける。11歳で松下塾に入り馬場甫仙に漢籍の句読を習う。明治4年3月東京でフランス語を学び、明治5年開成学校入学、7月司法省明法寮入学。明治8年8月木下広次・井上正一らとともにフランス留学を命ぜられ、パリ大学に入学、3年後にリサンシェ・アンドロアとなり、その後も研究生として修学、三好退蔵がパリを訪れた際には、助手として司法制度の取調をしている(もっとも後述の様に、三好の評価は低い。後注16)参照)。

パリの国立古文書館に保管されている当時の学籍カードによると、Koumano-Binezoは、1875年11月5日に第一回目の受講登録を行い、井上・磯部とともに一度の躓きもなく順調に諸試験をクリアし、77年10月22日に法学得業士(bachelier en droit)、78年8月27日に法学士(licencie en droit)の学位を取得している。この後、熊野は、さらにパリ大学で勉学を続け(磯部は帰国し、井上はディジョン大学に移った)、法学士号取得からほぼ5年、ついに学位論文「ローマ法の海商融資制度(De Nautigo Foenore)および、フランス法の信用紙幣制度(Cours Force des Emissions Fiduciaires)」を提出、口頭試問(83年7月27日)を通過して、見事、法学博士の学位を手にした(正式には12月31日付)。

「明治16年10月18日に帰国、ただちに文部省雇として、東京法学校(東京大学)の教壇に立ち、18年9月からは明治法律学校でも、一年生の法律大意・人事法・相続法と三年生の万国公法を、翌20年9月からは、売買法・交換法・時効法(日本民法草案対照)、国際法、法学通論を担当している。ある小伝は「君気宇曠闊裁決流るゝが如し…事務を理する極て迅速に処方立どころに成る以て其敏才の然らしむる所なるを見るべし」と、彼の鋭敏さに舌を巻いている。旧民法人事編第一草案の起草に際しては、当時西欧で一般的に用いられていた「父権」の語を排して、母の親権を容認する「親権」の語を採用し、親権を、子に対する親の権利ではなく、親の義務と解すべきことを主張するなど、時代に先んじた進歩的な家族論を展開した。傍ら、控訴院検事や代言人試験・判事検事登用試験委員などを務めたが、明治32年10月16日、幼い頃から病弱であったという、明治前期を代表する仏法学の巨星は、四四歳で死去した。(以下略)」(村上一博「熊野敏三 一日本人初のパリ大学法学博士」)2009年12月号『大学史の散歩道101』による)。

明治17年11月17日司法省より法律学士の称号を受ける。その後、12月文部省に転じ東京法学校の教職につく。明治19年2月10日東京控訴院検事、7月8日従六位。明治20年頃司法省参事官に転じ、奏任三等上となり、専ら法典編纂に当たる。

明治21年6月7日法学博士の学位授与、明治22年11月判事に転じ大審院詰、明治24年3月30日勲六等単光旭日章、明治24年9月法科大学講師を嘱託せられ国際法を講義、明治24年10月司法省参事官、明治25年11月従五位に叙せられて法典調査委員となる。

明治27年6月5日官を退くに当たり特旨をもって正五位に叙せられ、9月弁護士登録を受け東京弁護士会に加入、明治28年5月26日東京弁護士会長。

法典編纂の傍ら、代言人試験、判事登用試験委員、海軍主計学校、明治法律学校、東京和仏学校の講師も務める。

明治32年5月より肺患で病床に伏す。10月11日逝去、19日青山霊園に埋葬。享年46歳。

鈴木・法史[日本]26頁以下:12月12日文部省告示第4号[手塚・司法省法学校101頁][司法省法学校正則科之儀自今文部省ノ所属ニ属シ東京法学校ト称儀条此旨告示候事]{手塚[司法省法学校]101頁以下)

司法省法学校が文部省管轄下の東京法学校となる。施設・教員・生徒総て引き継ぐ。本科46名、予科生75名:第3期生、4期生で移管当時の総ての在籍者、官費給費生となる。法学寄宿生はフランス語により法学を専修する。

校長心得:司法称権少書記官文部省御用掛の加藤邦憲、専門の教員は、ジョルジュ・アッペール{司法省雇、文部省雇)、熊野敏三{文部省雇。ただし明治18年11月官員録によれば在職せず)、梅謙次郎{司法省御用掛、文部省御用掛)、河村讓三郎(同前)。予科の教員にジン・バチスト・アリヴェー{本校雇)、手塚太郎、熊本庸太郎があった。蔵書(フランス書4369冊、翻訳書1665冊、和書407冊、計6441冊)も引き継ぎ{当時東京大学には計4049冊しかなかった)。本科の授業科目は、初年前期・後期:経済及び民法、2年前期・後期:民法・刑法・治罪法、3年前期・後期:民法・政法・訴訟法、4年前期・後期:商法・政法・国際法。

明治19年2月任検事 東京控訴裁判所詰め 同月民法編纂局兼任(人事編)、傍ら明治法律学校東京和仏学校の講師、4月任司法参事官 同月12日司法省民法草案編纂委員、7月代言人試験委員

同年11月27日元老院内閣委員の増員で(第一読会のため)、司法省参事官熊野敏三が任命さる。大木が仏文民法草案との関係で[従来同案訳訂等二専ら担任致し候司法省民法草案編纂委員]とする。

同年12月判事登用試験委員、12月7日元老院民法委員第一会読:内閣委員熊野出席 民法起草及び各条の説明(月、水、金開催で10数条程度の審議)

明治20年に入っても続会。1月17日熊野出席、1月21日熊野出席、4月20日内閣より民法草案、ひとまず返上の達して、民法調査委員も解除:外務省法律取調委員会における法典編纂事業との関係で、一旦内閣に返上。

明治20年1月海軍主計学校教授嘱託、3月代言人試験委員、4月及び8月判事登用試験委員、11月法律取調報告委員

明治21年6月法学博士、7月代言人試験委員、12月判事登用試験委員、12月7日元老院民法委員第一会読:内閣委員熊野出席 民法起草及び各条の説明(月、水、金開催で10数条程度の審議)]

[[第四回]

〔略〕

第五 法律ハ事項ニ関シテ如何ナル適用ヲナスヤ

第六 法律ハ人ニ関シテ如何ナル適用ヲナスヤ

右ノ二事ハ同時ニ之ヲ説明シテ可ナリトス而シテ此事ハ民法第三條ニ記スル所ニシテ其適用頗ル廣ク大ニ緊要ノモノナリ之ヲ國際私法ト云フ今其大要ヲ述ヘンニ國際私法トハ自國ノ法ト外國法ト抵触スル場合ニ於テハ何レノ法律ヲ適用スヘキヤヲ決スルモノニシテ其詳細ハ民法講義ノ一朝能ク説明シ得ヘキニアラス民法ニ於テハ第三條ヲ以テ之ヲ知ルヘキナリ若シ諸國間交際ナキト恰モ日本ノ昨日ノ如キナリセハ此ノ点甚タ明瞭ナリト雖トモ其交際アルカ故ニ國際私法ノ問題起ルナリ即チ佛人ノ外國ニ行キ外人ノ佛國ニ來ルモノアリ二國何レノ法律ニ從フヘキヤ而シテ之ヲ一國ノ点ヨリ觀察スレハ即チ仏國法律ノ適用ノ及フ所如何トノ一ノ問題ニ歸ス抑モ諸國ノ法律ノ抵触スルハ實際頗ル多イ今一々其場合ヲ挙ケテ之ヲ説明スルヲ得ス今時歐洲諸國ニ於テハ稍ヤ一般即チ一致ニ向フノ傾キアルモ然レトモ尚其差異ノ存スル所著シキモノアリ蓋シ各國ノ事情ハ其進歩ノ度及ヒ風俗習慣ノ異ナルヨリ其法律ヲシテ多ク一致セシメンハ到底望ムヘキトアラサルヘシ而シテ其差異アルトキハ如何ニ之ヲ判決スヘキヤ即チ例ヘハ佛人ノ外國ニ於テ外人ト結ビシ契約ハ何レノ法律ニ從フヘキヤ又日本ニ於テ佛人ト佛人トノ為セル契約ハ如何歸國ノ後佛國ニ於テ訴訟ノ起リシトキハ如何等是等ノ問題ハ重ニ婚姻、遺囑、相続等ノ場合ニ起ルナリ而シテ又此ノ民法典ノ發布前ニ在テハ各地方法律ヲ異ニセシカ故ニ佛蘭西一國內ニ於テ法律ノ相抵触スルヲアリシ例ヘハ巴里ト馬耳塞ト其法律ヲ異ニセ

シカ如シ故ニ此問題ハ昔時ヨリ起生スル所ニシテ現時ハ各國概ネ一國內ノ法律ハ一定セリト雖トモ尚ホ独逸ノ如キハ昨日ニ至ルマテ聯邦内各法律ヲ異ニシ米國ニ於テハ今日尚ホ然リト云フ斯クノ如ク一國內ニ於ケル抵触ト二國間ノ抵触トハ其適用上同一ノ決定ヲ為ス能ハス何トナレハ一國ニハ必ス主權者アリテ其法律ノ抵触ヲ定ムルヲ裁判所ニ於テモ充分之ヲ為スヲ得ヘシ故ニ昔時ハ國王ヨリ之ヲ定メタリ然ルニ諸國間ノ抵触ニ付テハ兩國共ニ主權者ナルヲ以テ孰レモ之ヲ規定スル能ハサルノミナラス國權上一國ハ外國ノ法律ヲ自國ニ適用スルヲ得サルナリ此故ニ此問題ヲ決スルニ付テモ又一層ノ困難アリ然レトモ要スルニ兩國主權ノ限界如何を定ムルニアラサレハ得テ之ヲ解決スヘカラサルナリ

佛國ニ於テ法典ヲ編纂セシ當時ニ在テハ國際上ハ問題少ナカラリシカ故ニ法律中其抵触ノ場合ニ於テ如何ニ之ヲ決スヘキヤヲ規定セルモノアラサリシ即チ佛國法典初メテ之ヲ定メタリ爾後千八百六十六年發布ノ伊太利民法ニ於テ此ノ点稍ヤ綿密ナリ此レ當時ノ伊國ノ議院中國際法上大ニ研究シタリキマンシニト云ヒシ人アルカ故ニ即チ多數ノ問題ヲ掲ケタルモノナリ

斯々種々ノ点ニ付キ各國法律ノ抵触スル場合ニ於テ之ヲ決定センニハ何レノ法律ヲ適用スヘキヤ往時ニ在テハ左ノ如ク之ヲ決シタリ即チ土地ニ関スル法律ニ付テハ其所有者ノ誰タルヲ問ハス財産所在地ノ法律ヲ適用シ、人ニ関スル法律ナルトキハ其本國ノ法律ヲ適用スヘシト然ルニ法律ニハ人ニ関セス又土地ニモ関セサルモノアリ此ノ場合ニ於テハ學者種々ノ說ヲ付シ常ニ之ヲ右ノ二者中ニ屬セシメタリ而シテ其方法漸ク行ハレ遂ニナボレオン（ゴート）ニ用ヒラル、ニ至レリ然トモ純粹ノ法律上ヨリ之ヲ論スレハ其レ其レ蓋シ不当ナリ何トナレハ法律中人ト土地

14) フランス民法典は、1791年憲法典第1章末尾の「王国全体に共通する民法典を作成する」旨の定めにもあるように、フランス人の民法典として統一法として制定されたものであり、革命の成果としてのフランス国民の「国民としての権利の章典」でもあった。従って、フランス法及び民法の適用を国民に保障するという観点から、国民の地位を定める国籍や、フランスの裁判を受ける権利を定める14条、15条、さらに渉外的事案にフランス法の適用されるべき場合を定めた第3条など、一方的な規定となっている。フランス民法典の編纂過程については、さしあたり、滝沢正『フランス法 第4版』（2013年）77頁以下参照。

ト何レニモ属セサルモノ少ナカラシテ此説ニ從フ  
トキハ之ヲ人又ハ土地ニ関スト云フニアラサレハ採  
用スルヲ得ス例ヘハ契約ニ関スル法律ノ如キ強テ二  
者中孰レニカ之ヲ属セシメサルヲ得サレハナリ

近時国際私法ヲ研究スル学者ノ説ニ依レハ曰ク一々  
法律ノ性質ヲ探求シ自然ニ其適用スヘキ法律ヲ発見  
スヘシト而シテ此規則ニ一ノ例外アリ即チ一国ノ公  
ケ秩序ニ反スル場合ニ於テハ外国法ヲ適用セスト此  
説ハ之ヲ一見スレハ甚タ明瞭ナルカ如キモ而モ之ヲ  
實際ニ施スニ当リテハ亦タ困難ナキ能ハス假令ハ一  
般ニ人ノ身分能力ニ関スルハ其本国ノ法律ニ從フ  
ヘキモノナリ然レニ今日本人ハ離婚ヲ為スノ權アリ  
然ラハ佛国ニ於テ其裁判所ニ離婚ヲ訴フルヲ得ルヤ  
離婚ハ佛国ニ於テハ其秩序ニ反スルモノナリ（今日  
ニ在リテハ佛国ニテモ離婚ヲ許セリ今ハ只挙例ナリ）  
此ノ如ク公ケノ秩序ナルモノハ国ヲ異ニスルト  
共ニ亦同シカラサルヲ以テ様ニ之ヲ設定スルヲ得  
ザルナリ

以上ハ総論ノ如キモノニシテ法律ノ抵触アリシトキ  
如何ニ之ヲ決スヘキヤハ国際私法上大ニ論究スヘキ  
ナリト雖トモ民法ニ於テハ已ニ其明條アルカ故ニ  
今敢テ之ヲ説明セス向後佛法ニ就テ論スル所アラン  
佛法ニ就テ之ヲ知ランニハ法律ヲ二箇ニ又区別スル  
ヲ要ス即チ土地ニ從フモノ人ニ從フモノ是レナリ土  
地ニ從フ法律ハ佛国ニ居住スルモノハ其内国人ナル  
ト外国人ナルトヲ問ハス凡テ之ヲ支配スル性質ノモ  
ノニシテ外人ニ適用スルニ付テハ相互ノ主義ニ從ヒ  
反対ノ適用ヲ為スアリ蓋シ主權ナルモノハ其自國  
内ニ於テハ充分行ハルヘキモノナリトス人ニ從フ法  
律ハ如何蓋シ佛人ニ適用スヘキモノナレハ其内地ニ  
在ルト外国ニ行クトニ拘ラス總テ服從セサルヘカラ  
サルモノナリ蓋シ其土地ニ主權アル故ニ因ルニアラ  
ス人種ノ異ナルカ為メ又氣候習慣等ノ差異アルニ依

リ本国法律ニ從フモノトス而シテマタ相互ノ主義ニ  
依リ外国法ヲ適用スルヲアリ

土地ニ從フ法ニ三種アリ左ノ如シ

第一 警察及安寧ニ関スル法律

第二 不動産ニ関スル法律

第三 法律上ノ所為ノ方式ヲ定メル法律

人ニ從ス法ニ二種アリ左ノ如シ

第一 人の身分能力ニ関スル法律

第二 契約義務ニ関スル法律 ナリトス<sup>15)</sup>」

江藤新平による民法典編纂は、フランス民法典の  
直移入とでもいうべき様相を呈していたが、それは  
維新後の①領域の確立〔対内的、対外的〕、②国民  
の確立、③統治体制の確立〔対内的、対外的〕とい  
う、大きな課題のうち、②の国民の確立に係る部分  
であって、市民の地位の法的確立という点でフラン  
ス民法典がモデルとされたのであろう。そのフラン  
ス民法典は、フランス法の対外的効力という観点か  
ら、第3条において一方的抵触規定を置いている。  
明治時代の前半は、国内統一法、特に私法の整備が  
いまだなされていなかったためであるから、法の効  
力を一方的に捉えても全く意味がない。そこで、熊  
野はフランス民法前加編〔当時、法律学校では講義  
すべき国内私法が存在しない。代言人試験において  
も外国私法が試験科目とされていた〕を講義するとい  
う形で、国法の効力一般を講じたのである。熊野は  
ほかに国際法の講義も行っているが、ここでは、こ  
の法の効力は論じられていない。また、法の対外的  
効力の問題については、フランス民法第3条は甚だ  
不完全であり、イタリア民法ほかを参照することと  
なるのである。

2. 次に日本における、独立法典として最初の国際  
私法制定ともいうべき、いわゆる旧法例を準備した、

15) 熊野敏三のこの講義録は、その経緯は明らかではないが後に講法会から『佛国民法前加巻講義』として出版されたものの原本となつたものと思われる。その該当部分を附録2.としてあげておくので参照されたい。江藤新平は、維新後の国民の確立という観点から、フランス民法典に着目し、それを民法典編纂において移入することを試みたのは周知の通りである。なお、フランス民法前加編第3条は、フランス民法の効力という観点から、警察及び安寧に関する法律の屬地的効力、フランスに所在する不動産及びフランス人の身分及び能力に関するフランス法の適用という、法規分類学派以上の概括的かつ一方的規定のみを定めている。

民法草案人事編理由書中の「法例」がある。熊野敏三が起草した民法草案人事編理由書<sup>16)</sup>は、内外法律抵触に関する規定について次のように述べる。

「民法草案人事編理由書 19頁

第三 内外法律ノ抵触第七条乃至二十条

(理由) 諸国互ニ孤立シ他国ト交際セサルコト我国開港以前ノ如クナラシニハ各国人民ニ適用ス可キ法律ノ区別ヲナスハ極メテ簡單ナル可シ即チ一国ノ法

律ハ其国内ニ於テ国人ニ適用ス可クシテ他国ノ地及ヒ他国人ニ之ヲ適用スルノ必要ナカラシ然レトモ諸国ハ互ニ交通シ彼我ノ関係ヲ有スレハ一国ノ法律ハ如何ナル場合ニ於テ之ヲ居留ノ外国人ニ適用シ又如何ナル場合ニ於テ之ヲ外国居留ノ自国人ニ適用ス可キヤノ問題ヲ生ス可シ此二問題ノ中第一問ハ治外法権撤去ノ暁ニ非サレハ起ル可カラスト雖モ新法ハ国権回復ノ日ニ頒布アル可キモノナレハ予シメ之ヲ規定セサル可ラス

16) 『民法草案人事編理由書上巻』(『明治文化資料叢書第三巻法律篇上』) によった。法律取調報告委員熊野敏三起稿とされており、実際に熊野により起草されたものと思われる。もっとも、民法草案の起草者が誰であったかについては、川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』(昭和42年)23頁は、ボアソナードであり、熊野ではないとしているが、少なくとも理由書が熊野により書かれたことまでは否定していない。なお、ボアソナードが超国家的法規を起草するにうってつけであるのに対して、熊野が「国際私法にはさして関心をもっていなかったと思われるふしがある。また、人事篇の起草に多忙をきわめ、時間的にみて国際私法のような複雑な法規を短期間の間に起草する余裕を持ち合わせていなかったと考えなければならない。熊野敏三は明法寮第一回卒業生の一人であり、同窓の友人岸本辰雄が校長となった明治法律学校の経営に教頭として参画し、同校で国際法の講義は担当したが、(明治一五年以降)国際私法講義は担当しておらず、国際私法については何らの研究論文も発表していない。このことからみて彼は国際私法にはさして関心をもっていなかったと考えざるを得ないのである。加うるに熊野は普通の公務のほかに、人事編の起草というような大きな仕事をかかえているのであって、一〇カ月に足りない短時間のあいだに精密な思索を必要とする国際私法規定を立案する能力をもちあわせていたとは到底考えられないからである。さいどに、穂積陳重が「法例理由」なる文書中に、法例に関するボアソナードの原案がある旨述べていることを指摘しておかなければならない。」「ボアソナードが法例草案を起草したとして、それでは民法草案人事編理由書中に掲げられている規定が彼の起草したものであると解すべきであろうか。私は肯定すべきだと考える。もっとも、法例草案に当たる部分の理由書を書いた起稿者熊野は、ボアソナードの立案した草案原案をボアソナードから伝授され、これを法令報告委員か組合の会議にかけて、最終的に決定したうえ、それを理由書に載せたのであろうと考える。けだし、法律取調委員会において作成される法律案はすべて報告委員の組合の会議で定められることになっていたからである。」とされており、周到な推察ではあろうと思うが、日時の誤りはおくとし、2点を指摘しておきたい。1点は、熊野は、前述のように、明治法律学校で明治20年10月6日を第1回とする「佛國民法前加巻講義」(博士熊野敏三先生口述中村清七郎執筆。明治28年? [国会図書館による])には、講法会から出版もされているが、内容の異同については未検討)が残されており、その中で当然国際私法についても講じている点である。第2に、穂積陳重の指摘する「ボアソナードの原案」が未だ確認されていないことである。当時のやり方としてはボアソナードが原案を示し(委員会ではボアソナード案の翻訳掛であったことは事実)、それをもとに法例を起草したことは大いに考えられるが、日本側が全く関与しないことは考えられず、人材の点からみて、熊野が担当して草案を起草したこともありうる。今後尚検討を要する。また、熊野敏三は、明治16年7月パリ大学で法学博士となり、帰朝しており、当時からの経歴及び民法編纂との関係は前注13)参照。なお、佐々木隆『『大木喬任関係文書』所収 司法・検察関係者書簡翻刻・参考書誌研究66号(2007年)46頁所掲の大木宛在伯林三好退蔵書簡を引用しておく。

⑨241-11 明治15年6月7日

明治15年5月16日伊藤参議とともに伯林着

熊野敏三の議

5月27日パリから伯林へ呼ぶが、ドイツ語が分からないので当地では役に立たないので、伊藤参議と稟議の上フランスへ帰すこととした。2月には満期帰朝の予定であったが、学科試験は済んでいるがまだドクトルにはなっていない由。本年半ばくらいまでは伯林にとどまり、仏蘭西へ行くのは何時になるか不明。従って熊野を仏京に留め置くのは不要ではないか。自分の取調の補助のためにフランスにとどめ置くよりは、帰朝させた方がよい。それも不都合ならほかの留学生も居るので熊野の帰朝を進言する。「右の如く熊野生江は帰朝命せられ候方可然と云ふ所以は、當に小官が仏蘭西に赴くの日未定なるを以無益の在留なりと思ふのみならず、親く其人に接し親く其語を聞き、十数日の間起臥を同ふして其挙動を視察するに、甚た信を置き難きも有之候間、一日も早く御返返し相成り、親く御試用相成候方万全ならんと存候。」

追伸に「熊野は来月試験を受け候様可致旨説論仕置候、11月でないと試験は受けられない旨本人より申出があったので、前述のように申しつけた次第である。

注：封筒なし。熊野は明治16年7月帰朝、明治32年10月26日没。

明治14年11月7日：9月で留学期間が満期となるが、11月まで滞留を認める。帰朝延期

明治15年5月2日：14年12月より16年5月まで在留を認める。

帰朝は明治16年10月14日

仏民法ハ此事項ニ関シ三箇ノ規則ヲ設ケタリ第一人ノ身分能力ニ関スル仏民法ハ外国ニ在リト雖モ仏国人ヲ支配ス所謂管人法是レナリ第二仏民法ハ外国人ノ所持スルモノト雖モ不動産ヲ支配ス所謂管地法是レナリ第三警察及ヒ安寧ノ仏民法ハ凡て仏国ノ地ニ居住スル者ヲ支配ス是レ又内外人ニ適用スルヲ以テ管地法トス

仏民法編纂ノ時代ニ在テハ内外ノ關係甚タ稀少ナリシヲ以テ此問題左迄ニ重要ナラサリキ且ツ帝國ノ戦國及ヒ大陸封鎖ノ中ニ在テハ諸國交通ノ便宜ヨリ一日生スルコトアルヘキ關係ヲ想像スルヲ得サリシナラン是ヲ以テ単簡ナル一箇条ヲ以テ古來伝習ノ規則ヲ記載スルニ止マリ不完全ノ誹リヲ免レサルナリ

今日ハ諸國ノ交通大ニ頻繁ニ趣キ此問題益々緊要ト為リ諸國ノ學者大ニ研究スル所アリテ新一科學ヲナスニ至レリ之ヲ稱シテ國際私法ト云フ此点ニ付完全ノ規則ヲ法律ニ記載シタルハ伊民法ヲ以テ嚆矢トス蓋シ此法典ハ最近ノ法律ニ係リ且ツ當時伊國ノ議院ニハ特ニ此學ヲ研究シタル法學者アリタレハナリ白耳義新案ハ更ニ一歩ヲ進メ内外法律ノ抵触ニ関シ詳細ノ規則ヲ設ク故ニ草案ハ之ヲ以テ専ラ模範ト為シタリ」

熊野敏三自身が明治法律学校で、明治20年10月6日から始める「佛民法前加卷講義」を行っているが、法律の効力については、以下のように述べている。

「以上ハ國際私法ノ総論ニシテ其概略ヲ示シタルノミ之ヲ斯ニ小論スルヲ得サルナリ以下ハ國際私法ヲ措キ佛民法ニ於テハ如何ニ法律抵触ノ問題ヲ規定シタルヤヲ論セン只其國際私法ノ天則ニ違背シタル處ハ時ニ之ヲ摘示スルヲアルヘシ」

以上のように、国法の効力としては、まずその主権の効力として、属地的効力が指定され、その領域内におけるすべての事実はそれに拘束されることが

認められる。従って、その領域内における外国人も国法に拘束される。他方、いわゆる属人的効力も認められるが、外国にある自国民に対する法の効力は一般に制限されている。しかしながら、法例の制定に見られるように、このような法の効力論からの立論は、必ずしも國際私法の独立性を否定するものではない。例えば、明治時代の國際法學者は國際私法を取り扱うことが少なくなかったが、寺尾亨、織田万、立作太郎も「國際私法」と題する著作あるいは講義を行っている。もっとも、寺尾<sup>17)</sup>は國際私法を否定する立場を「一国ノ裁判所カ普通ノ内国法ヲ適用スルニ方リ之ヲ内国ニ在ル外国人ニ適用スルヲ得ルヤ否ヤ又外国ニ在ル自國臣民ニ適用スルヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ惹起スルニ過キス故ニ世ノ所謂國際私法ナルモノハ内国法ノ適用問題ニ外ナラス蓋シ法律ノ國際的ナルニアラスシテ之カ適用ヲ受クヘキ法律行為ノ國際的ナルニ外ナラサルナリト 此種ノ議論ハ從來専ラ英米學者間ニ行ハレ今日ニ於テモ或ハ猶ホ之ヲ唱道スル者ナキニアラサレトモ一般學者ノ排斥スル所ト為リ國際私法ノ存在ハ殆ネト何人モ争ハサルニ至レリ」と紹介した上で、内国私法の適用に当たり、解決すべき二種の予備問題があり、第1に「一国ノ法律は他國ノ境域内ニ於テ之カ適用ヲ受クルヲ得ルカ」、第2に適用が可能であるとして「如何ナル程度マテ其國ノ主權遵攪ノ原則ト相容ルルヤ」である、つまり、外国法を適用するとその国の主権を害さないか、また、内国の安寧秩序の法律と抵触しないかが問題となり、「此等ハ一ニ國家主權ノ行動如何ニ関シ單純ナル普通私法ノ問題ニアラスシテ所謂國際法上ノ問題タリ故ニ這般ノ問題ハ國際上ノ慣例條約其他國際法ノ原則ニ照シテ決セラルヘカラス是レ國際私法ノ必要ナル所以ニシテ其存在亦疑フヘカラサル所ナリ一千八百七十四年ジュネーヴノ會合ニ於テ國際法高等學會カ左ノ議案ニ就テ國際法上重要ナル四箇條ノ議決ヲ為セシモ亦タ以テ其存在ノ証左ト為スニ足ルヘシ曰ク「國際法高等學會ハ

17) 寺尾亨「國際私法」7頁以下。

各国民法ノ抵触ニ関シ一様ノ決定ヲ為ス為メ條約ヲ以テ國際私法上ノ規則ヲ定メ各国ヲシテ之ニ遵由セシムルコトノ有益ナルヲ認ム」ト」。

〔下線は筆者による〕

## 4 現代国際法の展開

19世紀国際法からの発展として現代国際法が考えられるが、以下の論述を見よう<sup>18)</sup>。

「その普遍化の条件

一九世紀後半以降、トルコ、中国、日本など、非西欧・非キリスト教諸国は、西欧諸国と個別条約を締結して、国際社会に参入したが、一般国際法の全面的な適用を受けられず、その異質な文明形態と未熟な国内体制を理由に「不完全主権国」として扱われ、国際法上、多くの不平等制度 (capitulation) を強いられた。たとえば、外国人の違法行為については、その本国法に従って領事裁判に付すること (一八五五・安政元年〔大陰暦。以下同じ〕「日露通好条約」八条、一八五六・安政二年「日蘭和親条約」二条、一八五七・安政四年「日米条約」四条、一八五八・安政五年「日米修好通商条約」六条) とか、関税率の不均衡 (一八六四・元治元年「日仏パリ約定」三条、一八六六・慶応二年「日・英仏米蘭間改税約書」) である。

これら非西欧諸国が不平等条約の改正を達成し完全主権国の地位を取得する (明治三二年、わが国の条約改正) には、その国内体制を近代国際社会の同質文明に適應した水準にまで整備すること (明治初年以降のわが国の文明開化) が、条件とされた [引用は省略・筆者]。また、母国から独立を取得した米州大陸の諸国も、近代国際法の原則の全面的な受容によって、国際社会での完全な資格をみとめられた。重要な多数国間国際会議 (一八九九年国際紛争平和処理第一回ヘーグ会議、一九〇七年同第二回

ヘーグ会議など) に非西欧・非キリスト教諸国が平等に参加し、国際社会の普遍化が達成されたのも、これら諸国による同質文明への適應が前提となっていたのである (Verdross-Simma, 41-42)。

### 10 現代国際社会の法構造 機能別分化

今日では、複数国に共通する専門的な利害関係・行政事項ごとに、多数国間条約に基づいて多くの国際制度 (常設機関を具えた政府間国際組織のほか、定期国際会議) が設立され、締約国相互の間で各分野別に国際社会が形成されるようになった。今日の国際社会は、「国際利益共同社会」 (international Community) という名称の示すとおり、これまでの国際関係の歴史の所産であった単一・同質性に代わり、専門技術上の利害関係の一致を基準に、機能別に分化 (functional differentiation) し多元化している。それは、国内体制の異質性 (複数・異種の文明形態の共存) を当然の前提としながら、個別事項について多数国間の連携・協力を進めるのに最も適合した形態である。

国際社会の機能別分化を進める要因は、複数国の領域・管轄を超えて多面的に形成される「利益共同関係」 (a community of interest) の存在である。」 (24-25頁)

そして主権国家は、次のような基本的権能を有する。

「その組織化・客観化 (209頁)

伝統的国際法のもとでは、国家の基本的義務は、信義誠実に基づく国際法の履行と、他国の主権事項に対する干渉の禁止を中心に構成された。当時の国際社会がなお未組織化の段階にあったことを反映して、国際法上の作為・不作為義務の内容は相互主義的、自律的であり、国家の権利もその政治的独立から推論される広漠とした内容であった。これに対して今日の国際法は、国際社会の一般利益を実現し確保するため国家の普遍的義務を定め、これに対応

18) 以下、山本・前掲書24頁以下からの引用。

して国家の基本権能の組織化・客観化を進めている。とくに、国家の個別・具体的な作為・不作為義務の内容をいっそう詳細に規定し分類するほか、国連をはじめ多数国間国際機構の加盟国としての地位・責任が、一般国際法規範として優越するようになったからである（Verdross-Simma, 229-256）。

たとえば、「友好関係原則官一言」（一九七〇・一〇・二四、二五回国連総会決議二六二五号）は、国連憲章の目的・原則（一条・二条）を発展・拡充させるため、国連での実行の集積に基づいて国家の基本権能の転換を方向づける指針である。同宣言によれば、武力の行使・威嚇の禁止、国際紛争の平和的解決、国内問題不干渉、相互協力、人民の同権・自決、主権平等、憲章義務の誠実履行など、そこに列挙された諸原則は、「国際法の基本原則」を構成する。したがってこれらの原則は、国家の基本的な義務と対応させて基本権能を定めており、その厳格な遵守が、国連加盟国に限らずすべての国の国際的行動と相互関係にとって準則になる、とされている（一般的部分Ⅲ）。〔以下略〕

以上のような国際法のもとで、国法の効力はいかにして規定されるか。まず、それは国法の根拠である統治権＝主権に由来するが、そもそも国際法との関係はどうなるか。主権内在説もあるが、対外関係が問題となる限りにおいて、（一方でその行使について、国際法が設ける制限の範囲では各主権にその根拠を見出す見解はあるが）「法の一般原則」に起源をもつ国際法によって基礎づけられている（杉原高嶺『国際法』248-249頁<sup>18a)</sup>。そうすると、各国の立法権の根拠原則としては、属地主義、属人主義、保護主義、普遍主義などが認められるが、民法のような国法については、属地主義、属人主義が一応認められることとなろう。

しかしながら、周知のように、現代国際私法はもはや国際法の一部とはされておらず、それとは独立の一分野、しかも国法の一部という位置づけを有している。それは、国家主権の一作用としての立法権、その産物である法の効力に着目するのではなく、涉外事案の規律をするための規範が何かを定めることをその主たる機能とするよう法的構成されており、さらに、国法の一部である国際私法は、民法と同様に国際法の直接の規律対象とはならなくなったといえるであろう。その意味での抵触法からまさに涉外私法関係の法的規律という意味での国際私法への機能変化、19世紀後半に生じた動きの延長線上にあるものといえよう。

このような国際私法の位置づけの変化と共に、それに応じて国際法の中でも機能変化が認められる。それは地球を網の目のように埋め尽くす近代主権国家体制の確立とともに皮肉にも始まった、人類の「生活習慣病」ともなりうべきグローバル化に対応する動きである。すなわち、一方では、従来は「例外的事象」であった主権国家単位では処理できない「涉外事案」の多発、一般化であり、主権国家がその領域内の事象（純内国的事案）に対処することに腐心できた時代はもはや終わったのであり、領域外の事象、あるいは領域外と関連性を有する事象に対しても国家が対応を迫られる場面が日常的となったことである。すなわち、一方で、純粹の国内事象よりもいわゆる涉外事象（国家領域外と関連する事象）<sup>19)</sup>が日常的となり、それは対処を期待される国家の方でもこれまで意識的に対処してこなかった国内における涉外事象への対応を積極的に推進する必要が生じるとともに、国家外とも関わって展開する事象やいわゆる国際公共空間の出現に伴い、（外交関係として処理できるものではなく）それらに対応する必要が生じている。このような要請に応じて国際法に

18a) もっとも、国際法がこのような普遍性を「万国の共通の法」に求めるのが妥当かは問題であろう。各国立法権の根拠はあっても、その効力は国内に限られ、他国まで及ぼすことを、他国が承認するかどうかは別問題である。

19) 領域内での事象か、領域外での事象かの区別が困難な事例が増え、全く領域外と関係を持たない生活関係が想定されにくくなっている。国際私法においても、主観的涉外性の問題が生じる。

においても、国家主権のあり方と、国際公共空間への対処、領域外への国家主権の行使のあり方で様々な動きが見られている。しかしこれらは伝統的国際法（完全主権国家体制を前提とする）には、整備されてこなかった問題であり、又、従って慣習法も当然のことながら十分に存在しなかったものである。従って、主題に即して、国際法固有の分野というより、国家主権のありかたを規律する、国家管轄権<sup>20)</sup>に絞ってこのような動きを見ておこう。つまり新たに現れた涉外事案に如何に対処するか的发展がみられるかである。

そこで現代における、主権の一部である立法管轄権の及ぶ範囲について、みておこう。

山本草二『国際法〔新版〕』（2004）232頁

#### 「国家管轄権の適用基準

**場所的基準** 国家管轄権の適用は伝統的に、国家領域とそれ以外の国際公域に二分され、それぞれ別個の基準により国際法上の制限に服して行われてきた。すなわち、国家領域（領土・領海・領空）では、領域主権に基づいて、国際法上特別の制限のない限り、領域国の国家管轄権が排他的かつ包括的に適用され、またその利用・開発・取得の方式が決定された。他方、国際公域（公海その他の「国家管轄権外の地域・空間」）では、特定国の領域主権（領有、専用その他の属地的な管轄権の設定）が禁止され、国籍・登録などに基づく各国の属人的な管轄権（旗国管轄権）を並行的に行使して、その利用・開発の自由を確保したのである。

(ア) 第一に、国家が内外人の別なく他国の介入を排

除して管轄権を行使できるのは、原則としてその領域（軍艦、軍用航空機もこれに準ずる）に対してだけである。いいかえれば、国際慣習法または条約に基づく別段の許容法規のない限り、国家は国際法上の主要な義務として他国の領域での権力行使（強制管轄権）をすべて禁止されるのであり（前記21「ローチュス号事件」常設国際司法裁判決。C. P.J. I. série A, n.10, 18-19）、その意味で管轄権は属地的なものの一応、推定される。

(イ) しかし、このように国家管轄権の属地性の優位が一応推定されるとはいえ、国家はつねにその管轄権の適用を自国の領域に限定すべき理由はない。むしろ国家は、その鎖域外に在る人、財産または行為についても、その国内法令と管轄権の適用の対象となしうる広汎な自由をもつのであり（ただし、その現実の行使は自国領域内に限られる）、このような立法管轄権についての裁量は、国際法上特段の禁止法規のある場合に限り制限される（同「ローチュス号事件」判決、山本・国際刑事法六一-六六）。

**事項的基準** 各国は、国際公域での自国民の行為のほか、その域外で外国人が実行した行為についても、国際法上禁止されていないと判断する範囲で、自由にその国内法令と管轄権の適用対象としてきた。犯罪の取締り、企業結合など制限的貿易慣行の禁止、経済制裁への向調要請など、管轄権の域外適用（extraterritorial application of jurisdiction）をめぐる最近の事例も、こうした伝統的な区分を前提として行われている（山本「国家管轄権の域外適用」ジュリ七八一号〔一九八三〕一九六-二〇二、同「国際行政法」現代行政法大系一卷三三八-三五三）。そ

20) 村瀬信也・奥脇直也編『国家管轄権—国際法と国内法—』

奥脇直也第1節国家管轄権概念の形成と変容

諸国民相互間の社会に関わるもの（民族をこえる共通の正義）としての諸国民の法から、専ら主権国家相互の関係を規律する法としての国際法への発展と共に、国内統治は国家の専属的かつ排他的管轄事項とされ、国家の対内主権が重要となる。領域主権の問題である。『領域は重商主義的な意味での国家の財産であると同時に、国境線は国家の独立性・自主性にもとづく国内法上の管轄権が排他的に行使される範囲を空間的に画定する境界としての意義を持つに至る。国家管轄権の行使が領域内にとどまる限りにおいて、国家管轄権の衝突の可能性は最小限にとどめられ、それゆえ国際紛争の発生も一般に抑制される。こうして主権国家相互の関係を規律する法としての国際法のなかに、領域の「所有権的支配」(dominium)の観念は、属地性原理が及ばない事項について、国家管轄権の行使を正当化する補完的な原理にとどめられる。』

の結果、今日ますます同一事項について複数の国家管轄権の適用が競合する事例が増大している。その場合にいずれの国の管轄権が優位するかの決定にさいしては、必ずしもつねに領域国の属地的管轄権に有利な推定が与えられるわけではなく、各関係国と対象事項との間の「実質的かつ真正の連関」の存在の有無とか、各国の正当利益の比較衡量など国際法上の基準によるのである（Verdross-Simma, 502-507, 564-565；Brownlie, 298-299）。]

そして、国家管轄権の適用基準として、伝統的な属地主義のみならず、効果主義、保護主義、普遍主義などが挙げられており、事項により広い国家管轄権、従って、国家の裁量による広い立法管轄権の行使が認められていること、強制管轄権の国際的な競合が生じていること、が分かる。特に立法管轄権の競合については、民事法関係の国外行為を対象とする立法管轄権については、「原則として国際法上の制限はないものと解され、国家実行にも一致する」とされている。

翻って、国家領域内における規制権能については、以下のように述べられている。」(232頁)

#### 「国家領域内での規制権能

各国は、国家領域と属地約に連結（入国、到達、所在など）するすべての人・財物または事実関係について、原則として内外人の別なく規制する機能をもつ。

(ア) 国家は、この種の属地的な連結関係の存在がみとめられる限り一切の事項について包括的に、その国家領域で法規範の設定・適用・執行に関する国家管轄権をもつ。これらの属地的な規制権能は、領域主権の包括性の現れであり、その限りでは空間・権能説が妥当する。

(イ) さらにこれらの規制権能は、属人的な国家管轄権の場合とは異なり、国家領域を基盤として行使される点で、最も実効性をもつものであり、その優越性・排他性が一応推定される。領域国は、原則として、その国家領域で他国の国家管轄権の競合的な

適用と行使に抗議しこれを排除する権利をもち、領土保全、国内問題不干渉、国家管轄権における属地主義の原則的な優位性などをめぐる関係国の権利義務は、その端的な現れである。ここでは客体説が妥当する。もっとも、国家領域内での規制機能は、必ずしもつねに排他的・絶対的なものではない。たとえば、国家免除、特権免除、外国船舶の通航権・船内規律事項など、一般国際法上、特定の範囲で他国の国家管轄権の適用を受忍すべき場合があり、その排他性に例外がみとめられているからである。」(271頁)

現代国際法は、平等な主権国家を主体として成立しており、各国は、その主権に基づき、その立法権を行使している。そして、民事関係に限れば、国際社会におけるその法源としては、条約を除けば、各国の国家法のみが存在しているというのが現状である。国際法上の立法管轄権に対する制約は、この分野では殆どなく、各国法はその主権の及ぶ限りにおいて、立法し、かつその法を適用することができる（但し、その拘束力は自国内に限られる）。その意味では、国内における民事法の効力は、各国にとってはその認められた領土主権とか、対人主権により、その領域内はもちろんのこと、領域外においてもその効力を及ぼすことが大幅に許されている。それをみれば、特定の事案について、各国法の衝突が生じるようにも考えられよう。冒頭に挙げた民法の例は、そのように、説明できるであろう。しかし、例えば、各国民法は、自国主権によりその効力を付与されているが、たとえばその域外効であっても、その適用は国内に限られるのであって、他国にその適用を強制できるわけではない。また他方、国内においても、特にいわゆる渉外的事案を各国民法が規律することを予定しているかは、解釈論によって初めて解決することが多いと思われる。その意味で主権の衝突はないうえに、内国民法が強行的に適用されて、そもそも外国法の適用の余地がない場合もありうる。いわゆる true conflict と false conflict の区別という、

別の文脈で指摘されたことは、示唆に富む指摘であると思われる。

かつて山田三良『国際私法』（昭和5年）11頁以下は次のように述べている。

「今一国の裁判所が上述の如き外国的要素を有する法律関係即ち渉外的法律関係を判定するに當つては先決問題として内外何れの法律に依りて之を裁判すべきかを決定しなければならぬ。何となれば諸国の民法商法は唯権利義務の準則を規定するのみであつて、如何なる権利義務に其の規定を適用すべきかを明言しないのを以て例とするから、渉外的法律関係に就ても尚之を適用すべきや否やは法典自体に於ては不明であるからである。併し立法の精神より謂へば一定の規定は内国に在る外国人に対して之を適用することを豫想しないと同時に、或る規定は外国人に在る内国人に對しても尚之を適用することを目的とするものであると解釈せねばならぬものも少なくない。例へば民法の婚姻年齢に関する規定の如きは唯其国民に對して一定の制限を設くることを目的とするのみであつて、世界各国の人類のために結婚年齢を一定せんことを期するもので無いことは明らかである。従つて斯る規定は内国に在る外国人に對して之を適用するの必要が無いと同時に、外国に在る内国人に對しては尚之を適用すべき必要あることを認めなければならぬ。外国の法律も亦之と同様であつて其立法の精神より言へば或る法律関係に就ては其の国民に對しても尚之を適用すべきことを目的とすること猶我が民法と異なるところがないのである。

然るに法律當然の効力より言ふときは一国の法律は唯其領土内に於て拘束力を有するのみであつて、他国の領土内に於ては何等の拘束力をも有せないものであるから、何れの国に於ても内国に在る外国人が其本国の法律依つて當然拘束せらるべきことを認むることの出来ないのは言ふ迄もない事である。元來法律の効力と其規律せんとする目的とが斯の如く其

範圍を異にし、時としては相容れざる性質を有する所以は素と法律の根本たる国家の主權に二個の相異なる方面あるが為である。即ち国家の主權は通常之を領土と臣民との二方面より觀察して其の領土内に於ける最高の權力たる點に於て之を領土主權と云ひ、其領土内に於ては他国の權力を排斥し得べきことを認むると同時に、其國民に對して權力を及ぼし得べき點に於て之を臣民主權と云ひ、一国の臣民は外国に在る場合に於ても尚其の本国の主權に従ふべき義務を有することを認むるのである。従つて一国の領土主權は其國に滞在する外国人に對する本国の臣民主權と相抵触すべき性質を有するのである。然るに現行の国際私法は此の二方面の限界を規律すべき明確なる法則を有たないのであるから、二者相抵触するときは国際紛争處理が法に依つて之を解決するの外は無いのであるが、一国の臣民主權は他国の領土内に於ては唯其の領土主權に抵触せざる範圍内に於て其効力を及ぼすことを得るに過ぎないとするのが通説である。

国家の主權は上述の如き二方面を有するが故に一国の法律は外国に滞在する内国人に對しても尚其の効力を及ぼし得べきことを規定し得べきも、斯る目的は唯其法律關係が内国裁判所の管轄に属する場合に於てのみ之を実現し得るに過ぎないのであつて、外国裁判所の管轄に属する限りは其の国の法律に依りて本国法律の適用を認めらるゝにあらんずば其の目的を達すことを得ざるものである。元來国家は互に外国法律の適用を認容し外国立法の目的を達成せしむべき何らの国際法上の義務を有せざることは素より論を俟たないのである。然るに各国立法の精神は皆前述の如く或る法律關係に就ては内国に在る外国人に對して必ずしも内国法を適用すべき必要なことを認むると同時に外国に在る内国人に尚内国法を適用すべき必要あることを認むるのであるから、内外人間の交通往來の自由と安全とを保護する必要上より言へば、各国立法者は其領土主權に抵触せざる限りは互い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ないのである。国際私法は此の必要より出たる法律であって渉外的法律関係に就て内国私法の適用せらるべき区域を明かにすると同時に、外国私法の内国に於ける適用区域を明かにすることを目的とするものである。而して渉外的法律関係は畢竟国際私法的法則の対象たり其の存在の前提条件たるに外ならないのであるから之を定義より除外して簡単に

国際私法とは内外私法の適用区域を定むる法則の總體を謂ふ

と定義することが適当であらうと信ずる。左に之を分析してその異議を闡明することとする。」

以上の国際私法の定義はなお、主権の及ぶ範囲からの説明であり、なお一般的な立法の精神から立論しているが、民法の各規定の解釈問題として、それがいわゆる渉外事案を対象としているか、言い換えれば、渉外事案に適用しうるかの確定は是非とも必要な作業であろう。その意味で国法としての国際私法と民法はその効力において同格である。

溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』

13頁「一国の実質私法は、本来その国内的私法関係のみを規律の対象とするものであり、国際的私法関係は規律の対象とはしないものである。しかし、国際的私法関係を法的規律の外におくと国際的私法交通の円滑と安全の見地から不都合を生じるので、国際私法を設けて、国際的私法関係について、ある場合は内国実質私法を、ある場合は外国実質私法を適用してこれを規律することにしているのである。したがって、同じく内国実質私法が適用される場合であっても、それが国内的私法関係に適用される場合と国際的私法関係に適用される場合とではその根拠を異にする。すなわち、国内的私法関係に適用される場合は、その本来の効力に基づいて適用されるのであるが、国際的私法関係に適用される場合は、国際私法により適用の根拠を与えられることによって適用されるのである。なぜなら、内国実質私法は、

本来国内的私法関係のみを規律の対象とするものであるので、それが国際的私法関係に適用されるためには、特別の法的根拠が必要とされるからである。かくて、国際私法は、国際的私法関係について、内外の実質私法の適用範囲を定め、これに適用の根拠を与えるものである。以上のような理解である。』[13頁]

「いったい、一国の実質私法、例えば、わが民法が、それ自体ではその適用範囲がまったく不明であり、純然たる国内的私法関係さえ、国際私法の指定によらなければ、その適用範囲に入ることが確定せず、これに適用することをえないというようなことがいえるであろうか。たしかに、国際的私法関係、例えば、外国人の内国における私法関係や内国人の外国における私法関係が、内国民法の適用範囲に入るか否かについては、民法自体では不明であり国際私法のような別の法規により初めて決定されるというように考えられるかもしれない。しかし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は、民法それ自体のみでは不明であるなどということは、立法者の意図に全く反するものといわなければならない。むしろ、立法者の意図としては、国際私法のような法規がなければ、民法はわが国における一般法規として単にわが国内的私法関係に適用されるのみならず、わが国における外国人や、外国における日本人に関する私法関係についても適用されるべきものとされていると考える方が自然であろう。したがって、すくなくとも日本人の日本における私法関係のごときは、当然民法自体により本来その適用範囲に入るものとされていると考えられるのである。』[17-18頁]

「いったい、各国は、少なくとも私法に関する限り、自国の立法権の行動範囲について国際法上なんらの制限もうけない。したがって、各国は、自国私法の適用範囲をまったく自由に定めることができる。例えば、日本の立法者が、日本の民法の適用範囲について、日本における日本人に関する法律関係以外に、日本における外国人あるいは外国にいる日本人、極

端な場合には外国にいる外国人に関する関係についても日本民法の適用範囲に入ると定めたところで、これはなんら国際法に反するわけではない。しかし、他方、このような一国が主張する自国私法の適用範囲を他国が承認しなければならないという義務が、国際法上存在するわけではない。すなわち、各国は、自国における外国法の適用に関しては独自の立場において自由に決定することができる。例えば、わが国際私法は、一般に外国人の身分関係は当事者の本国法の適用範囲に属するものと定めているが（法例13条以下）、それは、外国人の本国が外国にいる自国民の身分関係を自国法の適剤範囲に属せしめると否にかかわらず定めているものである。それは、わが国の立法者が、身分に関する法律関係は当事者の本国法の適用範囲に属せしめ、本国法を適用することが、国際的私法交通の円滑と安全の見地から最も妥当であると考えたからにはかならないのである。このように、国際私法は、各国がそれぞれの立場から国際的私法関係に関し、自国における内外の私法の遊用範囲を定めた法律にすぎない。したがって、それは、国内法説のいうように、国内法の一つであるといわなければならない。」（22頁）

## ■ おわりに

ここにおいて、民法の効力は各国主権の作用として設定されるが（その意味では国際私法も同じである）、その具体的な内容において、一般的には、必ずしも涉外事案を対象としているとはいえないことが出発点としていえよう。そこで、我が民法について具体的に見てみよう<sup>21)</sup>。

- (1) まず、外国人に適用することを目的とする規定であるが、例えば、
- (i) 民法3条2項がある。

この規定は、明文で、わが国においては、外国人には常に適用されるべきことを定めるもの

で、私人がこの適用を外すことは出来ないものである。従って、ここに、何らかの準拠法を決定する必要は無い。

- (ii) 民法22条 わが国における住所の存否については、内外人を問わず、必ず適用される。ただし、条約や抵触規定でその準拠法が定められている場合にはそれに従うほかない。
- (iii) 民法35条、36条、37条 この規定は外国法人について必ず適用されなければならない。従って、準拠法を考える必要が無い。また、準拠法が日本法以外の時でも適用されなければならない、この問題についてそもそも準拠法を決定する必要がない。その従属法がこの規定を回避することは許されない。
- (iv) 民法402条3項、403条 これらの規定も、外国通貨に関わる部分は、準拠法が何であれ、当然に適用されることを予定している。
- (v) 民法741条、801条、984条 これらは、在外の日本人に適用されるものであるが、現地がこれらを認めるとは限らないので、その意味では準拠法を考える必要がありうる。

以上の諸規定は、涉外事案を規律するために定立されており、それが強行法である限り、外国法と競合するかないかとは全く関係なく、我が国状においては、我が司法・行政機関によって必ず適用されるべきものであり、国際私法の介入を要しない。

- (2) 国内における外国人には適用がないもの

- (i) 民法4条 岡松参太郎『訂正拾貳版 註釈民法理由 総則編』（明治29年）24頁「本法は我邦古来ノ慣例二則リ二十歳ヲ以テ成年トス〔人三〕・人事編」と述べているが、成年年齢の改正に際しても外国人への適用は視野に入っておらず、およそ立法事実上外国人の場合には入っていない。それに対して少年法2条は、刑法であるので、外国人にも適用があるものと考えられている。

21) なお、神前慎『ブレップ 国際私法』（2015年、有斐閣）5頁以下参照。

(ii) 民法731条 これは必ずしも明らかでは無いが、成熟などを問題とする限り、外国人への適用は予定されていないといえる。

(3) それ以外の民法の大半の規定は、付属法令(例えば戸籍法など)を除けば、厳格な属地性を目的とするのか否かは明らかでは無い。少なくとも渉外事案の解決を本来的目的とはしていないといえよう。そうすると、民法の効力で述べられているような、そもそもその効力において同格の属地法と属人法の抵触のような事例は生じない上に、具体的に民法の効力を確定するところから出発すべきことが分かる。

以上のように考えると、法の抵触が生じるから、その解決のために国際私法が必要となるというより、渉外事案に日本民法を適用すべきか不明確な事案が通常であり、また、(2)の事例のように法の空白が生じる、そこで適用法規を定めておく必要がある、ということとなる。

なお、渉外的法律関係は、純内国的法律関係(日本法に留保されている私法関係)でないものとして消極的に決せられるものであるが、実定国際私法規定がある限り、その適用対象となるか否かによるの

であり、それら規定の解釈論として、まず、連結点に当たる事実があるかが問題となるのであるから、一応は連結点に該当する事実が渉外的法律関係のメルクマールといえる。1986年のドイツの民法施行法は、「第1章 国際私法 第1節 指定 第3条(指定の総則) 第1項 外国法と関連性を有する事実については、以下の規定が、如何なる法秩序が適用されるべきかを決定する(国際私法)。」としていたが、1994年には、「第3条 適用範囲; 欧州共同体規則及び国際法上の合意との関係

次のものに準拠することがない限りは、外国国家との関連性のある事案について本章(国際私法)規定により準拠法を定める。」とあらためた。

国際私法の対象である、渉外的法律関係の存在は、解釈問題であり、立法者意思だけがその手がかりになるものではない。また、カードリーダー事件判決のように、法規欠缺のときには、立法者意思も問題にならないといえる<sup>22)</sup>。

〈附録〉

1. Henry Wheaton (ed.by R.H.Dana), Elements of International Law (1866) 110頁

22) この点、道垣内正人『ポイント 国際私法 総論 [第2版]』1-17頁参照。

23) フィートンの国際法 (Elements of International Law (1866) Richard Henry Dana, Jr.)

James Brown Scottによる序文で、1836年出版。1866年版はDanaによるが、長年にわたり相当に普及し、ほかの版より知られていたから復刊に選ばれたもので、標準的なものとされる。ハーヴァード大学の国際法教授であったGeorge Grafton Wilsonにより復刊が準備された。本著作の紹介とWheatonについても紹介がある。

13a頁: 1836年倫敦とフィラデルフィアで同時に出版された。1836年と1846年の間には、修正と追加が著者自身によりなされ、1848年版はフランス語でライプツヒヒとパリで出版されたが、その死亡前に著者自身により改訂され、1846年英語版が彼の最後の筆になるものであろう。

1836年の初版では、平和と戦争時の相互関係における諸国の行為を統治又は統治すべきルールと諸原則で国際法と呼ばれるものを集め、たんなる技術的法律家のためというより、外交的その他の公的生活の形態に従事する者達の使用のための elementary work を編むという試みであるが、願わくば後者の役にも立つように、著者は述べていたが、著者の外交事務や司法判断に置けるウエイトを考えるとあまりにも謙譲的である、とされる。

1836年版では国際法の歴史のスケッチが現れ、1820年12月28日のニューヨーク歴史学会における年次報告を反映したものとなっている。1845年History of the Law of nationsの出版により後の版では省かれるが、歴史にはふれている。ロンドンとフィラデルフィアで出版されたが、内容的には同様のものである。ただし、ロンドン版は2巻で、フィラデルフィア版は1巻。

1846年の第3版は、序文で、改訂について述べ、国家の交渉で生じた最近時の諸問題、総ての文明国が相互交渉において拘束されると宣言するルールの体系に光を当てる議論や決定を利用するよう勧めた、としている。以前は脚注で扱われた事項が本文に現れ、変更が comprehensive である。

1846版及びフランス語の1848年版では、裁判例で述べられた諸原則の方により注意が払われ、自然法原則にはあまり配慮されていない傾きがある。第3版では law of nations が使われず、international law がベンサムに従い用いられている。不完全ではあるが実定的性格を有するというサヴィニーの承認をサポートしている。

政府助言者の公式意見は国際法の淵源として認められている。WのStateとnationの区別、主権概念は三版でより明確となり、資料の再配置もあった。民刑事立法権という新しい章は、res judicataの法により注目しており、Foelixの新著の影響が見られる。

「第3章 民刑事立法権<sup>23)</sup>

§ 77 民事立法の排他的権利

独立国家はすべからく、人の権利、民事身分、市民の条件について、排他的立法権を有し、また、領域内にある real 及び personal 財産 [property] についてそれが市民に属していようが外国人に属していようが、同じである。しかし、よく起こるように、個人が不動産をその住所とは異なる国に所有し、また、異なる国において契約を締結したり、自ら執行される遺言をなしたり、無遺言相続に利益を有することが起こる。同時に、2又は3つの主権に従うと云うことも起こる、すなわち、native country 本国、ドミサイル、財産所在地、契約締結又は履行地など。本国の主権との結びつきは個人の出生のときから存在し、国籍の変更まで続く (42)。後の二つについては、限定的にしか法に服することがない。不動産を所有している外国においては、その者はいわゆる非居住土地所有者であり (sujet forain)、契約締結地においては一時的居住者 (sujet passanger) である。一般的には、それぞれの国には異なる法があり、法の間には於ける抵触が生じる。当該ケースにどの法の体系が適用されるかという問題がよく生じる。民刑事法間の抵触を定める規則の集合は、国家間の関係を規律する国際公法 (public international law) と区別して、国際私法と呼ばれる(a)。

§ 78 このテーマに関する第1の一般原則は、国家の独立性から直接生じる。どの国の法も、領域内にある動産不動産をコントロールできるし、そこで生まれたか否かに拘わらずその住民をコントロールし、さらに、凡ての行為、そこで締結された契約を規律する。そこの人々の身分、能力を定め、契約の効力、そこで起きた行為、そこから生じる権利と義務、そこでの訴訟の条件を定める。

第2の原則は、法は、その領域外には、直接的には、財産及び人に影響し、拘束し、規律することはない。第1原則の結果で、各国でその領域外に人、物を規律する権限を承認するであろう異なる体型は、諸国の間の権利の平等を排除するであろうし、各国の排

他的主権を排除することになろう。

以上の二つの原則からは、外国法が一国の領域で持ちうる凡ての効果は、その国の明示または黙示の同意に絶対的に依存している。

国はその領域内において、外国法の適用を許す義務はなく、いかなる効果をも拒否してもよいのである。この禁止を限定し、ほかには許可する事もできる。立法が実定的にどちらかの方法をとれば、裁判所はそれに従わなければならない。法が無言の場合のみ、裁判所はどこまで外国法に従うか、その規定を適用するかを判断してよい。領土内における外国法の適用に対する明示の同意は、立法府による法律による。或いは他の国との条約による。黙示の同意は、司法、行政権による決定や、その publicists の著作による (44)。

(44) Story, § § 17-22. Boullenois, Traite i 2, 3, 4, 152. Henry, Part I. ch. I, § I. Huberus, Vattel Rodenbrug, Voet Bank of Augusta v. Earle, Peters's Rep. xiii 584-591. Blanchard v. Russel, Mass. Rep. xiii. 4 Henry

§ 79 外国法を尊重する義務はない。しかし便益と相互の便宜の考慮からのみ (utility mutual convenience-ex comitate, ob reciprocam utilitatem) その適用が認められる。Public good and the general interests of nations が、多かれ少なかれ外国法に拡張された operation がなされる。諸国は相互に諸関連を有しており、取引行為、外国に所在する財産に利益を有している。そこで各国は、外国法にある効果を認めることにその国民の適切な利益において、必要性、少なくとも便益が生じる。その国民が同じ国でその利益において相互的保護を受けるように、外国において為された行為の効力を認めるのである。このように、相互の需要に基づいて、外国法の適用に対して諸国の間に黙示の合意が形成されている。この理解はどこでも同じというわけではない。ある国々では、完全な相互性で、自国民が外国で取り扱われるのと同じようにそこでの外国人を取扱い、他の国々では、ある種の権利をそ

の市民の資格に絶対的に固有のもののみなし、それから外国人を排除する。あるいは、その制度のいくつかに重要性を認め、その制度の精神と合わない外国法の適用を拒絶する。しかし、現代では、凡ての国が、原則として、その領域内における外国法の適用を採用しており、ただ、主権または自国民の利益が要求する制限に服せしめている。この主題に関する著作のあるすべての publicists により宣言されているドクトリンである。〔略〕

§ 80 Huberus : 特定の地の法律によってなされ、執行される遺言その他の処分は、別の法が妥当しているところにおいても有効で、その地で行為されていたとしてそれが有効でなかった地においても、有効である。他方で、国の法に反してなされそれが無効である場合のそこで執行される行為や Instrument は決して有効とはなり得ない。これは、その行為がなされ執行される地に永住している者にも適用され、さらに一時的に滞在している者にも適用される。他の国において執行される行為に対してこの効果を与えることによって、別の国、またはその市民が重要な特異の不利益を被る場合に、その国はその法域内においては有効と見なし、その手続きに効果を与える義務はない(a)45。

§ 81 かくて、不動産は、個人の意思に全く依存するものではなく、所在国の法により付与されたある資格を持つものとされる。他国の法またはその市民の処分が何であろうとも、その資格は消えないものである。したがって、不動産が所在するところの法が、その財産の保有権、権原、承継について、もっぱら、支配するのである。このルールが、US 及び GB の国際法学により、同じ連邦または帝国の異なる部分の間と外国に対してと両方に、不動産の譲渡の形 form について適用される。かくて、外国や Union の別の State において履行される不動産の deed や遺言は、その土地が所在する State の法の要求する方式 formalities をもって履行されなければならない。

しかし、このルールの適用は、アメリカ及びイギリス法に特有である。ヨーロッパ大陸の諸国の間において認められた国際法学 international jurisprudence に依れば、それが作成された場所の法に従って履行された a deed or will は、有効で、それがどこにあっても personal のみならず real property についてもそうである。条件は、その財産は、所在地法によって、deed or will によって譲渡されるものと認められている。例外は、不動産の移転の証書について、その法が、deed の登録や will の検認のような、それが所在する場所でのみ遵守されうる特定の forms を定めている場合である。

§ 82 全ヨーロッパの国内法は外国人の不動産所有を禁じていた。封建制の下では土地の取得はそれが所在するドミニオンのうちにおける prince への忠誠 allegiance を含んでいたが、それは所有者が生来の主君に負っているそれと相容れない。Jus albinagiiy や droit d'aubaine が確立された同じ時代でもあった。死亡した外国人の凡ての財産は無遺言であろうと遺言によるものであれ相続人を排除して国の使用に収容したのであった。文明の発展によって、野蛮な風習は廢れた。これは、国内規則によっても、相互性に基づいた国際合意によっても為された。1789年の仏蘭西革命より前には、droit d'aubaine は仏蘭西と諸国との条約により廢止ないし修正されてきた。1791年の憲法会議令により、凡ての国に対して全く廢止されたが、その後撤回され、1803年のナポレオン法典に最初の足跡を残した。1819年7月14日の勅令によりまた取り消され、外国人に仏蘭西における動産不動産のいずれの所有権も認め、相続または遺言により内国民と同じに認めた。(b)

Droit de detraction, droit de retraite (jus detractus) の同様の慣習が、相続または遺言により得られた財産をある国から別の国へ移転することに課税したものが、たいいてい文明国で相互主義により廢止された。

これらの権利の相互廢止のための 1778年及び

1800年の仏米条約における定めが、これらの条約によりなくなり、USと英国間の1794年条約の改定中の規定は、相互にそれぞれの国に土地を有する2国の市民は、引き続き、それぞれのestateとその権原の性質と保有権に従ってそれらを保有し続けられたが、条約の署名時に存在している権原に限定され、時間の経過により早く廃れたものとなった。しかし、米国と欧米の様々な権力の間での多数の補充条約にの約定により、一方当事国の領域内に不動産を有する者の死亡に際して、そのような不動産は、alienageにより資格がないとされない限りその国の法により他方の市民・臣民に継承され、そのような市民は合理的な時にそれを売却し、妨げなく収益を引き出し、それぞれの国の政府の側においてdetractationの課税を免除される。(d)

§83 人的財産については、その所有者のlex domiciliiが、その財産の所在国の法に優先して支配し、相続のルールについてもそうである。Mobilia ossibus inherent, personam squuntur。人的財産の所有者の死亡時の住所地の法が、その所在地の如何に関わらず、人的効果については相続を規律する。(a) 英国外の外国ドミサイルへ変更したイギリス人がどこまでGBにおける人的効果について相続のルールを変更できるかが問題とされた。イングランドからスコットランドのような帝国内における住所変更は効果を持ちうる事が認められたが、(b)、最近の判例で、イングランドのCourt of Delegateが法を確定することによって、その疑いは塗り替えられ、英国国民の現実の外国住所がもっぱら動産の遺言による処分について、胆汁に外国人の場合と同様に支配する。(c)

動産に関して、住所のある当事者によってinstrumentが履行される場所の法律は、instrumentの外部方式、解釈、instrumentの効果について、支配する(Locus regit actum)。動産の遺言は、それが為された地の法の要求する方式にしたがって履行される場合、また、それを作った当事者の、履行時の住所地の法律にしたがった場合、には、どこの

国でも有効で、lex lociに従って解釈され、効果を発生する。

この原則は、最近イングランドで認められた。(d) 48

(d) Trotter v. Trotter, Wilson and Shaw's Rep. iii. 407-414

スコットランド生まれ、インド住所で、相続できるbonds及び動産をスコットランドに、動産を所有インドにも所有、インドで遺言執行、スコットランドの遺産に及ぼすことができない。Bondsの相続を主張した法定相続人が受遺者として動産(movable property)の持ち分があるかという問題が生じた。Lord Chancellor Brougham (i)は、下級審判決を認容するHouse of Lordsの判決を下し、遺言の解釈、その解釈の法的帰結は、その作成地で、遺言者の住所地の法、すなわちその国で通用しているイングランドの法によるとした。遺言が問題とされたのはスコットランドの裁判所であったとしてもそうである。この裁判所は遺言作成地の法に従って判決すべき義務があるからである。

人的身分 (personal status)

§84 内国立法主権はその国の市民の人的権利の規律にも及び、その民事の身分(civil status)及び条件(condition)に影響する凡てのことに及ぶ。

これは例外を伴いながらも、市民であるか否かを問わず領域内の凡ての人に対するsupreme police、及び領域内で犯されたすべての刑事犯罪に及ぶ。(a)

例外のいくつかは実定法から、ほかは特別の協定から。

民刑事の国内法が領域を超えて働く。

I. 人の身分及び能力に関係する法律 市民の民事条件及び人的能力に適用される法は、外国居住でも市民に働くのが普通市民権、嫡出性、非嫡出性のような出生から効果を有する普遍的人的資格がそれらである。成年・未成年のように、出生後の一定の時に生じるもの。出生後の不特定の時に生じるidiotcy, lunacy、破産、婚姻、離婚。管轄ある裁判所が判決で確定するもの。臣民の人的資格に影響

する国の法は、どこへゆこうともついて回り、どこへ住もうとも固着する attain。

2. 法学博士 熊野敏三講述『佛国民法前加巻講義  
完』1-2頁

「前加巻 一般法律ノ権力

此前加巻ハ一般法律ノ勢力ニ属スルヲ以テ私法ノ部ニ属スルヨリハ寧ロ公法ノ部ニ入ルモノナリ然ルニ之ヲ此ニ編載シタルモノハ何ソヤ民法ハ法律ノ中最モ重要ノ部分ニ属スルノミナラス最初ニ頒布スル法典ナレハ其誠首ニ法律ノ権力ニ関スル総則ヲ揭示スルハ必要ニシテ且ツ允当ナラント思慮シタルヲ以テナリ

抑法律ハ制定、頒布及ヒ公告ニ由リテ其権力ヲ発スルモノナリ其成立スルヤ之ヲ適用セサル可ラス適用セスハ虚文ニ属シ何ソ法律ヲ設タルヲ為サン而シテ法律ノ適用ヲ全フスルハ其制裁ニ在リ制裁ナクンハ徒法ニ属シ何ソ其実際ニ行ハル、ヲ得ン既ニ其行ハル、ヤ亦タ廢シニ由リテ其権力ヲ失ヒ遂ニ消滅ニ皈スルモノナリ故ニ法律ノ権力如何ヲ熟知センニハ以下諸点ヲ研究セサル可ラス第一法律ノ制定、頒布及ヒ公告第二法律ノ適用第三法律ノ制裁第四法律ノ廢止是ナリ前加巻ハ此諸点ノ中第一第二ヲ規定シタルト雖モ第三第四ニ至リテハ毫モ規定スル所ナケレハ余輩之ヲ補足セサル可ラス」

第二節 法律ノ適用

80頁

第五法律ノ適用ハ物ニ関シテ如何ナルヲ

抑物及ヒ人ニ関シテ法律ノ適用如何ナルヤノ問題ハ民法第一條ニ規定スル所ニシテ實ニ法律学ノ一部分ヲ為セリ則チ國際私法ト称スル是ナリ國際私法ハ諸国法律ノ抵触ヲ規定スルヲ目的トスルモノニシテ佛国ニ於テハ第三條ヲ以テ其理論ノ基礎ト為ス

若シ諸国互ニ孤立シテ他国ト交際ヲ為サル、<sup>1</sup>我国開港以前ノ狀況ノ如クナランニハ各国ノ人民ニ適用スヘキ法律ノ區別ヲ為スハ極メテ簡單ナルヘシ則チ一国ノ法律ハ英国内ニ於テ一般人民ニ之ヲ適用スヘクシテ他国及ヒ其人民ニ之ヲ適用スルノ必要ナカラ

ン然レトモ今日諸国ノ狀況ヲ察スルニ互ニ相交通シ彼我ノ關係ヲ有スレハ國際私法ノ問題ヲ生ス則チ佛国ニ居留スル外国人ハ自国ノ法律ニ服従スヘキヤ又外国ニ居留スル佛国人ハ佛国法ニ服従スヘキヤノ問題之ナリ此二個ノ問題ハ畢竟唯一ノ問題タルニ過キス即物及ヒ人ニ関シテ佛国法ノ効力如何ヲ知ルニ在ルナリ

今日諸国ノ關係上ニ於テ實際此ノ問題ノ生スルハ其事例無数ニシテ枚挙ス可ラス諸国ノ法律ハ漸次ニ稍一致ニ傾向スルノ勢アリト雖トモ猶ホ各々変更シ其差異管ニ黑白ノミナラサルナリ諸国ノ間交際ノ頻繁(82頁)ナルト世運ノ進化スルトニ從ヒ其差異自然ニ減少シ消失スヘシト雖トモ今後育成期ヲ経ルモ常ニ多少ノ差異アルヘキ<sup>2</sup>ハ到底數ノ免カレサル所ナルヘシ何トナレハ法律ハ只タ空想ノ理論ニ基キ其條例ヲ制定スヘキモノニ非ス時ニ實際ノ狀況ニ適切ナルヲ要シ社会開化ノ度地方ノ需要、古来ノ風俗等ヲ斟酌スヘキモノニシテ諸国ノ開化、需要風俗ハ固ヨリ同一ナルヲ得サレハナリ更ニ言ヘハ一国ノ法律ハ佛国ニ適當セサル<sup>3</sup>必然ノ勢ナレハナリ諸国ノ法律上必ス抵触差異アルヘシト想像スレハ或場合ニ於テ何レノ法律ヲ適用スヘキヤヲ知スハ太タ緊要ナリ

今日佛国ニ於テハ全国一致ノ法律アリト雖トモ昔時ハ決シテ然ラサリシナリ國中數多ノ慣習法アリシヲ以テ其慣習法相抵触スルトキハ何レノ慣習ヲ適用スヘキヤヲ決定スルノ必要アリキ例ヘハ巴里ノ人馬耳塞ニ於テ財産ヲ所有スルトキハ巴里ノ慣習ヲ適用スヘキ乎將タ馬耳塞ノ慣習ヲ適用スヘキヤノ問題ヲ生スヘシ之ヲ名ケテ裁判所ノ大事件ト云ヘリ然レトモ今日佛国ハ全国一致ノ法律ヲ制定シテ此問題ヲ断定シタリ諸国ノ中佛国ニ倣ヒ法律ノ一致成就シタル国アリト雖トモ尚ホ北米合衆国、獨逸帝國、瑞西聯邦、澳地利ノ如キハ未タ法律一定ノ便益ヲ見サルヲ以テ国内ニ於テモ法律抵触ノ問題ヲ生スルナリ此等ノ諸国ニ於テ法学者盛ニ國際私法ヲ研究スルモ亦タ同国ニ於テ實際重要ノ利益アルニ職由スルモノナラン歟

然リ而シテ諸国ノ交通頻繁ナルニ從ヒ諸国ノ間ニ

モ昨日一国内ニ於ケルト同一ノ問題ヲ生スルニ至レリ此二個ノ問題則チ国際私法ノ問題ト内法抵触ノ問題トハ大ニ類似スルモノアリト雖トモ亦全く同一ナルニアラス一国内ニ通用スヘキ各種法律ノ抵触ニ付キテハ其國中ニ名例スル主権者アルヲ以テ往時仏蘭西王ノ宣令ノ如ク此抵触ヲ断定スルノ方法ヲ設定シテ其跡ヲ絶ツヲ得ヘキナリ之ニ反シ諸国ノ法律ヲ適用スルモ其国ノ主権ニ関係セスト雖トモ諸国ノ間ニ在テハ一國ノ地ニ外国ノ法律ヲ適用スルハ其國ノ主権ヲ凌犯スルノ結果アルヲ以テ其論ノ一層困難タルヤ知ルヘキナリ故ニ此問題タル兩國ノ主権ノ間ニ至当ノ限界ヲ立ツルニ在リ

佛国民法ヲ編纂シタル時代ニ在テハ国際私法ノ問題モ今日ノ如ク緊要ナラサリキ故ニ民法ハ一ヶ條ヲ以テ此重要問題ニ規定シタリ爾來諸國ノ交通大ニ頻繁ニ趣キ学舎盛ニ此問題ヲ研究スルニ至レリ此点ニ付キ較完全ナル條例ヲ設定シタルハ獨リ伊国民法アルノミ蓋シ此法典ハ最近ノ法律ニシテ且ツ當時伊國ノ議院ニハ特ニ国際法ヲ研究シタル法学者アリテ国際私法ニ関スル條例ヲ其中ニ編入セシメタレハナリ抑諸般ノ場合ニ臨ミ法律ノ抵触ヲ断定シテ其錯誤ナキヲ期スルニ足ル一定ノ元則アルヘキ乎往時一国内ニ於テ法律ノ抵触ヲ裁定スルニハ法律ヲ二種ニ區別スルノ慣習ニシテ佛国法典ニハ此區別ヲ採用シタリ則チスタチウ、レエル物ニ関スル法律、スタチウ、ペルソナル人ニ関スル法律ノ區別是ナリ人ニ関スル法律トハ其到ル處ニ追隨シ必ラス此人ニ適用スヘキ法律ヲ云ヒ物ニ関スル法律トハ其物ノ所有者如何ナリト雖トモ此物ニ適用スヘキ法律ヲ云フ因テ諸般ノ法律ヲ此二通ノ中ニ類別セント盡カシタルモ其困難實ニ少々ナラス是レ佛国法典ニ採用シタルシュギタルヲハ一点ノ疑ナシト雖トモ純粹ナル法理上ヨリ觀(86頁) 察スレハ此主義ハ精確ノ説ニアラサルナリ何トナレハ法律ノ中ニハ人ニ関シ又ハ物ニ関スル法律ニ類入ス可ラサルモノ極メテ多ケラハナリ文字ノ意義ヲ強ヒ附会スルニ非サレハ諸般ノ法律ニ此區別ヲ適用ス可ラサレハナリ其一例ヲ挙クレハ法律上ノ所為ノ法式ニ関スル法律ノ如シ之物ニ関スル法律

中ニ列スルニ至レリ

故ニ今日ハ諸國法律ノ抵触ヲ決定スルニ一定ノ元則ナキヲ殆ント一般學者ノ定説ナリ法律上ノ各所為ニ付キ困難ヲ生スル毎ニ其事實ノ性質ヲ深察シテ最モ自然允當ニ此事實ニ適用スヘキ法律ヲ發見スヘシト云フニ在リ斯ノ如ク一個ノ場合ニ於テ最モ自然允當ニ適用スヘシト云ヘリ是レ国際私法ヲ深究シテ中世以來ノ塾套ヲ一變シタル獨逸著名ノ學者ザビニー、ブロンチュリー諸氏ノ説ナリトス

(87頁) 此説ニ從ヘハ諸般ノ所為ヲ探求シテ國法ヲ外國人ニ適用スヘキ場合ト外國法ノ適用ヲ允許スヘキ場合トヲ區別セサル可ラス此區別如何ニ付キテハ今日諸國ノ學者間未タ一定ノ論決ヲ得ルニ至ラスト雖トモ諸國共ニ自國ノ地ニ於テ外國法ノ適用ヲ允許スルニ至リタリ若シ一個ノ場合ニ於テ外國法ヲ適用スルヲ最モ自然允當ナリト定マルトキハ諸國其適用ヲ拒ムヲ得ス

然レトモ此元則ニハ一個ノ制限アリ則チ一國ニ於テ外國法ノ適用ヲ允許スルニハ其國ノ公ケノ秩序ニ関スル法律ニ抵触セサルヲ要スル是ナリ若シ此種ノ法律ニ抵触スルトキハ外國法ノ適用ヲ允許スルヲ得サルヤ勿論ナリ此規則タル一見太々明白ナルカ如シト雖トモ之ヲ實際ニ適施スルニ臨ミ其困難實ニ少ナシトセス例ヘハ人ノ能力ハ本國法ヲ(88頁) 適用スヘキモノニシテ其人ノ居留スル國ノ法律ヲ適用セサルナリ佛國ニ於テ昨日離婚ヲ禁シ今日猶ホ重婚ヲ禁スルハ風俗ノ善良ヲ主トシ公ケノ秩序ニ関スル法律ナリ然ルニ外國人アリテ其本國法ニ從ヒ離婚又ハ重婚ヲ為サントスルヤ佛國ニ於テ之ヲ允許スヘキ乎是レ能力ニ関スル問題ナルヲ以テ外國法ヲ適用スヘキ場合タルハ勿論ナレトモ佛國ノ秩序ハ其思想國々相異ナルヲ以テ其適用ヲ拒ムヲ得ヘシスノ如ク公ケノ秩序ハ其思想國々相異ナルアリテ一概ニ論定ス可ラサルナリ

然レトモ斯ニ公ケノ秩序ト云フハ通常ノ場合ト異ナルモノアリ例ヘハ人ノ身分及能力ハ第六條ニ從ヒ公ケノ秩序ニ関スルヲ疑ナシト雖トモ第三條ニ從ヒ是レ外國人ノ本國法ヲ適用スヘキ事項ナリトス然リ而

シテ外国人佛國ニ於テ其本國法ニ從フヘキ場合ナリ  
ト雖トモ猶ホ前例ノ如ク佛國法ヲ外国人ニ適施スル  
ヲアリ看ヨ第三條ノ適用ニ付キ公（89頁）ケノ秩  
序ト云フハ普通ノ場合ト其思想ノ稍狭小ナルヲ故  
ニ此語ハ佛國學者ノ慣用スル所ナリト雖トモ兩意ニ  
涉リ錯誤ヲ生セサルヲ保タス宜シク注意スヘシ