九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

抵触法における自然人の権利能力 : 民法三条二項の接触法的位置づけに関する一考察

髙畑, 洋文
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程 : 国際私法

https://doi.org/10.15017/14708

出版情報：九大法学. 95, pp.97-114, 2007-09-26. Kyudai Hogakkai
バージョン：
権利関係：

研究ノート

抵触法における自然人の権利能力

――民法三条二項の抵触法的位置づけに関する一考察――

髙畑洋文

第一節　現在の理論的状況

わが国の国際私法上、（自然人及び法人を含む広い意味での）人の権利能力が問題とされる際には、従来、抵触法と外人法を明確に区別し、それぞれについて別個独立に（二元論的に）議論を行っていた。法人についていえば、わが国には外国人の内国における権利享有につき定める外人法と称される一群の法規範[1]があり、これらの規範はいつ如何なる場合にどのように適用されるかが一方で議論されつつ、それとは一応別個独立の形で抵触法上いわゆる法人の権利能力を定める準拠法は何か、という点が議論され、そこでは本拠地法説と設立準拠法説の対立が存在した。ところが、この点に関し立法趣旨を丹念に調査した上で、このような二元論的な把握は立法趣旨に反し、むしろ一元論的に把握すべきとする石黒教授の批判[2]が公表されて以降、学会の趨勢はこの批判を受けた議論を行っているものと思われる[3]。

石黒教授の問題意識の出発点は、明治期法典編纂においては条約改正こそがその主眼であり、そのためには外国人・外国法人関係の規定の整備を忘れる訳はない[4]、というものであり、詳細な検討の結果、やはり外国法人については抵触法規定は意図的におかれなかったこと、実質法上解決し尽くされていることが明らかとされた。これに対し、自然人においては未だ上記の二元論的把握がなされ続けている。すなわち、民法三条二項や外国人土地法などの適用関係が一方で議論されつつも、他方、自然人の権利能力の準拠法は抵触法規定が欠缺しているとされ、その準拠法は何かで争いがあるのである。法人と同様の考慮は自然人には当てはまらないのだろうか。これが筆者の疑問の出発点である。

ところで、わが国際私法上自然人の権利能力が議論される場合、外人法と抵触法の区別に加えて、さらに抵触法上一般

的権利能力と個別的権利能力が区別されることが常である。だが、結論を先取りして言えば、何が一般的権利能力の問題で、何が個別的権利能力の問題か、という点においてすら既に論者によって一様ではない。しかも、個別的権利能力の準拠法が何であるかについては一致を見ているものの、一般的権利能力の準拠法が何であるかについては見解の一致を見ない。何が一般的権利能力の問題とされ、その準拠法は何であって、その準拠法とわが国実質法上の外人法規定はどのような関係に立つか。以上三つの問題点に対する見解の相違のヴァリエーションによって見解はいくつにも分かれ、真の問題点は何であるかの見通しが立たない、これが現在の理論的状況といえる。

二〇〇六年に法例が全面的な改正を受け、新たに法の適用に関する通則法として二〇〇七年に施行されたが、権利能力の準拠法は結局規定されず、最終的に解釈にゆだねられた。今後も引き続き、権利能力の準拠法に関する議論を重ねていくことになるが、その前提として、従来の議論を整理し、外国人の権利能力についてわが国実質法ではいかに規定されていて、それはいかなる趣旨でそのように規定されたのかを明らかにすることで、今後の議論の一助としたい。

第二節　一般的権利能力の問題範囲

一般的権利能力とは、「権利義務の主体たり得る地位ないし資格」[5]であって「法律上の所謂人格」と定義され、具体的にはその存否及び始期ないし終期が問題とされる。但し、国際私法上人格の存否については、仮に人格を否定する法制度が存在したとしても、そのような法の適用はわが国の公序に反するとされ、この点について法の抵触は存在しない。これに対して人格の始期ないし終期については、法の抵触が存在し、いずれの国の法律によるべきかが問題となりうるとされる。また、個別的権利能力とは、「一般的権利能力を有する者、すなわち法律上の権利主体たる者が、個々の権利義務を享有または負担し得る能力」[6]と定義され、具体的には物権、親権、相続権など種々の権利義務において問題となる。[7]

ところで、人格の始期に関わる問題の一つとして、胎児の取り扱いがある。各国の私法においては個別の権利関係につき、または個別の権利関係であるかを問わず一般的に、胎児を既に生まれたものと扱う。通説は、この胎児の出生の擬制の問題を、人格の発生要件をも含めて個別的権利関係の問題

だと説明する。[8] この説は、このような胎児の取り扱いは、それぞれの権利関係との関連において初めて意味を持つので、それぞれの権利関係について指定された準拠法の一部として適用されるべき性質のものである、と主張し、人格の始期及び終期の問題も全て個別的権利能力の準拠法、すなわち個々の権利関係の準拠法によるとする帰結を導く。他方、人格の始期の問題に関し人格発生の条件と個別の利益的取り扱いとを明確に区別し、前者については人格の準拠法、後者については個別的権利能力の準拠法がそれぞれ適用されるとする説も存在する。[9] つまり、人格の発生の条件を、独立に一般的権利能力の準拠法の問題とするべきなのか、が両説の分岐点となるわけである。これは人格の消滅においても同様である。

このように、現在において一般的権利能力の問題を独立に観念するべきか否かは、端的には人格の始期及び終期を個別の権利関係とは独立の法問題として観念するか否かの各論者の判断に係っている。しかし、法例制定当初から議論が以上の点についてのみ争われていたわけではない。外国人の一般的権利能力に関する議論は、内外人平等の原則や民法三条二項を初めとする外人法の位置づけの問題などと密接に絡みながら展開してきたのである。そこで、どのような問題が一般的権利能力の単位法律関係に含まれるか、一般的権利能力の準拠法は何か、民法三条二項との関係をどのように考えるのか、の三点に着目しつつ、ひとまず学説史を整理することにする。

法例制定当初の明治末期から昭和前期において、権利能力の問題は、その準拠法が直接問題とされるよりは、外国人の内国における地位との関連で議論されることが多かった。[10] 既にこの時期から一般的権利能力と個別的権利能力は厳密に区別されており、[11] これらのうち人格自体の存否の問題が一般的権利能力の問題とされている。そして、人格の始期ないし終期の問題も人格の存否の問題の一環として取り扱われていた。[12] すなわち、その人格があるかないか、あるとすればいつの時点であるのかが、併せて人格の存否の問題とされたのである。始期及び終期を含む人格の存否にいかなる準拠法が適用されるとされるかについても、既に当時から個別準拠法説、本国法説、法廷地法説の三説が主張されており、このうち、内外人を問わず権利享有能力を有することはわが国の法の根本原則であって、この原則はわが国の公益上絶対的に維持しなければならないものとされることから、法廷地法が妥当と結論づけられている。[13]

このような結論は、以下のような論理構造に支えられていたものと考えられる。つまり、この当時内外人の平等は実質法上の原則と考えられていた。一般的権利能力が渉外的法律関係において問題となった場合、国際私法上これを当事者の本国法ないし個別準拠法によって判断しようとすれば、それはわが国実質法上の原則を潜脱することになってしまうため、民法三条二項を今日の言葉でいえば絶対的強行法規であると位置づけ、ただそのような国際私法を通さない法の適用という考え方が当時存在しなかったことから、国際私法上の連結点として法廷地を採用することでこの原則ないしこれを定める条文の適用の貫徹をはかったのである。なお、権利能力を否定するような法制度は公序によって排斥すればよいとする考え方はこの時期においては未だ明確に採られてはいなかったことも、一般的権利能力の準拠法について法廷地法を適用するとする解釈を採用するに至らしめた一つの理由と考えることができよう。

その後、外国人の内国における地位に関する規範といういわゆる外人法という概念がわが国に導入され、これと国際私法との関係が問題とされることで議論は変容を受けるに至った。外人法の一般規則たる民法三条二項にいう、外国人が享有する「私権」とは一体いかなる国の法律によって定められるのかが、端的に問題にされたことが発端となった。[14] 当時単位法律関係の性質決定論につき準拠法説を採用していた江川教授は、外人法は国際私法とはその存在局面を異にする法律であり、国際私法による指定を受けて始めて適用されることを主張し、本来権利能力という単位法律関係がいかなる実質を有しいかなる法問題を含むものであるかはその準拠法によってのみ明らかとなるということを前提としつつ、民法三条二項にいう「私権」は日本法が準拠法とされた場合にのみ関するもので、その内容は日本法上のものである、と主張した。[15] これは、外国人は日本法によって私権があるとされるのではなく、既に外国法上私権はあるとされており、そのような私権がわが国でいわば承認されるのは当然であって、民法三条二項は外国人も私権を有すると規定するが、本条にいう「私権」とは準拠外国法の「私権」を含まないとするものである。つまり、内外人の平等を定め、絶対的強行法規であるとする位置づけがなされていた条文が、日本法を準拠法とする外国人が有する日本法上の私権を定めるものと、その位置づけが相対化されてしまったのである。また、このように考えたとしても、個別的権利能力の準拠法はそれぞれの準拠法による

とすることから、民法三条二項以外のわが国の外人法を外国人に適用するにあたって特別に困難は生じない（例えば外国人土地法は物権準拠法所属国たる日本法が適用される）。さらに、この時期に至って一般的権利能力を否定する法制度は公序で排斥すればよいのだとする考え方が急速に広まったことも相まって、では一体一般的権利能力の問題はいかなる法律問題を含むのかということが直接的に問われ直されることになった。

法例制定直後から、一般的権利能力の問題について最も密接なのは本国法であるという認識は学会で共有されていたと見てよい。しかし、人格の存否については公序で対処すればよいとされた以上、権利能力の存否はもはや問題とはならず、一般的権利能力の問題として残されるのは人格の始期及び終期の問題についてのみということになる。しかし、人格の始期及び終期の問題は独立に問題となることがなく、常に相続や不法行為といった個別の法律関係に付随して問題となると把握されたことから、これら人格の始期及び終期の問題についても個別の単位法律関係の準拠法により判断すればよいものとされた。従って、ここに至り一般的権利能力という単位法律関係は不必要なものであるとされたのである。[16] ここにおいて外人法の一般規定たる民法三条二項は、（このような存在を観念できるか否かはさておき）日本法を準拠法とする外国人に関する規定であってわが国実質法の指導原理程度の位置づけがなされることになった。[17] と同時にそれまでは実質法上のものとされていた内外人の平等という原則は、その外国人が準拠実質法上有する権利がわが国においても認められることを意味するものとして、国際私法上に位置づけ直されることとなったのである。そして、この江川教授の所説が、以後わが国において指導的な地位を占めるに至った。[18]

更に時代が下って、性質決定論につき国際私法独自説が通説化するなど、学説が大きな変容を遂げた後においても、多くの学説は民法三条二項の位置づけは曖昧にしたまま、一般的権利能力の準拠法を観念する必要はないとする結論を維持したが、一部の学説は一般的権利能力という問題設定そのものを独自に観念する必要性があることを主張した。[19] 実際上はその実益に乏しいとはしつつも、問題となる単位法律関係ごとに人格の存否が別個に判断されることは不当であること、[20] あるいは改正前法例三条一項にいう「能力」には権利能力も含まれることが立法資料から一義的に明らかなこと、[21] などをその理由としている。そして、一般的権利能力の問題は人格

の始期及び終期であるとした上で、その場合一般的権利能力の準拠法として妥当なのは、人格の問題が人の本国ともっとも密接な関連を有していることから本国法によるものとしているのである。但し、これらの反対説も、残念ながら民法三条二項の位置づけを十分に明確に意識した議論とはなってはいないように思われる。というのも、外人法と国際私法の適用についての先後関係に言及する学説は、民法三条二項を、日本においての権利享有につき定める、渉外的法律関係に直接適用される渉外実質法規であると位置づけている。[22] 他方、外国人はその本国法による権利を享有するとも言及するのである。[23] ではなぜこのように外国人の権利能力が国際私法上と日本実質法上の二重に根拠づけられなくてはならないか、その理由は十分に明らかにされているとはいえない。

従って、以下のように整理することが可能であろう。法例制定当初、内外人の平等はわが国実質法上の原則であった。この原則が潜脱されないよう、その準拠法は法廷地法であるとされた。これは、当時未だ明確でなかった、準拠法を介さない渉外的法律関係の処理における絶対的強行法規の適用を、連結点の形で明確化するものであったと思われる。ところが、性質決定論について準拠法説を採用する立場から、外国人が有する権利は準拠外国法によってしか明らかにならないことを前提として、内外人の平等は実質法上の原則ではなく、外国法により認められた権利をもわが国でいわば承認する、という国際私法上の原則として位置づけが変えられた。その結果、国際私法における一般的権利能力の問題に準拠法による処理が紛れ込むことにつながった。さらに、権利享有を認めない法制度は公序によって除外すればよいとされたことから、権利の享有はもはや問題とせず、一般的権利能力の問題を、準拠実質法上の人格の始期及び終期の問題に限定したことで、個別の権利関係に適用される準拠法により処理をすればよいとした。これに対し、人格の始期ないし終期を独立に考慮すべきとする立場も存在するが、準拠法による処理を依然として維持することから、内外人平等の原則も依然として国際私法上の原則として位置づけられているものと思われる。

そこで、以下の考察においては、果たしてこの内外人平等の原則を国際私法上位置づけることが可能なのかどうかを明らかにしたいと考える。そこで、そもそも立法者は国際私法上権利能力の問題を規定したのか否か、これに対応するわが国実質法である現行民法三条二項はいかなる趣旨なのか、を節を改めて順次明らかにしていくが、その前提作業として、

一般的権利能力という問題設定をそもそもするべきか否かについて検討を加えておく。

人格発生の条件をも個別的権利能力の準拠法によるとする場合、そこには適応問題の発生が不可避である。単位法律関係ごとに準拠法を選択するというサヴィニー型国際私法を採用する限り、複数の準拠法の接合面にずれが生じうるのは仕方のないことといえる。このようなずれの発生を極力回避しようと複数の単位法律関係にまたがる問題であってもできるだけ単一の準拠法による一体的解決を試みるのも、そのようなずれは不可避のものであるとして放置するのも、抵触法解釈論の態度決定としてあり得よう。だが、できうる限りこのようなずれが発生しないよう抵触法上の解釈論で手当を試みる、という解釈手法もまたあり得るものではないだろうか。一般に適応問題の発生は望ましいものではなく、殊にここで問題とされているのは人の権利能力といういかなる法関係においても前提とされるものである以上、このような根本的問題について適応問題が発生する可能性は極力排除しておくのが相当と思われる。人格の発生条件を個々の準拠法にゆだねることなく、何らかの一つの基準により解決すれば、少なくとも適応問題の発生を未然に防ぐことができる。筆者のこのような適応問題発生の未然の回避という観点からは、人格発生の条件も個別的権利能力の準拠法の問題とする解釈は、いたずらに適応問題の発生を助長するものであり、承服しがたい。さらに、サヴィニー型国際私法における人の地位の特殊性にも目を向ける必要があろう。単位法律関係ごとに準拠法を定めるというサヴィニーの法理論においては、まず人がいて、それらの人がいかなる法律関係に立つかという議論の順序が採用されており、それ故サヴィニーにとって人の地位は全ての法関係に先立つものである。そのためサヴィニーは、その現代ローマ法体系の八巻において国際私法総論を検討した後、個別の法律関係に考察を進める前に全体の四分の一もの分量を人の地位の考察に割いている。このようなサヴィニー型国際私法における人の地位の一問題としての権利能力の特殊性にも鑑み、筆者としては、人格発生の条件は個別的権利能力の問題ではなく、一般的権利能力という独立の単位法律関係の問題という説を支持したい。

ではその準拠法はいかなる国の法律であるとされたか。そもそもわが国際私法上規定は存在するのか。この点を節を改めて検討する。

第三節　立法者意思――改正前法例三条一項の起草過程における議論

法の解釈にあたり、立法者意思をどのように位置づけるかによって立場が分かれるが、現在では、立法当時想定されていた社会の根本的な変化など一定の事情がない限り、とりあえず立法者意思が法律の解釈にあたり重視されるべきものであることについては異論がないものと思われる。[24] そこで、改正前法例三条一項の解釈にあたり、ひとまず立法者がこの点を如何に考えていたのかを明らかにする。但し、改正前法例の草案がどのように起草されたか、条文の文言解釈にあたって誰の見解を重視すればよいのかについては論者によって若干の相違がある。[25] 本稿では、一応、従来の学説において立法者であるとされる三名全員の見解をそれぞれ検討することにする。

改正前法例は権利能力の準拠法につき規定していたかどうかについて、もっとも明快なのは梅博士である。梅博士は改正前法例三条一項にいう能力が意味する内容として同法三条の質疑応答において次のように述べている。すなわち、「（民法）總則トシテハソレ丈ケ（筆者注――未成年者、禁治産者、準禁治産者及び妻の行為無能力）シカ規定ニハナツテ居ラナイガ能力問題ハソレ丈ケデハ決シテナイ實ハ第一ニ権利能力、行為能力ト云フ區別スラモ學者ノ間ニハスル必要ガアル餘程民法ニモソレヲ書カウカト思ヒマシタケレドモ民法ニ書クトマダ日本ニ一般ニ行ハレテ居ナイ名稱デアルカラ大層事ヲ好ンダヤウニ見エルサウシテ總則編ヲ書キマス時分ニハ餘リ大キイ事ヲ書クト直グ否決シサウナ勢ヒデアリマシタカラソレデ矢張リ舊法典ニ使ウテアリマシタ所ノ文字ヲ使ウテ置キマシタ、ケレドモ總則ノ方ニハ能力ニ付テハ行爲能力ニ付テシカ規定スル必要ガナカツタノデアリマス併ナガラ權利能力ノ事ト雖モ矢張リ能力ト云フ文字ノ中ニハ這入ラナケレバナラヌソレ故ニ第三條ノ人ノ能力ト云フ中ニハ權利能力ノコトモ這入ル」[26] と。これによれば、少なくとも梅博士は、立法時の政治的配慮から民法では権利能力という文言は使用せず、旧民法の用語に従ったが、改正前法例及び民法を通じて権利能力という考え方自体は採用されており、その本拠として本国法が妥当すること、その際文言上の根拠として改正前法例三条一項の「能力」には権利能力も含まれると考えていたことは明らかであろう。但し、人格発生の条件について

は梅博士の具体的な言及は存在しない。

これに対し、同じく起草委員たる穂積博士の見解は改正前法例三条に関する議事速記録上の発言からだけでは明らかにならない。この点について穂積博士が言及しているのは、一般的権利能力との関連性が指摘されている[27]改正前法例六条の趣旨説明においてである。そこでは、「少ナクトモ我國ニ於キマシテ此失踪ノ宣告ト云フモノハ身分ニモ關シマセズシテ人ノ人格ノ存在――人ガアルモノト看ルヤナイモノト看ルヤト云フコトガ失踪ノ宣告ノコトデアリマス國々ニ依ツテ違ヒマスルケレドモ日本デアリマスルトカ或ハ独逸、和蘭、澳地利サウ云フヤウナ國々デハ失踪問題ハ人格ノ存在ノ問題デアリマス故ニ斯ウ見マスル國ニ於キマシテハ全體ト致シマシテ其人ガ生キテ居ルカ居ラナイカト云フコトデアリマスカラ本國法ニ依ルト云フコトハ之ハ疑ノナイコトデアラウト思ヒマス…（中略）…ソレデ法例ニハ一體人ノ存在ノコトマデモ書テアリマセヌ又權利能力ノコトハ此原則トシテハ書テハアリマセヌ故ニ人ノ生死ト云フコトニ關スル事柄ガ問題ニ爲ツテモ宜シイ…[28]」と述べている。これによれば穂積博士は、人の能力や家族法上の法的地位に関する一般原則として本国法主義を採用する、という意味で改正前法例三条を一般的な基礎として定立したことは疑いがない[29]が、しかしながら、改正前法例三条にいう「能力」には権利能力が含まれるものとまで穂積博士が考えていたかについては、この記述からは否定的に解さざるを得ない[30]。権利能力の準拠法について穂積博士は如何に考えていたのかは、梅博士同様立法資料からは明らかとならない。人格発生の条件についても梅博士と同様である。

改正前法例の改正案参考書[31]を執筆したとされる山田三良博士は、民法審議段階において二条修正案が提案された際に反論として提出した「民法第二条修正案ヲ評ス」という論考、法例修正案参考書[32]及び改正前法例施行直後に公表した権利能力に関する論説[33]及び体系書等で、その見解を述べている。修正案反対意見では、外国人の公法及び私法上の地位の沿革について整理した後、それらのうち平等主義を採用する現行民法三条二項（旧二条）の解釈について同条一項（旧一条ノ二）を前提としつつ、当該外国人が本国法において人格者であるか否かにかかわらず、反対の規定ない限り内国人と同様に私権を享有する、としているのみであって、法例との関係では論じてはいない。修正案参考書ではもっぱら行為能力に関する記述に終始し、一般的権利能力の準拠法に言及するものは唯一施行直後の論考のみである。これは従来より数多く引用

されるものであり、我国では唯一法廷地法説を採るものと理解されている。従って山田三良博士は、改正前法例三条にいう「能力」に権利能力が含まれるかどうかは明らかではないが、改正前法例が広く採用した属人法主義の原則に対する例外として、一般的権利能力が問題となる限り日本人であると外国人であるとを問わず日本法による、と理解していたものと思われる。[34]

以上のように、ここで掲げた立法者三名の見解は、それぞれ大幅に異なる。梅博士は権利能力の準拠法は法例三条一項によるとし、穂積博士は法例三条一項によらないとするがそれ以上明らかではなく、山田三良博士は日本で問題となる限り民法一条及び二条（当時）により外国人も当然に権利能力を有するし、人格の発生条件についても日本法によるとする。以上の考察から明らかとなるのは、立法者意思が何であったかは一義的に明らかであるとは言えない、ということのみである。従来の通説はもとより、実務上の運用[35]においてもほぼ一貫して改正前法例三条一項に権利能力は含まれないとされてきており、これに対し、近時の学説が同条の能力には権利能力も含まれるという解釈を提示しているが、少なくともこれを支えるだけの十分な資料的根拠があるとは言い難い。法適用通則法四条において文言が「行為能力」に改められたが、これは立法資料上からは明確とは言えない解釈の可能性を排除したという評価をすることができるものと思われる。

第四節　法選択規範欠缺の処理――外人法の抵触法上の位置づけと関連して

いずれにせよ、法適用通則法では行為能力のみが本国法によると規定され、一般的権利能力について規定が存在しない。これに対し、実質法たる我が国民法三条二項は内国における外国人の私法上の地位を定めており、講学上「外人法」と称されるが、果たしてこの条文は抵触法学上どのように位置づけられるのか、が問題となる。換言すれば、民法三条二項は国際私法による指定を受けて初めて適用されるのか、それとも涉外的な事案に直接に適用されるのであろうか、[36][37]が問題とされよう。

繰り返しになるが、この点につき、古くは国際私法による指定を受けて初めて我が国実質法規が適用されるとする見解も有力に主張された[38]が、現在では一般的に外人法と国際私法

のどちらが優先するかということは一概に判断できず、問題となる法規の趣旨・目的に着目し、それが渉外的な法律関係に直接適用されることを予定された実質規定かどうかを問題とする見解[39]が有力であるとされる。この説に従えば、外国人の私権享有に関しては民法三条二項の立法趣旨如何によって渉外的法律関係に直接適用すべきかどうかを判断すべきこととなる。

そこで民法三条二項の立法趣旨を検討することになるが、その前提として審議段階でどのような議論が存在していたかを確認しておくことが有用であろう。

審議段階において如何なる議論が戦わされていたかを確認できる資料は、筆者が目を通した国際私法に関する資料の中では梅博士の叙述[40]及び寺尾亮の著書[41]の二つである。さらに、民法の観点からは大河純夫教授の立法史に関する詳細な論考[42]が存在する。これらによると、起草者は外国人の権利能力につき例外的に法律ないし命令によって制限できるものの原則としては外国人も権利能力を有するという平等主義的規定を用意した。これに対し審議段階では、原則としては外国人は権利能力を有さず、例外的に法律等をもって権利能力を認めるべきだとする修正案が提出されたため、梅博士や穂積博士の意を受けた山田三良博士が起草者の草案を擁護する論陣を張った結果、逆に、外国人が権利能力を有することは当然であって法律として定めるまでもないため民法二条は削除すべきだとする修正案も提出された。このように議論が錯綜する中、両修正案は支持を集めることができず、結局起草者の草案が採用されることとなった[43]。そのため、民法三条二項（旧二条）の立法趣旨は、山田三良博士の先に引用した修正案に対する反駁の意見書に現れているものと考えてよいものと思われる。この意見書は、民法第四回総会で穂積八束博士が「法令又ハ條約ガ外國人ニ認許シタル場合ニ於イテ外國人ハ私權ヲ享有スル事ヲ得」という法人の認許に関する民法三六条とほぼ同じ文言を用いた条文に修正すべきと主張したことに対して反論するもので、非常に重要なため、若干長くなるが必要な箇所を全て引用する。すなわち、「民法ニ於テ人ハ私権ヲ享有スト云フトキハ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス凡ソ我法律ノ支配ヲ受クル人類ハ皆私権ヲ享有スルコトヲ規定セル法文ト謂ハサルヘカラズ。…（中略）…第一章ニ題シテ「人」ト云ヒ第一節ニ「私権ノ享有」ヲ規定シ、第一條ニ「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」ト規定セルヲ以テ見レハ、我民法ハ人ハ私権ヲ享有スヘキ原則ヲ前提トシ、人ノ私權ハ

出生ニ始マルモノニシテ、特別ノ明文有ルニ非スンハ出生以前即チ胎兒ニ及ササルコトヲ明ラカニスルモノト云フヘシ、故ニ今胎兒ハ未タ人ニアラスト假定スルトキハ、民法第一條ハ人ハ私權ヲ享有スト云フト同一ノ意義ノ規定タリ、而シテ人トハ何ソヤ、我國民ノミヲ云フヤ將タ外國人ヲモ云フヤ、之ヲ今日ノ法律思想ニ徴シテ考フルニ、佛國民法第八條ノ如ク特ニ「凡ソ佛國人ハ私權ヲ享有ス」トノ明文無キ以上ハ第一條ニ所謂人トハ内國人ノミヲ云フト解釈スルコト能ハス、蓋シ内外人平等主義ハ現今文明諸國ノ私法上ノ一大原則ニシテ、我國法上ニ於テモ外人ハ人ニ非ラスト言フコトヲ許ササルカ故ニ、人ノ私權ノ享有ハ出生ニ始マルト言ヘハ、我國民ノミ出生後私權享有ノ能力ヲ有スルニ非スシテ、我國ニ出生シタル外國人モ亦出生後私權ヲ享有スル能力ヲ有シ、凡ソ我民法ノ支配ヲ受クヘキ人類ノ私權享有ノ能力ハ出生ニ始マルコトヲ規定シタルモノト解釈スルコトヲ得ヘシ、且ツ我國現行法令ニ於テモ特ニ帝國臣民タルコトヲ要シ又ハ外國人ニ認與セサルコトヲ明言セサル以上ハ外國人ハ内國人ト同シク私權ヲ享有スルモノト解釈スルコトヲ得…（中略）…外國人ノ私權享有ノ能力ハ第二條ニ依リテ始メテ認定セラレタルニ非スシテ、既ニ第一條ノ規定ニ包含スルモ尚ホ解釈上ノ疑義ヲ豫防シ且ツ外國人ノ私權享有ノ能力ハ法令又ハ條約ノ制限ニ依リ内國人ト全ク同等ニ非サルコトヲ明ラカニスルカ爲メ特ニ第二條ヲ設ケタルモノト謂フヘシ（下線は筆者による）[44]」と。これによれば、民法三条二項及びその前提たる同条一項は明らかに渉外的な法律関係にも直接適用することを予定された実質法規であると云うことができよう。また、修正案それ自体も民法三六条と軌を一にするもので、当時立法者が実質法で外国人の権利能力の問題を全て書き尽くそうとしていたことが伺える。

また、民法三条二項が起草された当時に参考とされた、諸外国の規定のあり方にも目を配る必要がある。民法が起草された当時、諸外国では外国人の権利享有能力を実質法で規定することが一般的であった。その施行が延期された旧民法五条は外国人の権利享有につき規定しているが、この規定にあたって主として参考とされたのがフランス民法一一条であり、イタリア民法三条であった。[45] このうちフランス民法一一条がいわゆる相互主義をを採用するものであって、外国人の権利は当外国でフランス人が認められるのと同様の権利しか有しないものとされ、これの後に制定されたイタリア民法三条は平等主義を採用した。このような流れを受けて、山田三良博

士は我国民法三条二項が市民法の進歩の終着点たる平等主義を採用するものだとその理想を高らかに歌い上げたのである。つまり、条約改正という悲願を達成するにあたって、外国人の権利享有能力については明確に定めることが必要とされ、法人の規律と同様、立法者はこれを民法に直接規定することとしたものと思われる。そして、そのような規定のあり方は、当時の諸外国の法典に比しごく一般的だったのである。

第五節　わが国における外国人の権利享有能力の始期及び終期

以上のように、一般的権利能力に関する法の抵触は、立法趣旨からみれば、我が国実質法における法人に関する規定同様、既に我が国実質法規により解決済みと判断できることになろう。残された問題は、外国人の権利享有能力の始期及び終期をどのように考えるかである。この点について、本来的な起草者である梅博士及び穂積博士に一定の見解があったかどうかは疑問が残る。事実、わが国民法において同時死亡の推定に関する規定は民法制定当時存在せず、ようやく昭和三七年に新設されている。しかし、この点については、既に引用した、審議段階において穂積博士が同調し、審議後梅博士が「自らの見解とほぼ異なるところがない」[15]とする山田三良博士の反駁書が既に詳細に取り上げている。これによれば、民法三条条一項は本来外国人にも適用されるべきものであり、外国人の権利享有能力の始期が問題とされた場合であっても、日本人と同様当然に出生をもって権利享有能力を有するものとされるとする。その終期については言及がないが、これはその当時同時死亡の推定を定める条文が存在しなかったためであろう。権利享有能力の存否及び始期が日本法によるのであるから、その終期も日本法によると考えるのが自然だと思われる。権利享有能力一般の始期をその一項で定め、個別外国人の権利享有能力について二項で定めるのであるから、外国人の権利享有能力の始期に関してもその一項が適用されると考えることは、体系的理解から言っても自然といえる。従って、その権利享有能力の始期ないし終期が問題とされる場合においては、日本法のみがこれを定める、と解することになろう。

注

（1）民法三六条及び四九条、商法四七九条以下など。

（2）石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣、一九八三年）二五六頁以下。

（3）比較的近時の文献として、道垣内正人『ポイント国際私法（各論）』（有斐閣、二〇〇〇年）一七五頁、西島太一『外国会社と我が国民商法規定：所謂会社従属法の適用範囲及び擬似外国会社の取扱について』阪法四八巻三号（一九九八年）一六一頁以下、河野俊行『会社の従属法の決定基準――本拠地法主義・設立準拠法主義』ジュリ一一七五号（二〇〇〇年）二頁以下、野村美明『外国会社の規律――居留地からグローバル社会へ』ジュリ一一七五号（二〇〇〇年）二一頁以下、早川吉尚『外国会社』法教二六五号（二〇〇二年）三五頁以下、奥田安弘『新会社法における外国会社の法的地位』中央ロー・ジャーナル三巻二号（二〇〇六年）三三頁以下など。

（4）石黒・前掲注（2）二五七頁。

（5）江川英文『新法律学演習講座　国際私法』（青林書院、一九五九年）八九頁。近年の主だった体系書も、ほぼ同様の定義を採用していると見てよい。道垣内正人『国際私法入門（第六版）』（有斐閣、二〇〇六年）一六七頁、溜池良夫『国際私法講義（第三版）』（有斐閣、二〇〇五年）二五五頁、山田鐐一『国際私法（新版）』（有斐閣、二〇〇三年）一七四頁以下。

（6）江川・前掲注（5）九二頁。

（7）なお、現代国際私法はサヴィニーに依拠しているとされるが、個別的権利能力という問題設定をサヴィニーは明確に否定している。しかもサヴィニーの主張する権利能力の連結点は住所地であって、何故連結点として住所地を採用するのかの理由付けの点などを含め、既にサヴィニー理論とは何重の意味においてもかけ離れたものとなっている。

（8）道垣内・前掲注（3）一五九頁以下他前掲注（5）各文献参照。

（9）古くは久保岩太郎『国際私法』（有信堂、一九六九年）一一〇頁、近年では櫻田義章『国際私法（第五版）』（有斐閣、二〇〇六年）一三八頁以下、特に一四〇頁参照。

（10）山田三良『国際私法』（有斐閣、一九三二年）二七五頁。跡部定次郎『国際私法上巻』（弘文堂書房、一九二六年）もほぼ同様の体裁を採る。

（11）同上四五八頁（山田）以下。

（12）同上四六一頁以下。

（13）個別準拠法説は人格自体の存否を決定する基準として妥当ではないとされ、本国法説も外国人の内国における地位というこの問題の歴史的沿革及び滞在国の公益を無視するものであって不当であるとされる。同上四五九頁以下。

（14）江川英文「衝突規則と私法との関係に対する卑見」法協四五巻一〇号一八七五頁以下参照。

（15）同上。

（16）江川・前掲注（5）八九頁以下。
（17）同上九八頁。
（18）前掲注（5）各文献参照。
（19）このような解釈を採る論者として久保教授及び櫻田教授が挙げられる。前掲注（9）各文献参照。
（20）櫻田・前掲注（9）一三九頁。
（21）野村・後掲注（26）二六八頁。、道垣内・前掲注（3）一五九頁以下。
（22）同上二六九頁（野村）。
（23）同上二六八頁。
（24）広中俊雄『民法要綱』（創文社、一九八九年）六〇頁以下。特に六二―六三頁参照。
（25）議事速記録及び穂積陳重『法窓夜話』（岩波文庫、一九八〇年）一八七、一九二頁、及び山田三良『回顧録』（山田三良先生米寿祝賀会、一九五七年）三四―三六頁から明らかになる事実は、自ら起草したと穂積博士が述べる文献が残っていること、穂積博士が草案の審議にあたり趣旨説明を行っており、これに対して梅博士が穂積博士とは異なる独自の説をしばしば主張したこと、山田三良博士が起草資料を調査・収集し穂積博士に送付したこと、及び山田三良博士が法例修正案参考書（理由書）を執筆したこと、である。その舞台裏に関して、池原季雄『国際私法（総論）』（有斐閣、一九七三年）三一頁は、法典調査会委員の穂積博士及び起草委員補助の山田三良博士が起草に関わったとのみ記しており、梅博士の関与については何も記述していないが、石黒一憲『国際私法（第二版）』（新世社、二〇〇七年）一八頁では起草者は穂積博士及び梅博士の二人とされていて、逆に山田三良博士の関与について懐疑的であり、同『国際私法の解釈論的構造』（東京大学出版会、一九八六年）一四六頁によれば、実際の起草は穂積博士によってなされたものとされている。久保岩太郎「現行法例の成立について（財産の部）――法典調査会議事速記録を中心として」『国際身分法の研究』（有信堂、一九七三年）七頁以降では、山田三良博士の補佐を得て穂積博士が草案の起草に当たり、梅博士と合議の上草案として提出したとされる。いずれにせよ、穂積博士が主たる、梅博士及び山田三良博士が従たる役割を持っていた、と考えてよいものと考えられる。この点につき、なお石黒一憲『国際私法と国際民事訴訟法との交錯』（有信堂、一九八八年）二四〇頁参照。法例修正案理由書及び法例修正案参考書の関係については高桑昭「法例修正案に関する参考書と理由書――我が国の国際私法学における立法資料の取り扱い」国際法外交雑誌八六巻二号三〇頁以下。
（26）法例議事速記録（商事法務版）五八―五九頁。谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法（1）総則（1）［改訂版］』（有斐閣、二〇〇二年）二六四頁（野村美明執筆）、野村美明「国際私法の現代化に関する要綱案について」判例タイムズ一一八六号（二〇〇五年）六二頁はこの本文のみを引用して立法者の見解とする。

（27）道垣内・前掲注（3）一六二頁、河野俊行「法適用通則法における自然人の能力」ジュリスト一三二五号（二〇〇六年）四一頁参照。

（28）議事速記録（商事法務版）九一―九二頁。

（29）石黒・国際私法第二版三二頁注29―a及び三七八頁以下、同・『国際私法の解釈論的構造』（東京大学出版会、一九八〇年）一四四頁以下参照。

（30）直接の証拠となりうるかは判断の分かれるところであろうが、穂積博士が外国人向けに執筆した民法の解説書においても、外国人の法的地位に関して、本国法に全く言及することなく民法旧二条（現三条二項）及び旧三六条（現三五条）に言及している。N. Hozumi, New Japanese Civil Code as Material for the Study of Comparative Jurisprudence, 2nd ed., 1912, pp 75-84. なお初版は一九〇四年。

（31）改正案参考書は法例のみに付されたものではない。民法や商法、不動産登記法などについても存在している。ただし、この参考書にどの程度資料的価値を置くかについては、それぞれの学会において大きな隔たりがある。民法の修正案参考書の位置づけについては広中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、一九八七年）三頁以下、特に一二頁以下参照。

（32）詳しくは高桑・前掲注（25）参照。筆者が目を通したのは法典修正案参考書（法典質疑会、一八九八年六月発行）正価金七〇銭のものである。

（33）山田三良「権利能力ノ準拠法ニ就テ」法協二二巻一二号（一九〇四年）一六七五頁以下。

（34）山田三良博士も、穂積博士と同様改正前法例施行直後に外国に日本の法制度を紹介している。そこでは外国人の法的地位について準拠法について言及することなく直接民法旧二条及び旧三六条を議論している。S. Yamada, Le droit international privé au Japon, Clunet 1901, pp. 632-643. S. Yamada, Répertoire de droit international, Paris, 1930, t. VI, pp 532-546.

なお、穂積博士の叙述を含め、フランスにおいて我が国法例がどのように紹介されまた評価されていたかについて、ジャンールイ・アルペラン（野上博義訳）「一八九八年から一九四五年にかけてのフランスの法律家の日本民法典と法例に関する知識について」西村重雄・児玉寛編『日本民法典と西洋法伝統』（九州大学出版会、二〇〇〇年）五一頁以下。

（35）少なくとも行政の側における改正前法例三条一項にいう「能力」の概念把握は、かなり以前より「行為能力」に限定したものであったことが、資料からは明らかである。たとえば、外務省が編纂した「日本における一般外国人の国内法上の地位」（一九六五年）においては、外国人も民法二条（現行三条二項）で原則として権利能力を有するとされており、権利能力の準拠法については明言せず、また、法例三条一項が「行為能力の準拠法」を定める条文として紹介されている。元法務省の官僚が中

心となってまとめた畑野勇ほか編「外国人の法的地位――国際化時代と法制度のあり方」（信山社、二〇〇〇年）でもほぼ同様の体裁がとられている。

（36）なお、ここでは当該実質法が国際私法による指定によらず直接適用されると考える立場と、当該実質法の上位規範として常に法廷地ないし我が国を連結点とする特殊国際私法規定があると考える立場の対立があるが、筆者には現段階でこの点に言及する能力がないため、本稿ではこの点についての見解は保留せざるを得ない。烝場準一「涉外実質法・直接適用法」澤木敬郎・烝場準一編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、一九九六年）一九頁以下、同・「抵触法と外人法との関係再考」一橋論叢五二巻一号（一九六四年）四八頁以下

（37）法例研究会編『法例の見直しに関する諸問題（3）』（商事法務、二〇〇四年）八頁以下では、権利能力の準拠法に関する諸外国の法制度が引用されているが、その国の実質法がどのように規定されて、それに対して国際私法上如何に規定され、その両者がどのような関係を有するかという視点からは記述されていない。

実質法と国際私法との関係に着目する場合、整理の仕方としては（1）実質法上外国人の権利享有に関し一般的な規定を有さず、国際私法上本国法によるとする国（ドイツ、イタリア、オーストリア）、（2）実質法上外国人の権利享有に関し一般的規定が存在し、それを前提として国際私法上個別的権利能力についてのみ議論する国（フランス）、（3）実質法上外国人の権利享有に関し一般的規定はないが、国際私法上外国人の権利の享有に関しては自国法のみがこれを規律し、始期及び終期が問題となる場合には効果法によるとする国（スイス）、（4）そもそも実質法上も国際私法上も一般的権利能力を観念せず、もっぱら個別的権利能力についてのみ議論をする国（イギリス、アメリカ）と整理できる。このように考えた場合、実際上比較の対象となりうるのはフランス一国のみということになろう。なお、イタリアも古くは実質法上外国人の権利能力につき規定を有していた。この点については後掲注（45）参照）

但し、実質法上如何に規定されていようとも、それとは独立した形で国際私法の議論を行うべきだ、という態度決定それ自体があり得ることは否定しない。その代わり、その場合には我が国民法三条二項をどのように位置づけるか、が別に問題とされよう。同条は空文である、という極論も存在し得ないではない。

（38）江川英文「衝突規則と私法との関係に対する卑見」法協四五巻一〇号一八七五頁以下参照。本論考では民法三条二項（旧二条）の適用関係も跡部教授の説に対する批判として取り上げられている。但し、当時江川教授は単位法律関係の性質決定について準拠法説を採用しており、その関係で外国人の権利内容について当該外国法によるべきであると考えたと評価しうる点はもっと注意を払われてもよいと考える。なお、跡部定次郎「衝突規則と私

法との関係」法学論叢一八巻二号一五九頁以下も併せて参照。

（39）　烝場・前掲注（36）の諸文献及び野村・前掲注（26）『新版注釈民法（1）総則（1）［改訂版］』二六九頁参照。

（40）　梅謙次郎「外國人ノ權利」法協一五巻七号六八七頁以下、特に六八八頁。但し、本稿は梅博士の学会報告の概要であって梅博士が直接執筆したものではない。

（41）　寺尾亮『国際私法』（和仏法律学校、一八九七年）九〇頁。

（42）　大河純夫「外国人の私権と梅謙次郎（一）～（二・完）」立命館法学二五三号（一九九七年）二六頁以下、二五五号一〇五頁以下。

（43）　詳細については大河・同上論文（一）二八頁以下参照。

（44）　商事法務研究会編『日本近代立法資料叢書　16　山田三良氏ノ修正案　第二条批評』三頁以下参照。

（45）　石井良助編『明治文化資料叢書　第三巻法律編上』（風間書房、一九五九年）三九頁以下、商事法務研究会編『日本近代立法資料叢書　16　民法草案人事編（完）』九頁以下参照。

（46）　梅・前掲注（40）八九頁参照。