

『ホウセイケツテイロンギノタイハンハホウセイサク  
テクキチヨウワノモンダイニカンゲンサルベキノロ  
ン』：テイシヨクホウホウホウロンシケン

矢ヶ崎，武勝

<https://doi.org/10.15017/1393>

---

出版情報：法政研究. 27 (2/4), pp.121-136, 1961-03-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：



## 『法性決定論議の大半は

## 法政策的調和の問題に還元さるべきの論』

—— 抵 触 法 方 法 論 私 見 ——

矢 ヶ 崎 武 勝

は し が き

所謂法律関係の性質決定の問題は、前世紀末に、バルタンやカーンの問題提起以来、国際私法の根本問題として、まことに多くの論議を重ね、曰く法廷地法説、曰く準拠法説、曰く比較法応用説などをはじめ、第一次第二次法性決定説など、国際私法学者がその脳髓をしぼって、その解決方法を提唱している。この問題は、国際私法の方法論の根底に横たわる大問題であるだけに、諸国の立法においても、解釈においても、その取扱いについて、立法者、法学者、裁判官の最も頭を悩ます点であるといわねばならない。この問題がどのように提起され、どのような内容をもつものと通常理解され、どの点に最も論議が集中しているかなどということについて一般的に触れてから、これらについての私見の開陳に移った方が、問題点が整理されて一層理路整然とするであろうと思われるが、紙面の都合上それを省き、大方の、この問題についての知識を前提として論議を進めたいと思う。従って若しも問題そのものについての把握の仕方など前提になる点についての見解の相違からの反論に対してはあらかじめ御寛容をお願いしたい。

## 第一章 「法性決定の問題は牴触法の解釈の問題である」との説について

法律関係の性質決定の問題は、要するに、牴触規定のうちに使用されている各種の法律的概念、例えば「能力」とか「物権」とか「法律行為の方式」とか「婚姻の成立要件」とかが如何なる意味のものであるかを如何にして決定すべきかの問題であると解され、それは畢竟、牴触規定の解釈問題と考えられて、その解釈をいかなる基準によつてなすかという点に諸説の岐かれるところがあるともみるのが通説であろう。例えば、わが法例に「人の能力はその本国法による」とか「相続は被相続人の本国法による」という規定があるが、具体的に生起した問題が果して能力の問題であることが決定しなければ、法例第三条の適用をみるわけにはゆかず、又相続の問題であると性格が法律的に決定しなければ、被相続人の本国法という連結要素と結びつかないものと考ええるから、この問題の解決は、結局、牴触法規定適用の前提となすものであるとされているのである。したがってデュパニエ、その他の提唱した準拠法説は論理的な矛盾を犯すものとして批判されたわけである。

わが法例の第二五条には相続は被相続人の本国法によると規定されているのでたしかに文言上は、或る事案が相続であったならば（大前提）、被相続人の国籍（小前提）に連結され、その結論として準拠すべき法秩序、即ち被相続人の本国法が決定される、というように考えられる。

法性決定の問題が牴触法の解釈の問題であるとしても、果して右のような論理的三段論法による以外解釈の仕方が存しないであろうか。私の疑問はまづこの点にはじまる。

## 第二章 フランス民法第三条第三項

同じ能力についての規定の仕方を見るに、所謂一方的牴觸規定ではあるが、フランス民法第三条第三項は「人の身分能力に関する法律はフランス人が外国にある場合に於ても尚之を支配する (Les lois concernant l'état et capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.)」と規定している。この規定の仕方を見るに、人の身分能力に関するフランス法の規定は、フランス人に関する限りその者が外国にあっては、フランスの裁判所によって、そのフランス人について適用されるというのであり、これを双方向的牴觸法規定に焼き直せば「人の本國の身分能力に関する規定はその人の身分能力が問題になったときに基準となるべきである」ということになるであろう。右のような牴觸規範の立法の仕方と、わが法例第三条の立法の仕方即ち「人の能力はその本國法による」という立法の仕方と比較した場合、果して両者の間に立法者の異った意図があると區別されうるであろうか。換言すれば、わが法例第三条の規定の解釈も、フランス民法第三条第三項同様に、当該人物の本國の能力に関する規定はその人物の能力が問題となったときに基準にすべきであるというようになされないであろうか。然り、両者の相違は表現の相違にすぎないのであって、基準になる法規の側からみた場合には、わが法例第三条の解釈も、フランス民法第三条第三項のように理解するについて何んの困難も矛盾も存すべきでないということについては殆んど疑の余地もないであろう。

このように基準になる法規の側からの解釈の仕方、わが法例のその他の個々の規定の二、三にあてはめてみると、例えば第十三条「婚姻の成立要件は各当事者に付き其の本國法に依りて之を定む但し其の方式は婚姻挙行地の法律に依る」というのは「当該人物それぞれの本國法が規定するところの婚姻成立の要件についての規定は、わが裁判所において、それが争いになった場合の基準になる。婚姻挙行地において方式として規定しているところの規定は、方式が問題になったときの基準になる」ということになるであろう。又第十四条「婚姻の効力は夫の本國法による」というのは「夫の本國において婚姻の効力として規定しているところの規定は、婚姻の効力が問題になった場合にその基

準となる」というのであり、第十六条一項本文「離婚は其原因たる事實の発生したる時に於ける夫の本国法に依る」というのは、ある事實が発生したときに、夫が国籍をもっていたところの国において、離婚について規定したところによって、その事實が離婚原因とされて規定されているかどうかにしたがって、その事實に基いて主張される離婚事件について離婚判決を下しうるかどうかを定めるべきであるということを表明したものと見えよう。更に「相続は被相続人の本国法による」という第二十五条は、被相続人とされる者が国籍を有している（又はいた）国の相続に関する法規が、相続に関する問題がわが裁判所に提起された場合には、それを裁判する基準になるということであろう。

右のように解釈しうる余地のあることについては、殆んど疑問は存しないであろうがなおそこに問題は残る。右の例で、相続に関する被相続人の本国法上の法規は相続が問題になったときに云々とか、又第三条即ち当該人物の本国の能力に関する規定はその人物の能力が問題になったときに云々と考えるならば、その問題になったときは如何なる場合かをきめることが必要になる。それを決定することが通説のいう法性決定であるのではないかという反論は当然予想しなければならぬ。

### 第三章 牴触規範適用上問題になるのは所謂<sup>ナマ</sup>生の事実か

右の反論に答えるには、まづ、具体的に、牴触規範の適用される場合をはじめから考え直してみる必要がある。

現在では牴触規範の対象になるのは法律関係ではなくて、それ以前の事実関係である。なぜならば牴触規範の指定する法秩序によってはじめて当該関係は法的に構成され、安定をうるのであって、それ以前の段階では、事実関係にすぎないと説明されている。その説くところはまことに論理的であるといえよう。然しこの論理には隠れた条件が存在する。

牴触規範の指定する法秩序をまっぴら、はじめて当該関係は法的に構成され、安定を得て所謂法律関係になるというときには、あたかもそれが世界中で唯一の、何人も異議をさしはさむことの出来ない法的関係に構成され、安定せしめられるかの如く考えられ易いのであるが、何人もそうは主張していないのであって、右の論理は、ただ当該国の裁判所が当該事件を取扱うについては、しかく連結し、しかく法的に構成することになるであろうという枠のなかにあつてのみ成立する論理である。裁判規範として、国内法においても当然前提とされるこの枠が、国際私法においては特に条件として持ち出さざるを得ないということに、まづ注目しなければならない。国内法においては、若干の例外はあつても裁判規範と行為規範とは、おおむね重なり合つていて、当事者にとつても、裁判所の構成するところの法律関係が、いわば唯一絶対の存在であるのに対して、国際私法の分野においては、諸国の法秩序の相違とそれらの並存とが国際私法自体の存在の根本条件であり、当事者にとつてみれば、或る国の裁判所に争いの解決を求めたときには、しかく法律構成されるかもしれないが、他の国の裁判所に出訴したら又異つた法律構成をしてもらえるのである。そうした他国への出訴の可能性が常に存在するということである。このことは裁判所の側、即ち法の解釈適用をするものの側においても常に念頭に入れておかなければならない。即ち、自国の牴触規範は、裁判所を拘束し、絶対のものであることにはかわりないとしても、裁判所の法の解釈適用の根本は、涉外事件の内蔵するこの特性によつて常に規整されるといわなければならない。こうした国際私法の本質に根ざす枠があるからこそ、場合によつては、裁判所は他国の牴触規範のあり方にも注目しなければならない（反致適用の場合）のである。

右のことが具体的に、どのような形をとつて国際私法の解釈適用にあらわれるかという点、牴触規範の対象として一国の裁判所が、まづ把握する涉外事件は、生のままの事実関係でなく、事案は常に当事者の請求権という形をとつて、すでに法的に構成されている（このことは国内法においても変りないであろうが）のであつて、それを尊重し、

それを出発点にしなければならぬという形においてである。国内法分野においては、請求権の基礎を構成する法秩序は唯一であるから、裁判所は、当該事実関係の確定と同時に、直接自己の観点からその法的裏づけの検討に従事するのであるが、涉外事件においては、裁判所は、当該事実関係の確定と同時に、直接自己の立場からその法的評価、その法的裏づけの決定をするわけにはゆかない。少なくともそれは妥当ではないのである。涉外事件においては、当事者は自己の請求権の基礎を、いづれかの法秩序にしたがって法的に構成し、そうした法的構成が法廷地の抵触規定に規定された連結によって、法廷地の裁判所においても、みとめられるべきことを主張する、というのが問題提起の図式である。しかも、右にも述べたように、国際私法は世界各国の異った法の並存を前提として存在する。したがって、一つの事実関係は決して一定不変の法的構成をもつものではなく、甲国法によればAの、乙国法によればBの構成が考えられるのみでなく、丙国法によつた場合にはC、Dの二種の法的構成が考えられることすらある。例えば民法上、或る場合に、請求権の競合の理論がみとめられている如くである。即ち唯一一つの形の法的構成という考え方は、唯一絶対の統一的法体系をもつ一国内の法的構成においてすら場合によっては破綻することがある。ましていわずや、世界のすべての法にその存在を認めるといふ考え方に立脚している国際私法の平面において考えた場合、一つの実事関係は、殆んど世界に存在する法の数だけの法的構成の可能性をもつものといえよう。したがって涉外事件において、当事者が或る一定の事実関係を法的に構成し、その請求権を基礎づける（或る法秩序にもとづいて）態様は千差万別であるといわなければならない。

こうした、出発点における多様性を全然無視して、出発点をただ単なる生の<sup>ナ</sup>事実関係であるとし、その事実関係を確定すれば、それを裁判所は、直ちにいづれかの方法（この点だけにおいて諸説は分れる）によって法性決定して連結を確定し、これによってその請求権の基礎になる法秩序を求め、その法秩序に規定されるところにしたがって請求の認

否を判断するというのが通説である。そこに用いられている論理的三段論法は、まことに見事であるが、然しそれにわざわざいわれて、牴触法上の事件の具体的なあり方を、換言すればその出発点の把握を、あまりにも国内法と同じ様に考えすぎるの誤りを犯しているものと考ええる。

或は反論して言うであろう。国際私法は、各国私法よりも一段高所において、事実を法的に構成するのであって、各国私法の平面における法的構成とは、本来何の関連もなければ、又それによって影響さるべきものでもなく、国際私法における事実関係の法的構成（法律関係の性質決定）はただ連結概念を確定し、それによって準拠実質法をきめるためのみ行なわれるものである。然しこの反問自体、その国際私法学が如何に理論遊戯にふけて非実際のな学問であるかを暴露しているものはない。何故ならば、ここでは、単にそのような目的の為にのみなされる、所謂国際私法独自の法的構成の結果得られた（確定した）ある連結によって、準拠実質法がきまり、それを適用する場合、この準拠実質法における法的構成の仕方が、自己が前にした法的構成と異っていた場合、それを如何に結びつけるかについて何も語っていないのであるからである。しかも、牴触法といい、準拠実質法といい、ともに同一裁判所が適用するものであるのに、同一才判所が、同一事実関係を、牴触法適用の場合の為にAと判断し、実質法適用の場合には非Aと考えるということは明らかに矛盾であって、実際には考えられないことである。（第一次、第二次性格決定論にはここではふれない）。右の反論をなし、牴触法の独自性を強調するものは、さきに触れたところの、牴触法の解釈適用における所謂形式論理的三段論法にとらわれて、この殻は絶対に破れざるものと信ずるところから出発しているように思われる。その殻を破ったところにもなお広い天地が存在する。

最も实际的であり且つ妥当な考え方は、<sup>ナマ</sup>生まの事実関係のかわりに『争いになっっている事実関係』をそのまま把握して出発点とすること、換言すれば、すでに述べたような各国私法の多様性をそのまま認めて、当事者によって請求権



に構成されている事実関係を出発点にすることである。請求権である為には、既に或る法秩序によらなければならない。この意味では法律関係ともいえるであろう。然しここで或は次のような反問があろう、請求権に構成されているか否かの基準になる法秩序を、裁判所は如何にして確定するか、これこそ牴触法の指定を俊たねばならないのではないかと。

#### 第四章 牴触規範に不可避の仮定的前提

右の反問に答えるのは民事訴訟構造である。民事訴訟は、原告の請求権の主張と、それに対する被告の抗弁から出発する。裁判所に提示されるものは原告の立場からする請求権に構成された事実関係である。国内法事件にあっては、原告、被告と並んで裁判所も、すでに述べたように、唯一絶対の法秩序の基盤に立っているので、裁判所が原告の請求権を認容するについても、棄却するについても、裁判所は、原告、被告の主張するところに全く拘束されずに、独自の立場から、請求権の基礎になっている事実関係について判断することが可能であるが、然し涉外事件においては、原告の請求権の法的構成と、被告のそれに対する抗弁乃至反訴が、全く異った法秩序にもとづいていることがありうるのであって、従って裁判所は、国内法事件におけるように、原告、被告の法的構成を無視することは、妥当でもなく又可能でもないのである。何故ならば一応、原告の構成する法的な請求権を、仮定的に承認する立場に立たなければまづ第一に管轄権（国際的）の有無が決定しない。例えば、原告甲が不法行為にもとづく損害賠償請求権を乙に対して提起したればこそ、不法行為地その他の国際的管轄権が問題になる。仮令、その際乙が当該行為そのものの存在を争ったときにも、一応甲の申立通りの不法行為が存在したものととして、国際的裁判管轄権の有無を決め、法例第十一条に規定された行為地法主義にもとづいて、甲にその行為の存在についての举证責任を負わすべきである。このような、民事訴訟

構造における仮定的要素の存在は、場合によっては国内法上においても認めなければならないことである。例えば、民事訴訟法第五条は義務履行地の特別才判籍を規定しているが、原告は義務の存在を主張しその履行地の裁判所に訴を提起したのに対して、被告はその義務の存在自体を争うような場合には、一応裁判所は原告の主張するような義務の存在を仮定しなければ、その訴訟を受理して審理することが出来ないであろう。勿論この場合、原告の申立が全くでたらめのものであるときには訴訟判決によって却下されるであろうが、とに角裁判所は義務の存在を仮定しなければ管轄権の決定自体が不可能である。

右に述べたような仮定的要素にたよる場合が、涉外事件において、国内法事件におけるよりもずっと多いということは、国際民事訴訟法規定の確立がなされていないことにも起因するのであるが、他面、抵触法規の立法者が立法当時、現実には、必ずしも世界の法秩序全体を眼中におかずに、我が民法の体系にしたがって、甚だ大まかな立法をしていることにもよるのである。諸国法の多様性は、立法者の意図をこえて、わが法秩序のしらざる種々雑多の法律概念の抵触規定へのはめ込みの問題を生ぜしめ、しかも原告と被告とがそれぞれ異った基盤に立った場合には、訴訟構造上それらの請求権の法的構成を仮定的に前提として、そのまま取りあげなければならなくしているものである。

## 第五章 請求権は裁判所独自に性格決定すべきか

以上の説明を総合すると、抵触規定の適用の対象としてまづとりあげるのは、生の事実関係である必要もなければ、そうきめることは妥当でもなく、むしろ常に請求権として構成された事実関係を把握する方が、妥当であり又そうすることが可能であるということになる。即ち原告によって主張されている（そして被告によって争われている）、いづれかの法秩序にもとづく、ある事実からの請求権——それは裁判所によって認容されたものではないという点仮定

的な——が出发点であり、裁判所によって、その請求権が認容されるか、棄却されるか、のいずれかが帰結である。裁判所は決して、生の<sup>ナッ</sup>事実関係を独自に法性決定して当事者（原告であれ、被告であれ）にその要求以上のものを附与するものではない。

このことは又直ちに次のことを意味する。裁判所は、通説の主張するごとくに独自の立場から（法廷地法説であれ、準拠法説であれ、比較法説であれ）当事者の意思とは別に、具体的に起った問題がどの抵触規定の適用を受けるべきかを決定して、所謂大前提をきめるのではなく、逆に、涉外事件においては事実の確定の審理と併行して当事者（原告、被告）が、その事実を、その主張するところの準拠法によって法的に構成した請求権が、首尾一貫しているか否かを審理すべきである。この首尾一貫性の審理は、まづ当然に、外国裁判所のするところの当該外国法の解決によらねばならない。従って当該関係が外国裁判所からみて涉外関係であり、抵触法による規律に服すべきものであれば当然に外国裁判所のするその抵触法の解釈に従う。この結果は反致論是認であり、理論的には転致をも認めることになるのであるが、特に反致の場合に、その連結要素の住所その他の概念が、当該外国法の概念によるべきであるという考え方——殆んど一致してみとめられている考え方——もこれで説明され得るのである。然しここではこの反致論にはこれ以上深入りすべきではない。

次に、こうして当事者の主張する準拠実質法におけるその請求権の構成の首尾一貫性と同時にそうした構成とわが抵触法との結合が審理されることは当然である（第六章）。然しそのまえに、ここで一応、第二章に提起された反問、すなわち「相続が問題になったとき」とか「能力が問題となったとき」とは如何なるときかという問に対して、的確な答を出しておく必要があるであろう。即ち、それに対する答は次のようにまとめられるであろう。当事者が、ある請求権の基礎をなす法秩序における分類——この法規の分類が単なる法典の順序分類によるべきでなく、当該法秩序固

の解釈によるべきことは勿論である——をそのままとりあげて、それがわが牴触法規定の連結要素によって、わが裁判所においても当該法秩序による請求権が認めらるべきであると主張した場合と解すべきである、ということになる。言うまでもなく、この態度は結局、準拠実質法の性質決定に一応従うということになる。然しながら、既に述べたように、所謂論理的な法適用の三段論法の前提に立つ従来の準拠法説とは、その根拠も、その態様も異にしているものである点に注意しなければならない。

甲国法も乙国法も共に国の大小強弱を問わず一国の法秩序として併存することを認めることを前提として成立する国際私法において、或る事実関係を<sup>ナマ</sup>生のままとりあげて、法廷地の裁判所が、それはかくかくに法律的に構成すべきものと断定、それを実質法における性格決定と切断し、それに優先せしめることは、それが如何に比較法的考察の結果とはいえ——逆に言えば右のような立場に立てば比較法を必要とする必然性がない。独自の価値評価によって演繹的にもなしうるわけである——又、ただ単に牴触法適用上の連結要素決定の為にのみなされるものとしても、結局は、そうしてなされる性質決定とは異った構成をもつ法体系の下に生活する当事者にとってみれば、全く発言の余地を与えられずその権利を排除せしめられる結果となり、そうした結果の酷なることは明白である。少なくとも当事者に、その権利の主張——それは何といってもいづれかの存在を認められた法秩序によっているのであるから——が如何に首尾一貫しているかについて語らしむべきである。その主張がわが牴触規定の認める、いづれかの連結要素を援用して基礎づけられる準拠法上首尾一貫している請求権に構成されうるものである限り、それに一応耳を傾けるべきであろう。

## 第六章 牴触規定へのはめ込みの問題

さきに触れたように、首尾一貫性の検討の第一の点、即ち、主張されるような請求権が主張される準拠法によって構成されるか否かの検討と並んで、同時に、そうした構成とわが抵触法との結合についての首尾一貫性が検討されねばならない。即ち抵触規定へのはめ込みの問題である。(この抵触規定へのはめ込みの方が論理的に先行すべきであるという考え方があまりにも形式論理にとらわれた誤りであることについてはすでにふれた。)

すでに述べたように、当事者は当該請求権の基礎をなす準拠法(実質法)における分類によって請求権を構成しているのであって、これを、わが抵触法規に規定されている連結要素に鑑みて、わが裁判所においても承認すべきであると主張するのであるが、その際に、わが抵触規定に用いられている連結要素が国籍のごとく解釈を要しない——重国籍、無国籍の場合は別であるが——概念であれば、そのはめ込みは、殆んど機械的に可能であって別に問題を生じないであろう。これに反して住所のごとくに法律概念であって、その解釈には国による相違の存するものについては、こうした連結要素の解釈は法廷地即ちわが国法上の解釈にしたがわなければならない。何故ならば立法者は、それぞれの規定の立法にあたって、一定の意図の下にそうした連結要素を用い、こうした条件(涉外事件の主体、客体或は行為についての)の下に、一定の国の法がわが裁判所の適用するところとなるべきことを指示しているとみるべきであるからである。この意味で、抵触法に用いられている連結概念の性格の決定は法廷地抵触法が独自の立場でこれをなすべきものといふべきである。わが抵触法に用いられている連結要素は当事者の国籍住所または居所、行為地、履行地、事実発生地、目的物の所在地、或は訴訟地(法廷地)などであって、これらの要素は、請求権に構成されている事実関係からおのづと抽象され得、しかも当事者の援用する準拠法上如何に考えられているかに影響されることなく、わが抵触法の立場から性質決定されてなんら差支えないものである。逆に言えば、当事者はその法的に構成した請求権を、わが抵触規定にはめ込む場合に、この意味でわが抵触規定に用いられた連結要素の解釈において、

わが法秩序に拘束されるのである。

## 第七章 法政策的な調和の問題に還元すべき場合の存在について

右に述べたところによって、大半の涉外事件は、原告、被告、いずれかの請求権のほうが首尾一貫したものと認められ、それによって争訟事件は解決をみるであろう。然しなお疑問として残るのは、当事者の一方は方式の問題であることを主張し、他方は実質の問題であると争い、前者は行為地法たる甲国法から有効として請求権を構成し、後者は同一関係を実質の準拠法たる乙国法によって無効として請求権を否認する基礎を確立し、両者とも、それぞれの法秩序で、その事実関係はたしかに方式又は実質の問題として性格決定され、首尾一貫していることを証する場合に裁判所は如何にすべきか。通説はいうであろう、この場合こそ方式か実質かをわが裁判所が独自の立場で法性決定しなければならぬであろうと。確かに右の場合が、法性決定問題の眼目をなす点であり、しかも各国法の厳密な併存を前提とする国際私法の立場から避けることの出来ない帰結でもある。

然し、この問題を所謂大前提の性格決定の問題として又抵触規定の解釈の問題としてとりあげようとしたところに論議の混乱の原因があるのであって、この衝突は、カーンの言う如くに、隠れたる衝突として、抵触規定の如何ともすることの出来ない問題であると素直に認識すべきである。この問題はむしろ抵触規定の解釈以上の問題であって、抵触規定の解釈をはなれて、法廷地の法政策的な調和の問題に還元すべきである。抵触規定は決してかかる衝突の解決まで言及するものではなく、又この問題は、個々の抵触規定のよく解決しうる問題でもない。かかる問題に当面した裁判所は、抵触規定の個々の立法を離れて、法廷地の全法体系の調和と法秩序の統一を維持し、所謂、正義を最もよく実現するのはいづれの請求権を認容した場合かを検討して、法政策的な観点から、両者の取捨択一の断を下すべき

である。

## 第八章 超抵触法的、法政策的調和の問題の存在を認むべきこと

或は、右のようにして所謂形式論理的三段論法を排し、当事者の請求権の構成に耳を傾け、その請求権の構成の準拠実質法における首尾一貫性と、わが抵触法への連結の一貫性を認定することから生ずる、原告、被告の主張の積極的抵触を結局超抵触法的な観点から取捨択一することは法的不安定性の原因になるとあやぶむかもしれない。即ち右のような取捨択一についての法規範の不存在の非難を投げかけるかもしれない。然しかかる非難を投げる人には、国内法分野に目をむけることをすすめたい。ここでは例えば自由法学に導かれた具体的妥当性の考え方が、ほとんど当然のことと受け入れられ、法規の拘子定規の解釈適用からはなれ、大幅に裁判所の自由裁量を認める傾向にあるではないか。渉外事件において、当事者の法的構成の積極的抵触の場合に、いづれの構成を認容するかを裁判所の所謂自由裁量にまかせるといっても、そこには、すでに述べたように、準拠実質法におけるその請求権の成立についての首尾一貫性と、それが準拠実質法の観点からする構成（性格決定）によるにせよ、一定のわが抵触法に規定された連結要素（その解釈はわが抵触法の立場による）によって当該国法によるべきことについての首尾一貫性を保つべきであるという条件があり、その条件の下における自由裁量であってみれば、その裁判は決して裁判所の恣意に流れるものではない。又わが法体系の認めるところとは極くかけ離れた請求権は場合によっては法例第三十条の公序条項の援用によって排斥されることもある。このようにみるならば、国内法におけると同じく、判例の集積によっておのずとそこに一定の法則が生ずることが期待出来るものと考ええる。

## 第九章 その他の牴触法上の諸問題の解決への連絡

右のように、当事者の請求権の概念を導入して問題の解決をはかる考え方は、その他の牴触法上の諸問題の解決に影響するものであることは当然である。紙面の都合上その一、二を挙げれば、これが総括指定説につながり反致是認論になることについてはすでに述べたが、所謂先決問題については、近時漸く盛んになってきている、それが準拠実質法国の牴触法によるべしとの説にもつながるのである。即ち当事者がある請求権（本問題）を構成する場合、その基礎になっている事実関係になお、当該準拠実質法秩序からみて涉外的要素があれば、それは当該準拠法国の牴触規定の命ずるところの準拠法によって重ねてその基礎が裏づけられなければ本問題についての請求権が成立しないことは当然であるからである。その他公序条項の適用にあたって、内国との牽連関係が要求されるが、これは正に当事者の請求権の認否と考える結果とみることが出来よう。

### むすび

諸国の牴触法立法が、その国内私法体系を反映している結果、特にパンデクテン体系を採用する国においては必要以上に請求権概念の導入を困難ならしめるような形式をとっているが、これによって裁判規範たる性格の強い牴触法規範の取扱いが眩惑さるべきではなく、方法的に訴訟法的な把握が可能であり又こうすることによって、複雑な、ばらばらに切断されたようにみえる諸問題の解決が統一的に、より明確な形をとって得られるのではないかと考える。右に展開したところは、ほんの試論であってなお数多くの牴触法上の諸問題がこのような見解に立って統一的に解決されなければならない。これが今後の課題である。ただ一つここで言っておかねばならぬことは、右のような牴



## 論 說

触法方法論を採用することは、抵触法分野における比較法の必要を決して減少せしめるものではなく、反対に、こうした立場に立つてこそ、諸国の実質法並に抵触法の知識を一層必要にするものである。この方法こそ、帰納的な実証的な方法論ではないかということである。

(注) 紙面の都合もあって注釈は一切はなしたが、Wengler, Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im Internationalen Privatrecht, Falconbridge, Conflict of Laws "Problem of characterization" を参照されたい。