

準拠法決定過程の数理モデル化に関する試論

八並, 廉
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/2547368>

出版情報 : 法政研究. 86 (3), pp.408-430, 2019-12-18. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

準拠法決定過程の数理モデル化に関する試論

八 並 廉

1. はじめに
2. 法性決定問題に関する学説及び裁判例の状況
 - 2-1. 学説
 - 2-2. 裁判例
 - 2-3. 小括
3. 準拠法決定過程記述のためのモデル提案
 - 3-1. モデルの射程及び前提
 - 3-2. 写像・像・逆像の定義
 - 3-3. 写像・像・逆像概念を用いた準拠法決定過程の記述
 - 3-4. 数理モデルから得られる示唆
4. 結び

1. はじめに

本稿の出発点は、国際私法学において法律関係の性質決定理論に関する総論的研究を進めることを目的とする研究課題であった。

サヴィニー型の準拠法決定規則は、基本的に、単位法律関係としてラベル付けした法的问题の類型ごとに、最密接関係地を指し示すのに適した連結点を設定するという方法で設計されている。その結果、国際民事訴訟においては、法的判断を問われている問題が、狭義の国際私法規範が準備しているいずれの単位法律関係に含まれるかについての判断が、その後の紛争処理を方向づけることになる。ある法的问题がいずれの単位法律関係に含まれるかという国際私法上の問題は、「法律関係の性質決定」又は「法性決定」の問題と呼ばれている。

後述の通り、法律関係の性質決定をいかなる基準に準拠して行うかという問いに対して、学説上は、国際私法独自説が通説とされているところであるが、総論的研究として法性決定理論の精緻化を目指す上では、残されている課題も少なくない。また、判例については、原則国際私法独自説に基づく処理をしようとしつつ実際には実質法上の法概念の理解にも影響を受けている傾向があるように見受けられるとの指摘はあるが、一般論を明示する裁判例が少ないため、必ずしも定かではないとされている。

この分野において総論的研究がなお必要と思われるのは、法性決定の性質につい

(1) 例えば、松岡博(編著)『国際関係私法入門〔第4版〕』(有斐閣、2019年)32頁以下〔多田望〕、神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法〔第4版〕』(有斐閣、2019年)32頁以下〔元永和彦〕、中村達也『国際取引紛争〔第3版〕』(成文堂、2019年)13頁以下、澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門〔第8版〕』(有斐閣、2018年)18頁以下、中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法〔第2版〕』(有斐閣、2018年)54頁以下〔本書は執筆担当を明示しない〕、木棚照一(編著)『国際私法』(成文堂、2016年)53頁以下〔木棚照一〕、出口耕自『論点講義国際私法』(法学書院、2015年)40頁、廣江健司『国際私法』(国際書院、2015年)60頁以下、横山潤『国際私法』(三省堂、2012年)38頁以下、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』(有斐閣、2005年)133-134頁、山田謙一『国際私法〔第3版〕』(有斐閣、2004年)51-52頁等を参照。ただし、川又良也「批判」『涉外判例百選〔増補版〕』24-25頁は、国際私法独自説は、「そのまま主張された場合には、(中略)実際の解決基準としては無力であり、内容を盛ろうとすればいずれ法廷地法や準拠法説乃至その変形に還元されてしまう」と指摘する。

(2) 櫻田嘉章・道垣内正人(編著)『注釈国際私法(第2巻)』(有斐閣、2011年)241頁〔櫻田嘉章〕。

(3) 例外として、法廷地法説をとる京都地判昭和31・7・7下民7・7・1784参照。

での議論が依然として課題として存在しているからである。特に、法性決定と送致範囲画定の関係をどのように説明するかという課題は、国際私法学においてかなり以前から取り組まれてきた課題のひとつであり、本稿の出発点となった問いである。従来、法律関係の性質決定は、送致範囲の画定と、連続的に把握すべき問題であることが指摘されてきたが、両者の関係を端的に説明することには未だ困難があるように見受けられたからだ。この点、例えば、送致範囲とは、単位法律関係の「枠」が準拠実質法平面へ「投影」されたものである、との説明がなされることがある⁽⁵⁾。そのような理解から、送致範囲の画定は、法律関係の性質決定の段階において解決済みの問題であるとの説明をすることも一般的になっている⁽⁶⁾。しかし、本稿で指摘するように、この問題については今なお検討の余地があるように考えている。

本稿は、法律関係の性質決定とは何かという問いや、法性決定と送致範囲画定との関係はどのように説明できるかという問いに対して、写像・像・逆像の概念を用いた数理モデルを提案することで、考察を試みる。

2. 法性決定問題に関する学説及び裁判例の状況

法性決定に関する問題の発見については、歴史的には古くまで遡ることができ、後期註釈学派の全盛である14世紀頃であるとする見方も示されている程であるが、国際私法学の理論研究の中で当該問題が具体的に問題設定されたのは、一般的には19世紀以降においてであると理解されている⁽⁸⁾。特に、国際私法上の法性決定の判断

(4) 石黒一憲『国際私法〔第2版〕』（新世社、2007年）195頁以下。

(5) 国友明彦『国際私法上の当事者利益による性質決定』（有斐閣、2002年）22-23頁。初出は、国友明彦「契約と不法行為の抵触規則の競合問題（1）：法性決定の一特殊問題として」大阪市立大学法学雑誌32巻4号（1986年）725-726頁。

(6) 例えば、神前禎『ブレップ国際私法』（弘文堂、2015年）144頁は「準拠法への送致範囲の画定の問題は性質決定の段階ですでに判断されているのであり、準拠法の適用の段階においては解決すべき新たな問題は生じない」と説明する。道垣内正人『ポイント国際私法（各論）〔第2版〕』（有斐閣、2014年）25頁も参照。

(7) 山口弘一「法性決定の問題」法学新報44巻5号（1934年）657頁以下。

(8) 石黒・前掲注（4）195頁以下、久保岩太郎「英米に於ける法性決定論」一橋論叢7巻6号（1941年）616頁以下。

基準となる法はいずれの国の法かという問題が、1891年にカーン（ドイツ）によつて、1897年にはバルタン（フランス）によつて論じられたことが、国際私法分野における法性決定理論をめぐる論争の契機となった⁽¹¹⁾。

日本の国際私法においては、1920年代から法性決定問題に関する論文が増えていく。以下、本章においては、日本における法性決定理論研究について、学説の状況を整理し（2-1）、裁判例の状況を確認する（2-2）。

2-1. 学説

法性決定の問題に関する日本における学説の状況について、全体の傾向としては、個別的事案への対応にかかわる各論的研究については蓄積が進んでいるが、法性決定理論そのものをテーマとする総論的研究は少数にとどまっている。

各論的研究としては、次のような例が挙げられる。

この分野で最も典型的な検討課題は、ある法的問題が、一見既存の複数の単位法律関係のいずれにも法性決定できるようにみえる事案を取り上げ、実際にはどの単位法律関係に振り分けることが適切かを明らかにすることを目的とするものである。例えば、婚姻に関しては、届出意思の問題を、婚姻の実質的成立要件の問題とするか、又は婚姻の形式的成立要件の問題とするかが、法性決定の段階で判断されなくてはならない⁽¹²⁾。

これに類似の各論的研究課題として、従来あまり議論されてこなかった、又は従来の裁判例にほとんど登場してこなかったような新しい法的問題に着目し、その問題が既存の単位法律関係への性質決定で解決可能かどうかを問うものもある。例えば、相続代替制度(succession substitutes)をめぐる国際民事紛争解決のために、準

(9) Franz Kahn, Gesetzeskollision, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, Bd. I. 1928, SS.1-123. 初出はFranz Kahn, Gesetzeskollision, Jherings Jahrbuch, Bd. 30, 1891, SS.1-143.

(10) Etienne-Adolphe Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, Clunet Journal, 1897, pp.224-255. また、その改訂として、Etienne-Adolphe Bartin, Etudes de droit international privé, A. Chevalier-Marescq, 1899, pp.1-83参照。

(11) 木棚・前掲注(1) 54頁。

(12) 例えば、竹下啓介「婚姻の成立要件としての届出意思について婚姻の方式と性質決定した事例」[大阪高裁平成28年11月18日判決] ジュリスト1521号(2018年) 150-151頁参照。

拠法選択規則を新たに設ける必要があるか、又は既存の準拠法選択規則の何れかに法的問題を性質決定することで対応可能かという問題を扱う研究がある。⁽¹³⁾

また、ある法的問題を、手続法分野の問題と性質決定するか、又は実体法分野の問題と性質決定するかを問う課題もある。⁽¹⁴⁾例えば、何かしらの金銭債務を負う者が、その履行を遅滞した場合の利息について約定がないとき、法律上支払義務が生じる遅延利息についての諸問題を、国際私法どのように性質決定して整理すべきかを問う場合には、手続と実体との間の性質決定問題が絡んでくる。また、「損害額認定制度」(証明が困難な場合に裁判官の裁量による損害額認定を認める制度)のように、比較法的に実体法におかれている場合と手続法におかれている場合の両方が観察できるものをいずれに性質決定すべきかという問題もある。⁽¹⁶⁾

その他、当事者自治を認める場合については、ある法律行為を、単独行為と性質決定するか、又は契約と性質決定するかによって、誰が準拠法選択できるのかという点について結論が左右されることから、その性質決定問題が議論になることがある。例えば、信託設定行為を、国際私法上、単独行為と契約のいずれに性質決定すべきかという問題を扱った研究は、これに該当する。⁽¹⁷⁾

以上の各論的研究に対して、法性決定理論に関する総論的研究の課題については、次のような例が挙げられる。⁽¹⁸⁾それぞれについて議論状況を確認しておく。

-
- (13) 横溝大「相続代替制度の国際的側面に関する抵触法的考察」社会科学研究68巻2号(2017年)47頁以下。
- (14) 本文に挙げた例の他、岩本学「ドイツにおける外国判決変更の訴えについて：要件変更の性質決定問題を中心に」富大経済論集59巻2号(2013年)209頁以下、秋元佐一郎「英国パートナーシップの国際私法上の法性決定問題：人格のない社団と民法上の組合の区別」自由と正義22巻10号(1971年)66頁以下等も参照。
- (15) 道垣内正人「遅延利息をめぐる国際私法上の問題：特にその利率を『手続』と性質決定する英国国際私法について」上智法学論集35巻1・2号1頁以下。
- (16) 岩本学「涉外事案における裁判官による損害額の認定」富大経済論集62巻2号(2016年)253頁以下。また、不和茂「損害賠償算定の法性決定：英国貴族院Harding v. Wealands事件を中心として」愛媛法学会雑誌34巻3・4号(2008年)61頁以下も参照。
- (17) 拙稿「信託の準拠法に関する考察：信託当事者間関係の多様化に着目して」国際私法年報15号(2013年)195頁以下。
- (18) 以下に挙げる例のほかに、国際私法上の法性決定も内国私法上の法性決定も巻き込むより広範な問題設定を行う研究もある。小山昇「法性決定論の諸相(1)-(5完)」法学研究32巻2号(1996年)267頁以下、32巻3号(1997年)553頁以下、33巻1号(1997年)133頁以下、33巻2号(1997年)307頁以下、33巻3号(1998年)625頁以下。

(1) 法性決定の判断基準となる法について

まず、法性決定の判断を、いかなる法に準拠して行かうかという問題がある。1920年代以降、日本の国際私法学において法性決定に関する議論が盛んになった当初においては、この問題について学説上見解が分かれていた。

跡部定次郎は、一国内の法文について、同一の文言で表現される概念がある場合に、特別の定めがあるなどの例外的理由がある場合を除いて、法律毎にその意味がずれるような解釈をすべきでないとの考えから、法廷地法説を採用していた⁽¹⁹⁾。

これに対して、江川英文(旧説)は、法廷地法ばかりを重視する考えは内外法平等原則に反するとの意識から、準拠法説を採った⁽²⁰⁾。同じ配慮から、山田三良も、準拠法説を支持している⁽²¹⁾。

しかし、実質法を参照する諸説は、その後、国内外で支持されなくなっていく。特に1931年、ラーベルによる論文によって、性質決定の問題は、実質法によるべき問題ではなく、国際私法自体の適用の問題であると把握すべきことが示され、この立場が学説上支持を得た⁽²²⁾。

日本において上記の論争を批判的に整理したのは、久保岩太郎である。一方で、久保は、江川(旧説)の準拠法説については、内外法平等原則を尊重するとの理由付けからは、法廷地法も準拠実質法もいずれも優先することができなくなるはずで矛盾がある点等を批判し、実際にはその根拠を欠いているとの評価を示した⁽²⁴⁾。他方

(19) 例えば、跡部定次郎『国際私法論(上巻)』(弘文堂書房、1925年)270頁以下は、「法文ニ用ヒラレタル同一ノ名称、文字ハ特ニ反対ノ定メナキ限り又ハ反対ニカイスヘキ法理上ノ根拠ナキ限りハ同一ニ解スヘキ」と説明している。また、跡部定次郎「衝突規則と私法との関係」法学論叢18巻2号(1927年)159頁以下も参照。

(20) 江川英文「国際私法に於ける法律関係の性質決定」国際法外交雑誌26巻5号(1927年)463-464頁。

(21) 山田三良『国際私法』(有斐閣、1940年)451-452頁。

(22) Erst Rabel, Das Problem der Qualifikation, Rabels Zeitschrift, 1931, S. 241ff.; ders., Conflict of Laws, 1945, I, p.47. また、エルンスト・ラーベル(著)・桑田三郎(訳)「性質決定の課題」桑田三郎『国際私法の諸相』(中央大学出版、1987年)503頁以下を参照。

(23) ラーベル論文のインパクトについては、井之上宜信「国際私法における性質決定問題に関する一考察(1)-(3完)」法学新報95巻1・2号(1988年)99頁以下、95巻3・4号(1988年)39頁以下、95巻5・6号(1988年)75頁以下、及び、齋藤彰「国際私法における性質決定理論の再構成(1)-(4)」関西大学法学論集43巻4号(1993年)1364頁以下、43巻6号(1994年)1848頁以下、44巻1号(1994年)28頁以下、44巻3号(1994年)388頁以下を参照。

(24) 久保岩太郎「国際私法に於ける法律関係の性質決定に関する論争(1)-(2完)」国際法外交雑誌30巻8号(1931年)713頁以下、30巻9号(1931年)836頁以下。また、その後、当該論

で、その意味では法廷地を基準にすることになるとしつつも、実質法と国際私法は性質の異なる法であること（国際私法の間接規範性）から、国際私法の解釈問題の1つである法性決定の基準は、法廷地の国際私法であるべきとした⁽²⁵⁾。

その後の学説の傾向としては、現実問題としてどのように単位法律関係の内包や外延を定めるかという部分についてはニュアンスの対立がみられるものの、法廷地国際私法自体説（国際私法独自説）が主流となっていく⁽²⁶⁾。江川も説を改め、法廷地国際私法自体説を採用するに至る⁽²⁷⁾。

以上から、国際私法における法性決定の問題は、国際私法の解釈問題に他ならないから、実質法上の性質決定問題とは独立に、国際私法独自の立場から行うべきであると説（国際私法独自説）が通説として認められている⁽²⁸⁾。本稿第3章で提案する数理モデルは、この通説に整合することを心掛けて設計した。

（2）法性決定の対象について

法性決定問題の対象は何かという問いに対しては、見解が分かれている⁽³⁰⁾。

争を再整理・検討した文献として、森吉義旭「法律関係の性質決定（法性決定）」法学新報53巻3号（1943年）298頁以下、久保岩太郎「再び法律関係の性質決定に就て」国際法外交雑誌33巻6号（1934年）509頁以下、吉田常次郎「法律関係の性質決定に関する問題（1）-（2完）」法曹會雑誌10巻8号（1932年）54頁以下、10巻9号（1932年）82頁以下、河邊久雄「国際私法に於ける法律関係の性質決定の問題に就いて」法曹會雑誌10巻6号（1932年）1頁以下も参照。

(25) 同上。新訴訟地法説と呼ばれる。

(26) 田中耕太郎『世界法の理論（第2巻）』（岩波書店、1933年）250-277頁等を参照。現在でも、この点については対立が続いているように観察できる。例えば、道垣内正人『ポイント国際私法（総論）〔第2版〕』（有斐閣、2007年）91頁は「『実定法としての国際私法規則の解釈に徹し、規定相互間の関係に照らした守備範囲、用いられている連結点がどのようなものか、それが採用されている趣旨などを考慮して』単位法律関係の外縁を画定してゆくほかないであろう」と述べ、国際私法的な考慮要素だけで判断すべきと考えている。しかし、溜池・前掲注（1）143頁は、「国際私法上の法律概念〔単位法律関係〕については、法廷地を基準としながらもそれを国際私法の機能に適合するように一般化包容化せしめるべき」と述べており、法廷地実質法の参照を完全には排除していない。

(27) 例外的に、矢ヶ崎武勝「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」法政研究27巻2-4号（1961年）237頁以下が、準拠法説的解決を示したことがあり、それに対しては三浦正人「国際私法における法性決定問題に関する一考察：矢ヶ崎助教授の新提案に関連して」国際法外交雑誌61巻4号（1962年）が批判を展開した。

(28) 江川英文「法律関係の性質決定」法学セミナー51号（1960年）47頁以下。

(29) 池原季雄『国際私法（総論）』（有斐閣、1973年）115頁。江川英文『国際私法〔改訂〕』（有斐閣、1957年）60頁。横溝大「法律関係の性質決定」法学教室424号（2016年）14-15頁。

(30) 根本洋一「国際私法上の性質決定の対象：法解釈の過程と国際私法」横浜国際経済法学7巻

1 つには、「生活関係」又は「法律関係」を法性決定の対象とする見解がある⁽³¹⁾。この見解に対しては、「この『生活関係』が直接に事実関係を指すとすれば、性質決定の対象にはなり得ない。〔中略〕また、一定の事実については、それが複数の法律効果と結合され、複数の法律問題と関連する場合があります、そのような場合に、単一の事実を一つの法律関係に性質決定することに問題があることは明らかであろう」との批判がある⁽³²⁾。

また、「法規」を法性決定の対象とする見解もある⁽³³⁾。これは、狭義の国際私法は、各実質法規範の適用範囲を画定する規則としても把握可能であるとの観点から説明されるものである⁽³⁴⁾。

近年においては、より端的に、「法的问题」又は「法律問題」を法性決定の対象と把握する見解が有力である⁽³⁵⁾。本稿は、後述の通り、数理モデル設計の便宜上、この立場を採用した。

(3) 法性決定と送致範囲画定との関係について

これは、第二次的法律関係の性質決定（第2段階での性質決定）ともいわれる問題である。第二次的な法性決定とは、ある法的问题又は法律関係について準拠法を決定した後、当該法的问题／法律関係が、準拠法中のいかなる規定の適用を受けべきかを決定することと説明される⁽³⁶⁾。つまり、第二次的法性決定の結果は、送致範囲の画定である。

一方では、この問題については、準拠実質法にゆだねるべき問題ととらえて、国際私法の枠組みの中で議論すべきものではないとする見解も示されている⁽³⁷⁾。

1号(1998年)169頁以下、桑田三郎「性質決定の対象について」法學新報64巻9号(1957年)653頁以下。

(31) バウル・ハイネリッヒ・ノイハウス(著)・櫻田嘉章(訳)『国際私法の基礎理論』(成文堂、2000年)124頁。また、石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』(東京大学出版、1980年)289頁も参照。

(32) 竹下啓介「法律関係の性質決定の対象」法学セミナー775号(2019年)82頁以下。

(33) 山田・前掲注(1)55-56頁。

(34) 同上。

(35) 竹下・前掲注(32)82頁以下、道垣内・前掲注(26)86頁以下。

(36) 石黒・前掲注(4)193頁以下、山田・前掲注(1)55-56頁。

(37) 例えば、山田・前掲注(1)55-56頁は、「この問題は、第一次法律関係の性質決定とは次元を異にするものであり、本来の法律関係の性質決定の問題と並んで論じることは適当ではない」と述べる。また、池原・前掲注(29)96頁以下も参照。

しかし他方では、法性決定の問題と送致範囲画定との関係は、連続的に理論化するべき問題であることが指摘されている。⁽³⁸⁾

特に精緻な説明をしている例として、国友明彦『国際私法上の当事者利益による性質決定』⁽³⁹⁾（有斐閣、2002年）22-23頁は、送致範囲の画定を次のように記述している（下線による強調は筆者によるもの）。

「〔前略〕準拠法へと送致されるのは、事実関係そのものではなく、それが各単位法概念によって適当な単位に分解されたもの、すなわち、単位法律関係である。また、個別的な言い方をすれば、各単位法概念に包摂されるところの法的問題であるともいえよう。そのように、送致される対象は、単位法概念の枠によってその範囲を画されたものであるから、指定（送致）を受ける準拠実質法法規の範囲も、その枠概念によって画定される。比喩的にいえば、抵触規則が準拠実質法を指定する際に、単位法概念の枠が準拠実質法の平面へと投影され、それによって、指定を受ける実質法法規の範囲が画定されるともいうことができよう。

〔中略〕

送致範囲の画定は、新たに法性決定をやり直すことではない。送致範囲の画定は、事実関係に対する抵触規則の適用の際の法性決定が、準拠実質法への送致の場合に、いわば『余波として及』⁽⁴⁰⁾んだものである。」

この説明は、後の学説において支持を得ているように思われる。

例えば、これと整合的な見解として、送致範囲の画定は、法律関係の性質決定の段階において解決済みの問題であると説明するものがある。⁽⁴¹⁾

さらに、「送致範囲の画定は性質決定と同じ基準によるのであり、異なるのは、性質決定において検討の対象とするのは法的問題であり、送致範囲の画定において検討の対象となるのは準拠法上の法規であるという点だけである」との説明もある。⁽⁴²⁾

(38) 石黒・前掲注（4）197頁。

(39) 初出は、国友明彦「契約と不法行為の抵触規則の競合問題（1）」前掲注（5）725-726頁。

(40) ここで原文は、三浦正人『国際私法における適応問題の研究』（有斐閣、1964年）172頁を引用している。

(41) 神前・前掲注（6）144頁。

(42) 道垣内・前掲注（6）25頁。

この点、本稿第3章で準拠法決定過程の数理モデルを提案する際には、送致範囲の画定に関する基本的な考え方は上記の説明から着想を得ながらも、その理論的な把握についてはさらなる精緻化を試みる。

2-2. 裁判例

法性決定の各論的課題については、当然、国際民事訴訟の場では不可避の問題である。他方で、前節で整理したような法性決定の総論的課題についてはどうかというのと、あえて判決文の中に、法性決定の判断基準についていずれの法によるべきかという点等について、一般論を明示している裁判例はほとんどないというのが現状である（以下に挙げる昭和31年7月7日京都地裁判決は例外的）。

法性決定に関する一般論に言及した数少ない裁判例として、昭和31年7月7日京都地裁判決⁽⁴³⁾がある。その事実と判旨は以下の通りである。

〔事実〕

X（もと日本人。昭和24年1月13日、中華民国国籍を取得し、日本国籍を喪失）は、昭和22年12月1日、Y（中国人）と式を挙げて、京都市内に内縁の夫婦として同棲した。そして、昭和22年12月3日付けの結婚証書を得て、昭和24年1月13日に日本法にもとづく婚姻届出をした。また、昭和23年12月20日には、XY間に長女Aが生まれている。

当初、Yが自らについて東京都に本籍を有するが戦災によって戸籍が不明になっている旨を述べていたため、XはYが日本人であると信じて結婚したが、後にYは中国人であることが判明した。Xは、Yに欺かれたとはいえ、妻としての愛情をもってYとの結婚生活を続け、Aを愛育していた。

Yは当初は薪財等の伐採販売によって生計を立てていたが、徐々に資産を増やし、昭和26年12月頃から、京都市内に車庫兼住宅を建設し、これを営業所として高

(43) 下級裁判所民事裁判例集7巻7号1784頁；家庭裁判月報8巻7号59頁；裁判所時報211号8頁；判例時報80号11頁；法律新聞9号3頁；判例タイムズ59号84頁；国際私法関係事件裁判例集90頁。

級自動車 3 台及び三輪オートバイを所有してハイヤー営業を始めた。

昭和27年 1 月頃から当該営業所に、他の女性を引き入れて同棲し、同月27日以降は従来の住所にXを遺棄したまま、顧みなかった。同日や同年 5 月 2 日に、XがYの帰宅を促すために営業所に訪れた際には、YはXを殴打する等して負傷させた。また、同年 2 月以降は、X及びAに対して生活費を支給しなかった。

そこで、Xは、不貞行為があったこと、悪意を以てXを遺棄したこと、Xに対する虐待侮辱があったことから、XはYとの婚姻を継続することができないとして、Yに対し離婚を求め、Aの親権者をXとする旨を求め、またYに対し精神的苦痛についての慰謝料を請求した。

〔判旨〕 請求認容。

裁判所は、まず（判旨 1）国際裁判管轄を肯定した上で、（判旨 2）中華人民共和国に本籍を有する者に対する離婚の準拠法については、特に一般論に言及することなく「離婚の準拠法は法例第16条によ」ることとした。そのうえで、（判旨 3）離婚の際の慰謝料請求についての準拠法については、次のように述べている（下線は筆者による）。

「最後に慰謝料請求の点につき審案する。まずこの準拠法について考えるに、有責配偶者の賠償責任を離婚の効果に関する問題として離婚の準拠法によらしめる見解もあるけれども、およそ離婚につき必しも有責主義のみによらない現今法制の下においては、慰謝料請求は離婚に当然附随するものではなく、仮令有責の離婚原因に基く離婚の場合でも、有責配偶者の負担する慰謝料支払義務は離婚自体の直接の効果ではなくて、むしろその離婚の原因となつた事実が反対当事者に対して精神的損害を与えたことから生ずるもので、その性質（法律関係の性質決定の準拠法については我成法上の規定はないが法廷地法たる我国の法律によるべきものと解する）は不法行為に外ならないと解すべきである。従つて右慰謝料請求権の成立及び効力は法例第11条により、その原因たる事実の発生地である我国の法律に準拠すべきことになる。よつて進んで右請求の当否を按ずるに、前示認定によつて明らかな如く、原告は被告にその国籍を欺かれたとはいえ、国籍を超えて愛情を捧げたにも拘らず、結婚後僅か数年にして被告の不貞行為に苦しめられると同時に、悪意を以て遺棄され、更には幾度か暴行凌辱をうけて、遂にこのような事情を原因として今茲に被告と離婚するのやむなきに至り、これによつてうけた精神的

苦痛の多大であることは十分察することができ、被告はこれに対して賠償の責任があることは明らかである。そこで以上に認定したような諸般の事情を斟酌した上、これを慰藉するに足る額は金20万円を以て相当と認め、原告の慰藉料請求は右の限度において正当として認容し、その余は失当として棄却する。」

以上のように、上記の昭和31年7月7日京都地裁判決は、(判旨3)において、括弧書き部分ではあるが、「法律関係の性質決定の準拠法については我成法上の規定はないが法廷地法たる我国の法律によるべきものと解する」と述べている。そのことから、この判決は、明示的に、法廷地法説を採用しているものと評価されている⁽⁴⁴⁾。しかし、その立場は、支持されておらず、その後の裁判例によって踏襲されているものではない⁽⁴⁵⁾。

むしろ、裁判例の全体の傾向としては、法性決定問題については、「学説において争われてきたような性質決定のよるべき法について述べることはほとんどなく、国際私法規則（法例および法適用通則法）の具体的条文の解釈・適用問題として扱われるのが通常である」と観察されている⁽⁴⁶⁾。

一例としては、平成2年6月28日東京高裁判決（民集48巻3号848頁）が挙げられる。事実と判旨については、次の通りである。

〔事実〕

中華民国（台湾）人である被相続人は、日本において所有していた不動産を遺して死亡した。これにより、被相続人の子らX1・X2は、その不動産について各16分の1の持分を得た。

昭和60年6月に、被相続人の妻は、X1・X2の親権者として、これら持分の全

(44) 江川・前掲注(28)47頁以下。

(45) もっとも、本判決は、ある国家の法が準拠法適格か否かについて、その国家が国際法上承認されているか否かとは無関係であり、未承認国の法も適用できるとの立場を明らかにした点では、リーディング・ケースとしての重要性を有している。その点については、最高裁においても本判決の理論が採用されている（最三小判昭和34・12・12、判例時報211号13頁）。鳥居淳子「批判」『涉外判例百選〔増補版〕』14頁、山本敬三「批判」『涉外判例百選〔第3版〕』12頁参照。

(46) 櫻田嘉章・道垣内正人（編著）前掲注(2)・241頁〔櫻田嘉章〕。

部をYに売却し、Yへの持分移転登記も完了した。

X1・X2は、中華民国法上、遺産分割前の相続財産について、持分の処分はできないことを理由に、本件売買契約の無効を主張し、移転登記の抹消登記手続を請求した。

〔判旨〕控訴棄却。

裁判所は、次のように述べて、性質決定問題を処理した。

「本件においては、本件不動産の相続人による承継が直接問題とされているのではなく、相続人に承継された本件不動産の持分を相続人が第三者に処分した行為の効力が問題とされている。相続の関する準拠法により不動産を共同相続した相続人が、分割前に他の共同相続人の承諾なく、当該不動産に対する自己の持分のみを有効に処分できるか否かは、共同相続人相互間の関係に関する問題であるとともに、不動産に関する物権の得喪を目的とする法律行為の効力問題の一環として判断されうる事柄である。そこでは、相続関係者の立場にとどまらず、取引の安全すなわち第三者の利益の保護が考慮されなければならない。相続財産の取引であることから、相続問題にあたるとして、相続関係者の内部的法律関係を規律することを主眼とした法例25条を適用することは、右の要請に適切に応えうるものではない。

ところで、法例10条は、物権問題については、目的物の所在地法によると定める。その根拠は、物権関係はもともと物の直接的・物質的利用に関する権利関係であるから、それに対しては目的物の現実的所在地の法を適用するのが自然であり、これにより権利関係の目的を最も円滑かつ確実に達成できること、また、物権はもともと物に対する排他的支配たる本質をもつものであるから、第三者の利害関係に影響を及ぼすことが極めて大きく、第三者の利益を保護するという要請は、目的物の現実的所在地の法を適用するとき最も簡単かつ確実に満足せしめられること、以上の二点にあると解されている。

法例25条が適用される相続問題の範囲は、前記のように相続関係者の内部問題であり、他方、法例10条が物権問題については所在地法によると定めている右の趣旨を考えると、本件のように相続財産が第三者に処分された場合の効力が問題とされているときには、前提となる相続人の処分権の有無も含めて全体が物権問題に該当するものとして、法例25条ではなく、法例10条が適用されるものと解するのが相当である。」

この判旨部分については、「不動産に関する共同相続人の遺産分割前の持分処分可能性という問題につき、当該問題の性質を考慮しつつ、物権及び相続に関する準拠選択規則のそれぞれの趣旨を検討し、物件としての性質決定を導いて」いる点が、法廷地国際私法自体説に則った姿勢として評価されている⁽⁴⁷⁾。

2-3. 小括

本章においては、学説及び裁判例から、日本における法性決定理論の議論状況について確認した。

そこで整理された総論的課題に留意しながら、次章においては、準拠法決定過程を数理モデル化する提案を通じて各課題に対して若干の検討を加えていく。

3. 準拠法決定過程記述のためのモデル提案

3-1. モデルの射程及び前提

本稿で提示するモデルで記述する準拠法決定規則は、前提として次の条件（特徴）を有しているものと仮定する。実際には、その発展とともに様々な例外的規則が出現して国際私法の複雑化が認められるところであるが、ここでは国際私法の数理モデル化のための序論的検討として、まずは基本的なサヴィニー型国際私法の規則⁽⁴⁸⁾に絞って数理モデル化を試みるためである。本稿の数理モデルが仮定する条件は次の通りである。

(1) 法的問題 1 つを入力すると、1 つの実質法規範（群）を出力する間接規範である

狭義の国際私法は、生活関係の中のある法的問題に対して、ある国の実質法規範を対応させる機能を有する間接規範である⁽⁴⁹⁾。この理解を基礎として、当モデルに

(47) 横溝・前掲注(29) 17頁。なお、相続人の処分権の有無について、上告審判決（最判平成6・3・8民集48巻3号835頁）は、本判決の判断を否定した。櫻田嘉章「批判」『国際私法判例百選〔第2版〕』4頁参照。

(48) サヴィニー型国際私法は、単法律関係ごとに、「それと最も密接な関係のある地の法律が準拠法となること」を最適と考えて連結政策を設計する。道垣内・前掲注(26) 91頁。

よって記述する規則としては、ある任意の法的问题の入力に対して、ある実質法規範（又は規範の集合）を1つ選択（出力）するよう設計された規則を想定する。

もっとも、現実には、このような伝統的な連結政策をとらない準拠法選択規則が増加していることが指摘されており、この条件を置く以上、以下で提案するモデルが、現代の国際私法の全容を記述できないことには留意しておく必要がある。そのような本稿の限界を把握したうえで、この条件は後述のモデル化のためには不可欠である。

また、実際には、狭義の国際私法を定める法律の中に、間接規範としての役割を超えて、実質的な政策の実現のための役割をも担う規定が含まれている例も増えて⁽⁵¹⁾いる。そのような規範についても、後述のモデルの射程外となる。

（2）準拠法決定に際して実質法規範の内容を参照しない

内外法平等の原則を基礎とするため、準拠法決定にあたっては、適用されるべき実質法規範の内容を見ることなく、法性決定は行われるものとする。したがって、特にアメリカ抵触法革命以来みられるような、準拠法判断にあたって実質法の内容を斟酌する⁽⁵²⁾方法は、本稿のモデルでは対象外と仮定する。

なお、準拠法決定過程で適用されるべき実質法規範の内容を参照しない結果として、いわゆる「暗闇への跳躍」（*Sprung ins Dunkle/Jump into the Dark*）と表現される問題⁽⁵³⁾があり、その対策として国際私法中に公序則の定めを置くことが一般的で

(49) 中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美・前掲注（1）11頁以下〔本書は執筆担当を明示しない〕。なお、廣江・前掲注（1）56頁は、国際私法の間接規範性に関する説明において、「間接法」という語を用いている。

(50) 中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美・前掲注（1）46頁〔本書は執筆担当を明示しない〕は次のように指摘する。すなわち、「伝統的に用いられてきた抵触規則は、単位法律関係、連結点、準拠法が、1：1：1で対応するものである。例えば、〔通則法〕36条は、相続という単位法律関係について、被相続人の国籍という連結点を用いて、被相続人の本国法を準拠法としており、これにあたる。最近ではこのような単純な連結は少なくなってきている」。

(51) 例えば、法の適用に関する通則法の中では、27条但書等が挙げられる。

(52) Gerhard Kegel, "Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers," *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, No. 4, 1979, pp. 615-633.

Patrick Borchers, "The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study," *Washington and Lee Law Review*, Vol.49, 1992, pp.357-384.

(53) Lao Raape, *Deutsches Internationales Privatrecht*, vol I, Vahlen, 1938, S.59.

あるが⁽⁵⁴⁾、公序則については本稿が示すモデルの対象外の規範である。

(3) 単位法律関係ごとに連結点が設定されている

ここでは、最密接関係地法適用の原則を基礎とし、単位法律関係ごとに連結点が準備されている準拠法決定規則を想定する。

このとき、ある法的问题が、複数の単位法律関係の射程に含まれるものとして法性決定すること（「二重の法性決定（性質決定）」と呼ばれる）は許されないものとする⁽⁵⁵⁾。

3-2. 写像・像・逆像の定義

次節で準拠法決定規則の数理モデル提示を行うために、ここではそこで用いられる概念の定義を確認しておく。

写像・像・逆像の定義は、次の通りである。

集合 X のどの要素に対しても、集合 Y の要素をただ1つ対応させる働き f が与えられるとき、 f を「(X から Y への) 写像」といい、 $f: X \rightarrow Y$ と書く。

このとき、 X の部分集合 A に対して、 Y の部分集合 $f(A) = \{f(x) \in Y \mid x \in A\}$ が、 A の f による「像」である（【図1】参照）⁽⁵⁶⁾。つまり、像 $f(A)$ は、 f によって

(54) 日本法においては、法の適用に関する通則法42条が公序則を定めている。

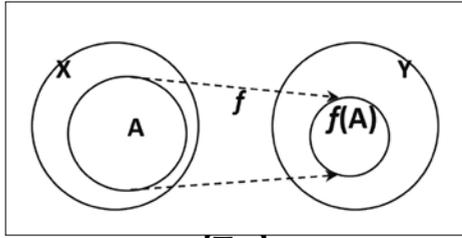
(55) 道垣内・前掲注(26)45頁。

(56) ここで用いる「集合」等の基本概念について、さしあたり、ティモシー・ガワーズ（著）、砂田利一（訳）「イントロダクション」ティモシー・ガワーズ（編著）・ジューン・パロウ＝グリーン（編著）・イムレ・リーダー（編著）・砂田利一（監訳）・石井仁司（監訳）・平田典子（監訳）・二木昭人（監訳）『プリンストン数学大全』（朝倉書店、2015年）8頁以下を参照。同書9-10頁は、「集合」や「要素（元）」の概念を次のように説明する。

「大雑把に言えば、『集合』とは『物』の集まりである。数学的論議の中では、『物』としては数や空間の中の点を考えることが多いが、場合によっては集合が『物』という場合もある。〔中略〕『5は P に属す』（筆者注： P は素数の集まり）という文は、記号列“ $5 \in P$ ”により表される。〕また、「集合に属す『物』は『元』あるいは『要素』と呼ばれ、記号 \in は『 \cdots の元である』（is an element of）と読む。」

(57) 任意の $x \in A$ に対して、 $x \in X$ が成り立つとき、 A は X の「部分集合」であるといい、 $A \subset X$ と書く。

Xの部分集合Aに対応させられるYの部分集合であるということである。

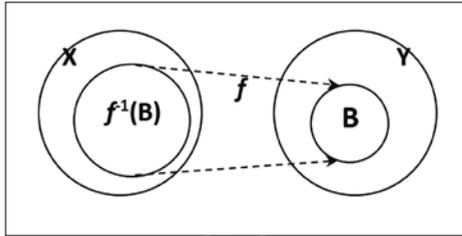


【図1】

また、Yの部分集合Bに対し、Xの部分集合

$$f^{-1}(B) = \{x \in X \mid f(x) \in B\}$$

が、Bのfによる「逆像」である（【図2】参照）。つまり、逆像 $f^{-1}(B)$ は、fで移した先がYの部分集合Bに含まれる要素となるようなXの要素の集合であるということである。



【図2】

3-3. 写像・像・逆像概念を用いた準拠法決定過程の記述

本節では、まず、狭義の国際私法の数学的モデルを提案し、次いで、そのモデルが意味することについて説明を加える。

狭義の国際私法（準拠法決定規範）は、生活関係の中のある法的問題に対して、ある国の実質法規則を対応させる機能を有する法である。

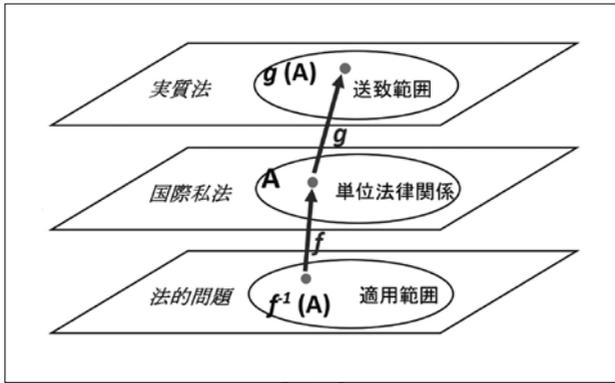
したがって、その機能は、写像 [f : 生活関係 → 国際私法] と写像 [g : 国際私法 → 実質法] とを用いて表すことができる（【図3】参照）。

つまり、狭義の国際私法の機能全体は、fとgの合成写像 [g ∘ f] として把握される⁽⁵⁹⁾。

このとき、法律関係の性質決定は、国際私法規則の単位法律関係Aのfによる逆

(58) ガワーズ（著）・砂田（訳）、前掲注（56）、12頁。

(59) 合成写像の定義は次のとおりである。すなわち、写像 $f : X \rightarrow Y$ と $g : Y \rightarrow Z$ があるとき、 $[g \circ f] = g(f(x))$ を、fとgの合成写像という（ここで $x \in X$ ）。



【図 3】

像 $f^{-1}(A)$ を求める処理として把握される。

また、送致範囲の画定は、 A の g による像 $g(A)$ を求める処理として把握される。

以上が、本モデルの本質である。

以下では、上記のモデルにつき、説明を加えていく。

(1) 本稿の数理モデルが設定している各平面（次元）について

まず、【図 3】のは、3つの異なる平面（次元）を多層的に位置づける構造になっているため、それぞれの平面の特徴について説明する。⁽⁶⁰⁾

① 法的问题平面

【図 3】のモデルの最下層には、「法的问题」とラベル付けされている平面がある。これは、生活関係の中で生じ得る、民法分分野のあらゆる法的问题を要素とする集合を意味している。

したがって、どのような要素がこの平面上に存在するかは、技術の発展や社会情

(60) モデルの設計にあたってこのような多層的な平面を用いる点については、中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法〔初版〕』（有斐閣、2014年）15頁〔本書は執筆担当を明示しない〕に掲載の、図表 2-1 から着想を得た。なお、同書の第 2 版（2018年）では、当該図表は削除されており、異なる説明に改められている。

勢等に影響を受けて、時代と共に変化する。

また、訴訟の場面においては、この平面上のどの要素について準拠法決定が必要なのかが、当事者による請求や裁判の争点整理を通じて、顕在化することになる。

なお、この平面上に、「適用範囲」というラベルの付けられた集合が描かれているが、これは、この集合（Aのfによる逆像）が、単位法律関係Aを定めている準拠法決定規則の射程（その抵触規則が実際にどのような法的問題をカバーしているか）を表現していることになるからである。

②国際私法平面

【図3】において「国際私法」とラベル付けされている平面（中間層）は、法廷地の準拠法決定規範の集合を意味している。

そして、この平面上における集合Aは、ある準拠法決定規則の定める単位法律関係を意味している。

なお、次に説明する実質法平面は、法廷地以外の法域の実質法規範もその要素としているのに対して、国際私法平面は法廷地の準拠法決定規範のみをその要素としていることに注意されたい。

【図3】では、ある単位法律関係（と呼ばれている集合）に、仮にAというラベルを付けている。しかし、当然、国際私法平面には、A以外にも単位法律関係がある。例えば、仮に、Aとは別に、Bという単位法律関係があるとすると、二重の性質決定を許さないという条件は、「集合Aと集合Bの共通部分が空集合」であると把握でき、 $A \cap B = \emptyset$ と記述することができる。

③実質法平面

【図3】において「実質法」とラベル付けされている平面は、実質法規範の集合を意味している。

この集合の要素は、あらゆる法域の実質法規範である。前述のとおり、国際私法平面が法廷地国際私法規範のみを要素としているのに対し、この平面は法廷地以外の法域の実質法規範をも要素として含む。

前述の諸条件（3-1）は、この平面（集合）中のある1要素（／部分集合）

を選択することを、準拠法決定規則の役割として設定していた。この平面上で選択された1要素（／部分集合）が、準拠すべき実質法規範ということになる。

実質法平面上に、「送致範囲」とラベル付けされている集合は、単位法律関係Aの写像 g による像 $g(A)$ であり、単位法律関係Aを定める準拠法決定規則が画定する送致範囲（特定の実質規範の群）を意味している。

（2）準拠法決定の機能を写像として把握できることについて

本稿が提示する数理モデルの特徴は、準拠法決定過程を写像の概念を用いて把握することにある。この点については、2009年の加賀見一彰による著書から着想を得た。⁽⁶¹⁾

なお、国際私法の一般的な理解としては、準拠法決定規則は、法的問題と最も密接な関係を有する「法域」（の法）を指し示すように連結政策が設計されている。それに対して、【図3】では、その法域中の特定の実質法規範（の集合）を指し示すようにモデル化されている。しかし、送致範囲の画定までもを連続的に国際私法上の課題として把握する立場を表現していることが重要であり、「法域」の中間項にはこだわらなかった。⁽⁶²⁾

3-4. 数理モデルから得られる示唆

以上、狭義の国際私法のうち、前述の条件を満たす基本的な規則についての数理モデル化を試みた。そこから得られる示唆について、従来の国際私法学における学説等と照らし合わせながら、考察する。

（1）法性決定の判断基準となる法について

本モデルにおいて、国際私法平面上の単位法律関係にAとラベルを付け、それ

(61) 加賀見一彰『国際社会における私的関係の規律と紛争解決：国際私法の経済分析：序説』（三菱経済研究所、2009年）49頁は、「法選択ルールとは、『特定の事情』に依存して『準拠法』を決定する写像である」と説明する（同頁中の「図表2-1」も参照）。

(62) この点、加賀見・前掲注(61)49頁の脚注52も次のように述べる。すなわち、「国際私法の教科書的な解説としては、法選択ルールは『特定の事情』に依存して『法域』を指定する写像である。しかし、重要なことは、渉外的関係を直接的に規律する実質法を決定することである。つまり、『特定の事情→法域→実質法』という過程の中間項は必ずしも重要ではない」。

を基準に他の両平面上に対応させられる集合を描写したのは、国際私法独自説を表現するためである。

その他の方法として、モデルの設計としては、「法律関係から出発する」との発想を表現することを重視する立場からは、法的問題平面上の集合を出発点としても、同様の写像を用いて、準拠法決定過程は記述可能である。それとは逆に、「国際私法をある実質法規則の適用範囲を画定する規範」と捉える見方を表現し、実質法平面上の集合にラベルを付けてそこに視点を置く方法も可能である。

しかし、前章で整理した通り、学説・裁判例のいずれにおいても、国際私法独自説が主流となっていることと整合的にモデル設計をしようとする場合、本稿の試論のように、国際私法平面上の集合—すなわち単位法律関係—にラベルを付けて、そこに視点を置く方法が基本となるものと考えている。

（２）法性決定の対象について

この問題は、【図 3】における最下層の平面を、「法律関係」としておくか「法的問題」としておくかという問題として把握される。数学的に言えば、「定義域」をどのようにとるかという問題である。

これについても、本モデルのように、準拠法決定規則の機能を写像として把握する場合には、いずれの立場も記述可能であるが、法性決定の対象を「法的問題」と理解する見方のほうがより簡潔なモデルとなり、便宜がいい。その立場を採用して最下層の平面を「法的問題」としておけば、特に条件を付すことなく、最下層の平面の任意の点（／任意の集合）に対して、実質法平面上のある点（／集合）が対応することになるからである。

（３）法性決定と送致範囲画定との関係について

送致範囲画定をどのように理解すべきかという問題については、本モデルは有益な示唆を提供するように思う。

法廷地国際私法自体説を反映して、写像モデルを組むと、一方で法律関係の性質決定は、国際私法規則の単位法律関係 A の f による逆像 $f^{-1}(A)$ を求める処理として把握され、他方、送致範囲の画定は、 A の g による像 $g(A)$ を求める処理として把

握されることが分かった。

そして、数学的に、像を求める処理と、逆像を求める処理は、まったく性質が異なることから、法性決定と送致範囲画定が「同じ基準による」と把握する傾向のあった従来の説明（前章 2 - 1 (3) 参照）には、再考の余地があることがわかる。

また、法性決定を、単位法律関係 A の f による逆像を求める処理とすることは、現実世界において、時代の変化とともに法的問題の数・種類が変化していくことに国際私法が柔軟に対応を模索していく姿を記述する上でも有用な発想だと考える。

4. 結び

前章でも指摘してきた通り、本稿で提案した数理モデルは、条件付きで成り立つものであり、現実に存在する国際私法規定の全てを記述できるものではない。その意味で、本稿が示したモデルは、プロトタイプである。

今後は、数理モデルを、国際私法学の各論的研究課題にも活用可能な形に発展させるため、実証分析への応用等を試みていきたい。

また、実利的には、司法の IT 化や AI の活用に備えて、国際私法の仕組みについてアルゴリズムの観点から研究する応用も将来的には検討していきたい。

本研究は、JSPS 科研費 17K18542 の助成を受けた。

- 中島義道（一九九九）『時間と自由——カント解釈の冒険』、講談社学術文庫。
- 西口正文（二〇一八）『正義の根本原理にとってもつ『運の平等主義』の位置』、『人間関係学研究』一六号。
- ネーゲル、トマス（一九八九）『道徳における運の問題』、同『コウモリであるとはどのようなことか』、永井均訳、勁草書房。
- 平澤修（二〇一九）『刑法における責任主義の意義と限界』、『中央学院大学法学論叢』三三卷二号。
- 古田徹也（二〇一三）『それは私がしたことなのか——行為の哲学入門』、新曜社。
- （二〇一七）『現代の英米圏の倫理学における運の問題』、前掲『社会と倫理』三二号。
- 堀田秀吾（二〇一八）『無意識』と法、前掲『法律時報』九〇卷一二号。
- 増田豊（二〇〇五）『自由意志はイリュージョンか——刑事責任の自然的基盤としての心脳問題をめぐって／同（続）』、明治大学法律研究所『法律論叢』七七卷四—五合併号／六号。
- （二〇〇七）『自由意志と刑事責任』、『明治大学社会科学研究所紀要』四六卷一号。
- 松村格（二〇一八）『行為決意の源泉——脳か心か・責任と刑罰に向けて』、『駒澤法学』一七卷一号。
- 吉本隆明（一九七二）『敗北の構造——吉本隆明講演集』、弓立社。
- （二〇〇二）『最後の親鸞』、ちくま学芸文庫（初出一九八一年）。
- （二〇一三）『吉本隆明が語る親鸞』、東京糸井重里事務所。