

公法抵觸と國際租税法の端緒と進展（結語）

本 浪 章 市

微税制度の確立⁽¹⁾、裁判權の明記⁽²⁾、大聖堂の着工開始⁽³⁾、軍事組織の編成⁽⁴⁾、商取引・金融の活性化⁽⁵⁾、毛織物業の發展を果し、高度な知的結晶の源泉地となり、市民たちの造形への美意識と憧憬は過去の相剋と残酷の記憶を消し去り、今なおアルノ川橋畔の佳人への追想を誘う情趣つきせぬ花の都フィレンツェでさえ、未だメディチ家の登場はなく、⁽⁸⁾ 数奇な政治学実験の場が開幕していなかった十四世紀中葉、⁽⁹⁾ 学都ボローニャでは後期注釈学派を代表する國際私法の始祖バルトルスによって法規分類学説が開示された。⁽¹⁰⁾ その発想は十九世紀中葉サヴィニーが現代ローマ法体系第八巻で創唱した法律關係の本拠説によって、國際私法の中樞の座を追われるまで、⁽¹¹⁾ 抵觸法上の意思自治の原則を派生させた⁽¹²⁾ ほかは、種々の変容や脚色を加えることなく存続した。一八〇四年、フランス民法第三條三項が「人の身分および能力に関する法律はフランス人が外國に居住するときであっても、これを拘束する」と定めたのは、もちろん時代の風潮としての本國法主義の宣明と受取られるが、⁽¹³⁾ 手法としては当時における人法の到達点であったことに相違はない。これに比して、英米では外國法適用の論拠にオランダ学派のフーベルを參酌しつつ、⁽¹⁴⁾ 独自の見解を祖述すると同時に、法規分類学説を超越して、一八三〇年、かなりの事項にわたって何國法によるべきかを明らかにしたストーリーの先

駆的作业は画期的であり忘脚されてはならない。またサヴィニーをよく理解するウエストレークが、動産、身分および能力、契約、方式、訴訟手続等について法律関係の本拠説に近似する整然たる規則を提示し、また住所地主義を標榜したが、人法、物法、混合法という用語は踏襲されていて、分類学派の斑痕は残されている。

そのみではない。近時、アメリカ抵觸法革命において主唱され、第二リステイトメントに反映された指導理念である、法目的の考慮アプローチ⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾、さらにはレフラーの五原則の一つである「よりよい法律の適用」⁽¹⁹⁾という思索は、抵觸規則の機械的適用によって、結果の妥当性の無視という事態を招来した旧来の学説の根幹を揺がす衝撃であり、実質法と抵觸法の次元的俊別という基本理念に陶醉し、形式的整合性のみを希求してきた過去への警鐘でもあった。この抵觸法革命の余波は欧州にも及び、そのスローガンないしは単なるキャッチ・フレーズが、法律関係の本拠説に立脚する大陸の諸学者を震撼させ、国際私法の危機を叫ばせたのは周知の事実であり、また英国判例中にもこれを採択したと思われるものも出現した。しかし、本稿はこの問題を取扱うことを目的とするものでなく、米国諸判例の傾向が実質法を出発点とする分類学説的方法論に回帰する動向を示したこと、およびいかなる法分野においても、涉外関係に対処するに当っては、内国実質法の究明こそ肝要であることを指摘すれば足りる。

もちろん、これに対する反論も多いであろうが、筆者はこれに論及する意図はない。ただ欧州については一例として、一九八四年、本学に来訪し講演して頂いたベルンハルト・グロスフェルト教授の所説の未だ印象に残っている一節を引用するに止める。

「新しいアメリカの理論は、貴重な提案と見識をわれわれに提供してくれましたし、われわれとして、否応なくわれわれの固有の基盤を自覚させましたが、しかし、それらの理論は……ヨーロッパ法の砦を破壊することはできません

んでした。確かに、国際私法の「危機」は存在したのですが、「革命」は起こらなかったのです。⁽²¹⁾⁽²²⁾「また前記のように、裁判所が新傾向を受け容れた英国でも、我々が新アプローチに共感し研鑽を惜しまなかった早い段階で、アメリカ内部の状況について醒めた見方をしているものもある。曰く、これらの諸原則にはそれぞれに批判があり、それは増強される勢である。このアプローチの重要性は、所詮、不法行為と契約に局限されるべきものであり、利益分析およびその同一分子は家族法および財産事項に関連しては殆ど討議されず、この分野の司法判決に僅かな影響しかもたない。以上から云えることは、わが国の国際私法はサヴィニーを出発点としているが、契約について意思自治の原則を導入しているように、不法行為の領域でも新アプローチが定型化されると否とを問わず、影響を及ぼすのは確実である。これとは対照的に、法律関係の本拠説に立つ限り、連結点の考察は必至であり、もし刑法・租税法の抵觸があれば、抵觸解決を考究すること自体むしろ自然の成行きであつたろう。そして抵觸法的意味での国際刑法は、シエワルツェンバーガーが指摘するように、⁽²⁵⁾ 刑事的なスタチエータ（都市法、条例ないし法律）の抵觸についても、注釈学派や後期注学派はこの問題の実体を取扱っていた。また学説の沿革よりすれば、一九二二年のドネデュー・ドウ・ヴァーブルの「国際刑法」⁽²⁶⁾ は今なお最善の作品であることは衆目の一致するところであらう。

それでは、国際私法学との関連における、当時の刑法と租税法の状況はどのようなものであつたか。コモン・ロー法域の諸原則とヨーロッパ大陸諸国のそれとの間には、アプローチの幾分の相違にも拘らず、実質的な一致が認められる。フランスの裁判官ヴァレリーは、処罰する権利と課税する権利は主権の専属的な属性であり、国王大権と同様であると指摘する。⁽²⁷⁾ しかし、刑事裁判所は可罰行為の被害者のために有利な裁定を下すこともあり、そうした場合、その判決は同時に民事的性質を併せ有すると判事は付加える。⁽²⁸⁾ A・K・カンは、市民法（大陸法）系諸国は屢々、被

害者を当事者適格をもつ者として、同一の訴訟において刑罰と民事の補償の双方が裁定されるような訴訟手続に従つて来たとし、クリューネの判例まで引用する。⁽²⁹⁾ただ留意されるのは、この事例は民事判決は執行されるが刑事判決は執行されないとの原則を述べたに過ぎず、彼の涉獵の広さには敬服するが、税法抵觸に関する本橋の目的にとっては殆ど意味がない。

むしろ、重要なのはおよそ次の個所である。ドイツの法学者フランツ・カーンに依れば、租税法は、それ自身の性格上、その効力は域内に制限される趣旨のものであるから、域外的効力をもつのはふさわしくないとされる。しかし、国際間の現実を見れば、別の考慮が働かない限り、国家の自己制限はありえないし、租税法の効力が域内に限定され、域外的効力を意図しないことはありえない。租税主張の重復は不可避である。それ故「ニボワイエは、いつの日か、特に近隣諸国内において、この状態が条約によって、改善されることを信じている」と指摘したのは貴重である。⁽³⁰⁾

国際二重課税への関心はわが国でも存在した。既に租税法序説でも触れているが、経済学者である小川郷太郎、神戸正雄⁽³²⁾両教授による一九二二年および二六年の論及があった。またハーグ・アカデミーにおいては国際関係法学者による外国人に対する課税問題を取扱った講義が目を引くが、⁽³³⁾真向から税法抵觸の観点に立って、その処理方向を考察した一九三〇年のニボワイエの「法的観点よりする二重課税」⁽³⁴⁾が唯一の完成度の高い論稿であった。

然るに、国際刑法にあっては、戦争犯罪、集団殺害その他に対する実質的かつ直接的規定が、急速に膨大な領域に適用されるに至ったとは云え、抵觸法的な意味での規則はなお存続するのに対比して、戦争の勃発あるいは社会状況の推移に対応するための租税需要の増大、租税制度の複雑化、租税法の発達によって、二重課税回避のためには、抵觸解決とは異質な原則の導入ないしは別途の調整方法の採択が必然化された。しかし、他の追隨を許さぬニボワイ

エの作品は金字塔として永く記憶に止められるべきであらう。

アメリカではより現実味を帯びた州際租税法抵觸が発生することは容易に想起できる。一九三五年のビールの「法律抵觸論」⁽³⁵⁾はアメリカ・リステイトメントの注釈書（アックルンウスになぞらえられる）と云われるが、同時にその大著の一部に租税の項目が挿入されていて、州際租税法抵觸解決規則について、明晰かつ整然たる体系化が達成され、人に対する租税（例えば人頭税 poll tax⁽³⁶⁾）、物に対する租税（ごくごく些細だが後には重要となる、例えば、フランチャイズ税 franchise tax⁽³⁷⁾）、相続税、贈与税、消費税 excise tax⁽³⁸⁾、所得税の各項目に論及している。それを継承したとも云えるグッドリッチはその著書に相当の頁数を割き、スチムソンの精密さも印象に残るが、第二リステイトメントのリースの作業の最有力の協力者として、改革的アプローチに推敲を加え、また斬新な息吹を注入すると同時に、複雑多岐にわたり混迷の度を加えた州際課税の分析・解明と解決策の模索に挺進したレフラーの一九六八年の概説書こそ、⁽⁴¹⁾二十世紀中葉におけるアメリカを代表する抵觸法学の圧巻といっても過言ではない。

しかし、純所得税⁽⁴²⁾やフランチャイズ税⁽⁴³⁾が混在し、課税州内での活動が多様な形態を採って行われ、また連邦憲法の通商条項⁽⁴⁴⁾や適正手続事項との関連性も考慮される中で、競合する州課税の調整を達成するためには、いわゆる基準割当て方式の標準化・画一代こそが急務であるとされた。基準割当て方式それ自体の妥当性を肯認する連邦最高裁判決⁽⁴⁵⁾は難局を打開する希望の星と思われたのである。然るに、抵觸規則と異り、州の数だけ存在する割当て方式の統一可能性には疑義があった。ただし、連邦議会は州課税の聖域に踏み込めないという事情があったからである。そのためであるかどうかは定かでないが、その判決を契機として最後の砦であったレフラーの著書から、そしてすべてのアメリカ抵觸法の概説書から余りにも技術的な州際課税の項目は削除された。

もちろん、その頃のヴァンメーレンの論考⁽⁴⁵⁾や新アプローチに尖鋭な記述のあるワイントラープの概説書⁽⁴⁶⁾は、当初から本来の国際私法の範囲に限定されていた。リステイトメントに關しても顕著な功績をもつレフラーのことであるから、自己限定した第三版以後の概説書⁽⁴⁷⁾はもちろんワイントラープに遜色ないものである上、その継承、補遺、発展も順調であるが、輝いていた第二版の基準割当てが州際租税法の残照となったのは無念である。しかしこの事柄も若い学究の研究対象が固有の抵觸法の範囲内でも加速度的に増加してきたことの証查でもあろう。ピール自身が租税法そのものに造詣が深かったこと、抵觸法原理が州際課税の領域にも通用可能な時期が確実に存続したこと、レフラーは州際課税の新動向にも対応しうる十分な知識や能力を兼備していたことは看取できる。ただ抵觸法革命のうねりが余りに凄まじいものであったことが、彼の租税法への復活を阻げる要因となったのであろう。繁忙と抵觸法内部における専門の分化現象が帰趨を左右したのである。

アメリカでは抵觸法が合衆国成立の沿革よりしても主要科目であったことは疑いない。リステイトメントに徴しても、法律抵觸は、代理、契約、財産権、不法行為、担保、原状回復、判決等に關する諸法と並んでいち早く取上げられている。わが国でも条約改正の必要上、また当時の途上国での領事裁判への心情的反撥から、大政官布告という拙速な形で出現した法例が旧六法全書では憲法その他の基本法の項目中に包攝されていたのはその辺の消息を物語る。また刑法の金沢教授が話された留学当時のドイツ人学生たちの国際私法に対する熱意と傾倒はむしろ欧州諸国の接近の影響もあろうが、斬学の重要性を察知させるに足るものであった。しかし、わが法例はドイツ民法施行法、より厳密にはゲーブルハルト草案を継受したが、条文数も僅少で一見したところ表現も比較的単純かつ平板であるし、また旧法例が受容する予定であったイタリア民法前加篇⁽⁴⁸⁾並びに同じラテン系列のスペイン民法前加篇に至っては条文が極

端に少なく、平成七年第一篇総則第一節通則と改正されたわが国刑法の法例と同様に、民法に接合しこれに付随するものと認識されていたようであり、独立した法体系の形式を採っていない。また、寛容さと充実性、その上、再致を認める独自性、適応問題にまで觸れる先進性等によって我々の世代の共感を呼んだ旧ポーランド国際私法⁽⁴⁹⁾さえ（手続的なものも含めて）四一条に過ぎなかった。

こうした抵觸規則の数量的劣性を克服するべく、総論的課題の⁽⁵⁰⁾発案と考究が推進された。そのため国際私法学者は底なし沼にひそむ妖怪にたとえられるが、反致、法律関係性質決定、公序、適応問題と先決問題等は現時点の方が返って微妙で、正解の出ない曖昧な難点が露呈しないしは残存しているとの感想をいだかざるをえない。一応、国際租税がハーグアカデミーで講義の対象とされた一九二〇年から州際租税法が概説書中で論及されている一九六〇年頃までの状況を見ておこう。むろん、公序と反致は欧州諸国やわが国の成文規定に織り込み済みであったが、ここでは実質法学者が敬遠した敢えて馴じもうともしない若干の課題のみに觸れておく。

先ず、反致についてであるが、Fargo 事件を嚆矢として燎原の火のように拡がったこの手法は多数諸国の成文法に採入れられ、各国は自国法（法廷地法）の適用機会の増加という便宜のために利用してきたが、最近では条約でも国内立法でも抑制されてきている。これの論拠とその批判は既に江川教授の全書中⁽⁵¹⁾で完璧に解説されているので特に取扱うことをしない。戦前では二重反致⁽⁵²⁾に関する英国判例 *In re Amesley*、⁽⁵³⁾*In re Ross*、*In re Askew* ⁽⁵⁴⁾が二つの大戦の狭間の話題に乏しい時期に、外国裁判所理論と接合してセンセーションを巻き起した。また戦後の *In re Duke of Wellington* ⁽⁵⁶⁾はこれを踏襲しつつ、外国法の証明問題に就いて投げかけた示唆は貴重であった。さらに、池原教授の⁽⁵⁷⁾発想に基づき、実質的に二重反致と同様の結果に到達した判例⁽⁵⁸⁾がわが国でも出来た。その上もはや戦後でないと言

われる頃に隠れた反致⁽⁵⁹⁾が実際問題の解決に寄与した。例えば、離婚事件で住所地(ないし日常の居所)に管轄権を認め法廷地法を適用する英米国際私法に関する知識が普及した結果、わが国に住所を有するアメリカ人の事件で反致を用いるケースが肯認されたが、わが法例の平成元年改正によって離婚事件には反致が適用されなくなった。そこで近年では他の法律関係について隠れた反致が援用される⁽⁶⁰⁾。もちろん、これについては有力な反対説もある。ただ反致論は合衆国の州際課税にもフランスでの国際課税への関心の消長とも全く関連はない。

次に、カーンやバルタンの着想によって出現した法性決定問題であるが、この解決には法廷地(実質)法説と準拠法(所属国の実質法)説の二説が対立してきた。終戦後でもウォルフ⁽⁶¹⁾がその著書で「すべての法規はそれが所属している法制度からその性質を得ている」を出発点としていたし、準拠法説に立脚した判例や準拠法説を綿密に調査した英国判例も見られる⁽⁶²⁾。しかし、筆者が近年請求権競合を考究する手懸りとして、(必ずしも競合事件とは云えないが)、不法行為の準拠法と契約のプロパー・ローの交錯する領域を取扱った事案を検討しているうち、法性決定的操作を通じて、契約準拠法を適用して不法行為の成立を否認したもの⁽⁶³⁾、契約準拠法の強行法規によって第三者たる証券の受寄者の不法占有が成立しないとしたもの⁽⁶⁴⁾、解雇された船員の船舶上での居残りが不法占拠に当るかにつき法廷地実質法に即した法性決定を介して契約のプロパー・ローによって解決された事件⁽⁶⁵⁾もあった。しかし、本稿は英法上の法性決定問題や請求権競合の事案を論議するのは目的でなく、法性決定問題の解決には準拠法説も法廷地法説もあったし、また第三のファルコンブリッジに周調する、つまりラーベに接近している立場もあったことに留意すれば足りる。

わが国では久保教授が、ラーベル⁽⁶⁷⁾と挨を一にし、また同時に提唱された法廷地国際私法自体説が既に定着していた。当時の学究たちは到達された結論に特に異存はなかった。しかし、法律概念を比較法的に導き出すことは実際問

題として困難を伴う。例えば、最も簡単な消滅時効一つを取上げて見ても、訴権の存続に関するものか、実体法上の権利の運命かをどう決定するのか、多数諸国の法制が採用している概念に依拠するのか、もし多数決に馴染まないとするれば代替する方法は何か、普遍的、一律的な万国共通の法律概念の構築は可能かという疑義はなくなかった。恩師齊藤（武生）教授はもちろんゼミでの気楽な会話ではあるが、法廷地実質法概念から遊離した抵觸法上の概念の形成を疑問視されていた。もちろん、国友教授の著書に接し、改めて久保教授の真摯な思索に感銘を受けた。そして法廷地実質法でなく法廷地抵觸法上の概念の必要性についての共通の認識は当時の国際私法学者たちの間に成立していたことは肯定する。しかし、現在では比較法説そのものは支持されておらず、「法律関係の性質は、関連する抵觸規定の間の事項範囲の画定の問題として、それらの規定の精神・目的ないし趣旨とされるところに従って行われるべきである」⁽⁷⁰⁾との提言は確かに適切な指摘と考えるに至った。

それでは、（国際私法的正義の実現のために）、個々の抵觸規定の趣旨をいかにして確定すべきであるか、やや論理の飛躍があるようにも考えられるが、それは結局国際私法上の利益の探求によって達成されるとする。その利益としては当事者の利益、取引の利益、秩序の利益等⁽⁷¹⁾があげられ、その概括性に対して細分化の要請もあるし、また現実特定分野についての細分化の提示もある。しかし、現時点の尖端を行く利益法説にしても、それぞれの利益の優先劣後を具体的にどう較量評価するか等の質疑に当面するであろう。国際私法は単なる修辭学ではないからである。その点、前記国友教授の「国際私法上の当事者利益による性質決定」は各分野につき検討を加えた正統派の論稿である。筆者も関心のあった抵觸規定の競合問題について、準拠法指定並立説、一体的法性決定説とさらに附従的連結説⁽⁷²⁾を認める独法圏の立法・判例に言及して参照にも適する。ただし、英法にはこれらの相当するような表現はないにも

拘らず、思考方式としては前二者は容易に識別できるし、附従的連続説という言葉当てはめてよい状況もあるだろう。しかし、*Boys v. Chaplin* を契機とする、不法行為の準拠法自体に関しては、立法化に向けての法委員会の対応は素早く目ざましかったが、不法行為と契約の両者が混在する事案は、初期の優れた研究⁽⁷⁴⁾や法委員会の意欲的な取組みにも拘らず、伝統的に慎重な司法部の判断に委ねられており、裁判所の窮局的な決定をまつ以外にない。例えば、*フォーラム・ノン・コンヴェニエンス*の法理⁽⁷⁵⁾がスコットランドにおいて夙に開示されていたのに、英国裁判所はこれを百年間も無視し続け、最近漸くこの法理に窓を開き新風を満喫しているお国柄だからである。

従って、抵触規則の競合には、*Sayer v. International Drilling Co. N. V.*⁽⁷⁶⁾と、*Coupland v. Arabian Gulf Oil Co.*⁽⁷⁷⁾の二つの控訴院判決およびスコットランド上級裁判所の *Brodin v. A/R Selian*⁽⁷⁸⁾ 三判決が重要視されるが、不法行為と契約の混在する事案の解決に関する定説はまだ暫く英法では確立しな思われる。次に、前記著書の契約締結上の過失責任の法性決定および不当利得と基本関係の間の法性決定問題の項目であるが、前者では表題ともなっている当事者利益と内国裁判調和の利益に留意し、後者では最近のわが国の判例を発掘⁽⁷⁹⁾し、また奥・独・西・仏の諸学説を概観し、最後にわが国でも判例や評釈がかなり存在する婚約破棄を取上げると共に、ドイツ判例に注目して附従的連結を説示する配慮がある。ここでは一判例をめぐる個々の評釈者の意見の相違⁽⁸⁰⁾にせずこの国も同じとの安堵感を覚える。何れにせよ、かなりの多くの分野の法性決定問題を系統だてて網羅的に総括し、専門書はかくあるべしとの抱負を感じる。

また同時にわが国の学説が概して右へ倣への傾向があるのに対し、関大法学論集第四三卷四号以下の齊藤彰教授は「国際私法における性質決定理論の再構成」に意欲的に取組み、わが国の学説とくに久保教授と三浦教授および折茂

教授⁽⁸¹⁾の学説を熟読すると同時に、通説に安易に妥協することなく、英米独仏加豪等の近年の原書を巾広く読破し、わが国の諸説を正面から批判し、明晰で透徹した理論を展開する。また難解な *In re Cohn* の判旨を解明して二段階アプローチの布石とし⁽⁸²⁾、スコットランドの代表的学者アンソン教授の提言の引用もさすがである。送致範囲についてはまさに完璧なマイヨールの見解に焦点を合わせ(但し第二次決定との関連性は微妙)、英国判例では筆者も資料とした *Ogdon v Ogdon, Apt v Apt* のみならず *Leroux v Brown* やフランス判例に言及して多彩で、またわれわれの世代と異り内国実質法についての造詣が深く、またフランスのブーレルの理論について詳細に討究しているのは圧巻であり⁽⁸⁶⁾、さらにカーンフロイントの見解を精密に解説しているが、これは齊藤教授に最もふさわしい。さらに法性決定という表現を避けて、筆者の論文名と近似する「不法行為請求に対する契約上の抗弁」の問題を含めた立法化を見合せた法委員会の報告書を適確に追求しているのは周到であるし、附従的連結に関する中野教授⁽⁸⁸⁾の視点をも看過することなく、われわれに確知させている。以上から齊藤教授の論稿は、理論面を中心とした法律関係性質決定問題に関する卓抜した必見の業績といつて過言ではない。

なおわれわれの世代でも、第二次性質決定についての論議がなかったわけではない。だが池原教授の見解⁽⁹⁰⁾では、送致つまり準拠法指定段階のもののみを法性決定とされるので、第二次性質決定の論議は暫く下火となっていた。しかも、最近の実質法に精通し語学にも熟達している若い研究者たちの成果によって、法性決定の問題は一件落着というわけに行かないようである。それにも拘らず、一応ラーベルの時期に法性決定をめぐる論議には一応幕は降りていたという感觸はある。

第三に適応問題と先決問題であるが、前者は法性決定で時折り引用されたスエーデン法の夫婦財産制がその適例で

ある。⁽⁹¹⁾しかし立法や先生方の論稿にも拘らず、双方とも一九五三年の国際法学会編「国際私法」―I総論には項目として登載されなかった。その後、前者は三浦教授⁽⁹²⁾、後者は桑田教授⁽⁹³⁾の論稿があったと記憶するが、前者の論題はそれこそ諸国実質法の知識の修得と比較法的考察能力を前提とするから、それだけを強調するだけで十分であり、裁判官や実務家にとっては万能薬だろうが、それ故にその副作用や取扱方が難題である。何れにせよ、筆者にとって興味ある対象でないし、二十世紀前半の国際私法学の状況と近年の発展との照合を企図する本稿では論及する必要は特でない。

先決問題の決定は現在なお論議を呼んでいるが、当初は(1)法廷地国際私法説と(2)準拠法所属国の国際私法説との対立があった。わが国では久保教授⁽⁹⁴⁾や折茂教授⁽⁹⁵⁾が法廷地国際私法説を採られ、江川教授と桑田教授が準拠法所属国の国際私法説を採られていた。一九六〇年の状況では筆者の研究していた英国の個々の判例は(例えば養子決定にこだわるといふような)特異な解決を提示し、学説もまた必ずしも統一されていなかったもので、英法の立場というより、むしろ私見として、一応、本問題の相続は相続準拠法に依り、養子縁組の有効性は縁組準拠法にそれぞれ送致する⁽⁹⁷⁾、いわゆる独立連結説を採っていた。しかし現今では、本問題の解決こそが至上課題であり、第一義的に準拠実質法の解決問題となるが、準拠実質法がその事案の特定の妻や養子に相続権を認めてはじめて、縁組や婚姻の有効性の問題が浮上し、それが渉外的要素を含むとき、準拠法所属国の国際私法に依拠して決定されるべきであるとの立場を採る。そして同一の婚姻または養子縁組の有効性が法廷地国際私法を通して別途に判断されようとも、(つまり法廷地で婚姻や縁組を本問題とする提訴がなされようとされまいと)、何ら支障はなく意に介する必要はない。

もちろん、本問題準拠実質法説および準拠法所属国の国際私法説に対しては、緻密な判例研究と共に道垣内教授の批判⁽⁹⁸⁾のあることは承知しているが、折衷説⁽⁹⁹⁾には必ずしも一致した定見があるように思われないうし、具体的事案にどう

対応するかを暫く見守りたい。その上、興味ある平成五年一月判決が紹介されている。強行法規の特別連結についてわが国の第一人者であると共に先決問題についても一家言をもつ佐藤教授が、国際刑法上の論点をも踏まえて卓抜な見解を示している。⁽¹⁰⁾ 私見では事案は先ず不当利得の準拠法としての日本法に依り、先決問題は賭博債権の成立となるところ、法廷地国際私法説をとると準拠法所属国国際私法説をとるとを問わず、ネバタ法に依ることになる。もちろん、判決の結果自体は妥当であるし、賭博ツアーの違法性については更に検討が必要だし、佐藤教授をはじめ若い学究の提言に傾聴すべきことは多々あるが、本件での事実関係は微妙で、この際は山田教授に近い考え方もありえよう。何れにしても現時点の先決問題の論議は極めて高度であり、わが国におけるような応酬は戦前では欧州でも余り突きつめてなされなかったであろうと思われる。

最後に、公序による外国法適用排斥問題が残る。これは外国法適用の結果が現実にわが国の公序良俗に反する場合にはそれを適用しない趣旨である。戦後の適例としてはアングロイランアン石油会社事件第一審東京地裁判決があった。有効、即時かつ十分な補償を伴わない（国際法違反の）没収法であるとの申請人主張にも拘らず（この争点は英イ両国の接衝ないし国際機関の判断をまつべき事項であり）、排他的採掘権を認める利権付与契約は、イランと私企業間のものであるから、その財産を収用する国有化法の結果、当該所在地国法上所有権移転が既に完了している以上、新所有者の権利は否認されないとされた。⁽¹¹⁾ 東京高裁の判旨はむしろ国有化という国家行為は国家が主権の保持者としてなす公的行為であるから、外国裁判所はその法律の効力を無効と判定しうる国際法上の原則は確立されていないとする所に重点がある。⁽¹²⁾ だから国際私法ひいては法例三〇条（現三二条）は無縁となろう。また英国はこの種の事案で一般に余り公序を援用しないし、⁽¹³⁾ 同時期のローズ・マリー号事件は緊迫した状況下の英国の尋常でない決意と行動を

伴うものなので、判決の結論はともかく異例の事案として本文では特に取上げることほし⁽¹⁰⁾ない。

公序に関する我々の世代のトピックは公序則発動による外国法適用排斥後の適用法規である。過去の概説書では、適用排斥後に欠缺を補充すべき法現いかん、例えば、時効期間が著しく長期の準拠法を排斥した後、いかに処理するか等が考察されていたようである。⁽¹¹⁾ 筆者は学会で東上した折りに早田教授の御教示をうけ、公序を発動するときには、例えば、離婚を認めるべきであるとか、強制認知を認めようとかの判断が既に働いていて、外国法適用排斥と内国法適用とは同時的、自働的であるとの見解が夙に東京の学究の人たちの間で行われているのに感服させられたことを記憶している。それが内国実質法であるのか、公序則に内在する内国の公序観念⁽¹²⁾であるかの判断はまだつかないが、その前提となる論理の成立することは確実である。しかも、近年では思弁的抽象論でなく各種の法律関係につき、綿密な検討を加えてある学説⁽¹³⁾が再び抬頭する勢である。このように一九六〇年以降の国際私法学の発展もすばらしいものがあると云えよう。

以上から、時代の進展に伴う社会の構造自体の推移あるいは国際社会の諸状況の変遷、および諸国家間の交流と協調の復活によって、二十世紀後半の国際私法学は急速に進歩し、複雑化と多様性は加速され、判例も多数かつ広範な分野にわたり、判旨も入念な思索を経たものが増加した。逆に云えば、十九世紀後半から二十世紀前半は抵觸法学の観念論的傾向あるいは一種の停滞と閉塞状況があったといえよう。フォン・バル von Bar⁽¹⁴⁾は一八九二年に国際私法および国際刑法の教科書(概説書)を出し、池原教授によればニーマイヤーは当初、国際私法および国際刑法のための雑誌(小冊誌)を刊行していると云われる。⁽¹⁵⁾ また本学に一時在職されていた渡辺(宗)教授は京大法学論叢中にノイマイヤーの国際行政法基礎論⁽¹⁶⁾を紹介されている。(本文中には吾人とか所謂とかいう文字があり、かなり以前の院

生にも馴じまない表現があるので少し変更してある。渡辺教授の御趣旨や格調は傷つけないよう考えている。」

「各国家間の権限の分配という思想は……私法関係の秩序づけについては古くから認められていたことである。われわれはそれを伝來的な名称で国際私法 (Internationales Privatrecht) と云うことができる。この名称は、この場合には、Völkerecht の意味における国際法 (Internationales Recht) に関するものでもなく、また、いわゆる私法 (Privatrecht) にも関するものでないということを、われわれが明らかに意識しているときに限って、適当な名称であると云いうる。公法関係における国家権力の活動についてもまた他の国家活動に対する一定の限界を必要とする。

国際訴訟法は、ある法律関係の決定がいずれの国家権限に属するか不明なる場合に、これを自国の裁判所において判決するためには、いかなる場所的条件が与えられることを要するかということを規定し、国際刑法は、もしも他国人が自国内において犯罪行為をなしたる場合に、あるいは自国人が他国において犯罪行為をなしたる場合に、国家はいかなる条件のもとにこれに刑罰を科しうるかを明らかにするものである。而して同様に国際行政法なるものもまた存在すべきものであって、それは行政の各領域における——特に内部行政の範囲における——国家活動の限界を規定するものである。国家権力の限界に関するこれらの法規は、まとまった単一体を構成する。われわれはそれを呼ぶに適當な言葉がないために、同様に国際私法という語を用いる。それ故広義における国際私法は、国際訴訟法および国際刑法をも包含する。而して更にかかる意味の国際私法が国際行政法をも包含していることは固より云うを俟まない。」

「国際私法」を著している、れっきとした国際私法学者ノイマイヤー^(H)がこの意見を提示していること自体がそうした時代背景の存在を物語るのである。

小 括

ビールによって創唱され、体系的に確立され、グッドリッチ等によって、さらに発展させられ、詳密化が進捗した州際課税の抵触法的解決規則は、レフラー第二版において開示されている基準割当て方式に遭着して、高度化すると同時に、一種のディレンマに当面した。州税法の種類が増加、複雑化の他に、連邦政府さえ、各州の課税権を限界づける統一な調整原則を提示して、介入することができないとの制約があることに基因する。いま一つはアメリカ抵触法革命が世界に衝撃を与えると同時に、合衆国内においても百家争鳴の状況を現出したことである。確かに新アプローチはかなり早い段階で第二リストメントに収斂して行き、また契約および不法行為の項目で明定された規則はかなり多くの諸州の採択するところとなった。法規分類学説への回帰とも囁かれ、関係実質法からの出発というコベルニクスの転換を達成するに当って、上記にも掲げたスローガン、統治利益分析⁽¹⁷⁾、法目的の考慮方式、重心理論⁽¹⁸⁾、連結集中説、ベター・ロー・ルール、最重要関係理論⁽¹⁹⁾、虚偽の抵觸⁽²⁰⁾といった多彩な表現が交錯し、Badcock事件と全く対蹠的な事実関係の下でニューヨーク州法が適用されるような判例も側聞される中で、合衆国の概説書は諸学説・判例の解明や整備および自説の構築や展開に専念することが必至となった。このような事情から、細目的で論理も解離して行く州際税法に没入する意欲はレフラーにさえ湧かなかつたと推測される。かくて総ての抵触法の著書から租税法の項目は削除され、州際税法は抵触法の範囲外に置かれることになった。

大陸法でも公法抵觸は意識されていたが、国際私法の範囲内には編入されないし、少くともフォーゲルの指摘するように、抵觸解決原理は国際租税法では妥当しないであろう。従って、国際私法ないし国際関係法学者が公法に關連

する事案のうちどのような内容のものをどの限度で取扱うかを考究することだけが必要となるであろう。租税法の領域に限定しても、河村博文教授はその著書中に移転価額に関する論文を掲載され、竹本正幸教授は国連報告書中の移転価額税制について翻訳を果し、曾野和明教授は「国際経済社会と法」——世界経済法制に向けての序章——中で二重課税ひいては、外国税額控除制度を、租税回避との関連で移転価額税制を、さらに批判にさらされたユニタリー・タックスに言及する⁽¹²⁾。我々国際関係法学者はこれらの項目に関心を払うことを許容されるであろうし、また関与するべきであろう。教授の柔軟性に富みかつ極めて有益な示唆はまた知的財産権にまで及ぶ。この点、山田録一教授が新版で工業所有権を著書中に編入する意欲を示され、また実際、わが国の判例においても、並行輸入の（フレッドベリ）事件⁽¹³⁾、特許権の効力の（カードリーダー）事件⁽¹⁴⁾の二つの最高裁判決および職務発明に関する高裁判決⁽¹⁵⁾について抵觸法学者ないし抵觸法にも精通した学究によって見事な評釈がされている。そこでは確かに準拠法選択規則はもはや無縁の局面もあるが、しかもなお有能かつ有為な抵觸法学者の参人はありうる。その場合は、自国実質法の解釈が中心となるとしても、公法を基軸とする涉外事件の存在は決してなくならない⁽¹⁶⁾。

(1) 清水廣一「イタリア中世都市国家研究八八頁—一〇四頁。」

徴税に関し極めて詳細な研究をされている。

(2) 前掲書、七一頁—七三頁。

(3) 野口昌夫・石川 清共訳 建築ガイド5 フィレンツェ（丸善）

サンタ・マリア・デル・フィオーレ聖堂（二四世紀）

フィレンツェの最初の聖堂は現在のバッティステロであったが、一一世紀中頃、四―五世紀に起源をもつサンタ・レバラータ聖堂にその榮譽は渡された、わずかに二世紀後、その聖堂はフィレンツェの市民にとって小さ過ぎ、機能しないものとなつてしまった。この二世紀間、都市は急激に発展を遂げたからである。こうして、フィレンツェに、シエナやピサに負け

ないほどの新しい大聖堂が建設されることになったのである。

一二九六年九月八日、新聖堂の基礎を掘る工事が開始された。その時にはすでにサンタ・マリア・デル・フィオーレと呼べられ、旧聖堂のサンタ・レバラータと一体化されることが決まっていた。偉大な建築家アルノルフォ・ディ・カンピオの設計に基づき、建設はすすめられたが、一三一〇年に彼が死ぬと工事は中断された。それまでに完成したのはファサードの一部と側面だった。一三五七年、フランチェスコ・タレンティの下に工事が再開された。それ以前のジェット(一三三四―三七七)あるいはアンドレア・ピサーノ(二三三七―四八)の下では、ほとんど工事が進行しなかった。最後に登場したフィリッポ・ブルネレスキは一四一八年から一四三六年にかけて壮大なクーポラを建設した。ファサードの完成部分は壮麗な建築的、造形的作品だったが、一五八七年に破壊され新しい計画案に取って代わられた。壁面を飾っていた彫像はドゥオモ美術館に移されたが、三〇〇年後、露出されていたレンガの面はエミリオ・デ・ファブリスによるファサードで覆われた。

聖堂のきわめて美しい表面は、鐘塔と同じく色大理石で装飾され、この都市のロマネスクの聖堂を想起させるが、ここではより洗練され、また細いスパイラルの柱で仕切られたピフォラ(二連窓)が各所に配されている。聖堂の平面はラテン十字形で、中心から放射状に礼拝堂が配置されている。礼拝堂はクーポラの真下の八角形を取り囲む三葉形の部分にある。堂々とした巨大な内部は尖頭アーチの連続による3つの廊に分けられる。アーチは十字形断面の柱の上に置かれ、クロスヴォールトを構成する。聖堂内には数多くの貴重な美術作品が収められている。パオロ・ウッチェロとアンドレア・デル・カスターニョによるフレスコ画、ロレンツォ・ギベルティによるステンド・グラス、ルカ・デッラ・ロッチャによる施釉セラコッタ、そしてミケランジェロが自らの墓とするべく制作した未完のピエタなどである。(クーポラについては二二を参照)

上記を見ると一二九六年を着工開始年と見てよいであろう。

(4) 清水廣一 前掲書 三三三頁。

(5) 前掲書 五頁。

(6) 前掲書 一七―一八頁。

(7) 『神曲』のこと。出典：フリー百科辞典『ウィキペディア (Wikipedia)』タンテが『神曲』三篇の執筆を始めたのは一三〇七年頃で、各都市の間を孤独に流浪していた時期である。『神曲』においては、ベアトリーチェに対する神格化とすら言

えるほどの崇敬な賛美と、自分を追放した黒党および腐敗したフィレンツェへの痛罵、そして理想の帝政理念、「三位一体」の神学までもが込められており、ダンテ自身の波乱に満ちた人生の過程と精神的成長をあらわしているとも言える。とくにダンテが幼少期に出会い、その後二四歳にして夭逝したベアトリーチェを、「新生」につづいて「神曲」の中に更なる賛美をこめて永遠の淑女としてとどめたことから、ベアトリーチェの存在は文学史上に永遠に残ることになった。

『神曲』は地獄篇、煉獄篇と順次完成し、天国篇を書き始めたのは書簡から一三二六年頃からラヴェンナの領主のもとに身を寄せ、ようやく安住の地を得た。ダンテはラヴェンナに子供を呼び寄せて暮らすようになり、そこで生涯をかけた『神曲』の執筆にとりかかる。そして一三二一年に『神曲』の全篇を完成させたが、その直後、外交使節として派遣されたヴェネツィアへの長旅の途上で罹患したマリアがもとで、一三二一年九月一三日から一四日にかけての夜中に亡くなった。客死したダンテの墓は今もラヴェンナにある。フィレンツェはたびたびラヴェンナにダンテの遺骨の返還を要求しているが、ラヴェンナはこれに応じていない。

(8) マキアヴェリ『フィレンツェ史』大岩誠訳(岩波文庫(1)) 三二七頁。

コシモの名が出てくるのは一四三三年からである。

(9) F・グイッチャル・ディーニ著 末吉孝州訳「フィレンツェ史」三二頁。

この著者も一三七八年からフィレンツェ史について書き始めている。

(10) 妹場準一「条例理論Ⅱ法規分類学説」『国際法辞典』(第二版) 国際法学会編四八六―四八七頁。

(11) 沢木敬郎『道垣内正人「国際私法入門」第五版六五頁。

江川英文『国際私法』(全書) 一一一頁。

(12) 川上太郎『国際私法』独逸国際私法・仏蘭西国際私法(外国法典叢書 有斐閣) 四八頁。

(13) 前掲書、九〇頁。

「デューラン(一五〇〇―一五六六)、ダルチャントレ(一五一九―一五九〇)の時代では、身分及び能力は人法(status personae)の領域に属し、而して人法は人の現実の住所地法(loi du domicile actuel)であるとせられていた。蓋し当時於て解決すべき問題は専ら仏国内の地方習慣相互の法律衝突問題のみに限られたのであるが、現実の住所地は人の

生活の中心点であつて人は専らその地の習慣法に習熟するものであるから、身分及び能力の如き人の法上の地位は、その地の法律に依るを適當とすると考えられたのである。然るに身分及び能力が住所の変更と共に転転として異なる法律に服するのは不適當であるとの考慮に基き、十八世紀に至り現実の住所地法の代りに原始住所地 (le domicile d'origine) の法律に依らしめんとする学説を生じた。而して一八〇四年の統一的私民法典に因り仏国内の地方的法律の衝突問題が消滅すると共に、先きに述べた理由の下に本國法主義が採用せられるに至つた。」

この立法が法規分類学派のデューラン、グルチャントレの系譜をついでいること、近代的統一國家の形式期の風潮として本國法も主義が宣明されたが、身分および能力問題が人法の適用範圍と考えられたことに變りはない。

- (14) Westlake-Bentwick, *Private International Law*, pp. 8-9.
- (15) 拙稿「アメリカ抵觸法リストートメント」【國際法辭典】(國際法学会編)三省堂一二頁。
- (16) American Law Institute, *Restatement of the Law, Conflict of Laws* (2nd) p. 10 et seq.
- (17) 川又良也 民商法雜誌七三卷五号一二三九頁。
- (18) 松岡博『國際私法における法選択規則構造論』三一—一七頁。
- (19) 松岡博 前掲書二〇頁。
- (20) グロスフェルト「國際会社法から國際企業法へ」大和正史訳関西大学法学会誌三二号(一九八五)九五—一〇八頁。
- (21) 前掲論文一〇五頁。
- (22) なおグロスフェルト教授は中大においても講演されている。「多国籍企業法律問題—實務國際私法・國際經濟法」山内惟介訳 中央大学出版部、昭和五七年。(大和教授付記)
- (23) 例えは Boys v. Chaplin. [1971] A. C. 356 affirming [1968] 2 Q. B. 1.
- (24) Cheshire = North, *Private International Law* 12th ed., p. 38 (1987).
- (25) Schwarzenberger, "The problem of an international criminal law", Mueller and Wise, *International criminal law* p. 6.
- (26) Donnedieu de Vabres, *Principes du droit Penal International* (1928).
- (27) A. K. Kurn, *Comparative Commentaries on Private International Law or Conflict of Laws*, p. 48.
- (28) *Ibid.*

- (29) Ibid. ref. Clunet, 1925, p. 128.
- (30) Franz Kahn, Abhandlungen zum International Privatrecht (1928), p. 24.
- Niboyet, Manuel de droit international privé (1928) § 369 r.
- (31) 拙著『国際租税法序説』八一頁、八二頁。
- (32) 前掲書、八一—八二頁。
- (33) Grizotti, L'imposition fiscale des étrangers, Recueil des Cours, 1926 t. II, p. 4 et seq.
- Allex, La condition des étrangers au point de vue fiscal, Recueil des Cours, 1937 t. II, p. 35 et seq.
- (34) Niboyet, Doubles impositions au point de vue juridique, Recueil des Cours, 1930 t. I, p. 8 et seq.
- (35) Beale, A Treatise on the Conflict of Laws, 1936.
- (36) 鴻常夫 北沢正啓編、『英米商事法辞典』(新版) 商事法務研出版七・九頁。
poll tax 【入頭税】 財産、職業と無関係に、すべての人間または一定の地域に住むある階級人間に課される定額の税。道路のために、金銭でまたは道路の作業という役務で一定年齢の各人に課された税。アメリカ合衆国憲法修正二四条によって、アメリカ合衆国選挙投票の前提条件としては完全に廃止された。(RO)
- (37) 拙訳書『アメリカ合衆国における多州籍法人の州所得税』チャールス・E・マックルアー・ジュニア『多国籍企業の課税問題』ミネルヴァ書房一五九頁。
- franchise tax フランチャイズ・タックス
- カリフォルニア州へ進出する企業は、同州が課税しているフランチャイズ税(一種の事業税)対策に苦慮しているが、七五年末の米英両国間の租税条約の改定で、新たに州当局によるフランチャイズ税課税を禁止する条項が追加された。このため西独政府はすでに同様の目的で米国政府との交渉を開始しているといわれ、日本政府も検討をはじめることになるとみられる。
- 米英両国間の租税条約改定交渉は一九七五年一月三十一日にまわって調印を終え、現在、上院外交委員会で批准のための審議という段階にある。批准は早ければ一九七六年二月中遅くとも半年以内に行われるものとみられる。この条約で、新たに追加されたフランチャイズ・タックスの禁止に関する条項は第九条四項、五項で「条約締結国の国内または地方にお

て営業活動を行う企業に対して課税する場合、相手国または他の国に持っている（その企業の）関連企業の所得、経費などの項目を考慮することはできない」という趣旨のもので、カリフォルニア州などが州内への進出企業に対して課税しているユニタリー（単一性）概念の適用によるフランチャイズ税を禁止する条項であると解釈されている。改正された同条約は上院外交委員会で検討、批准されるが、これまで調印された条約が基本的な修正を受けた前例はなく、結局、この新設条項は認められるものとみられる。条約が発効した場合、七五年一月一日にさかのぼって適用される。

英国が租税条約にこの種の条項を盛り込むことに成功したため、西独政府は直ちに米財務省と両国間の租税条約の改定交渉にはいったといわれる。州の権限の強い米国では、連邦政府と外国政府の間で締結された条約が、どの程度まで州独自の課税権限を拘束するかについてはまだはっきりしていない。カリフォルニア州はフランチャイズ・タックスについては、一九六〇年代後半から州外の企業についても適用しており、州の財源としても重要であることから、この米英租税条約の批准によって直ちに適用をやめる可能性は少ないと関係者はみている。しかし、英国に続き西独が禁止条項を盛り込み、さらに日本などが追隨した場合、裁判所へ訴訟が行われることは必至で、国際的な圧力がかかり、結局、州側が譲歩することになるという見方が強い。カリフォルニア州は同州内の法人に対して課税する際、州外で事業活動を行う本・支店との間に単一性があると認定された場合は、それら州外の法人の所得を合算してカリフォルニア州法人の比率を計算し、これに基づいて課税する方式を適用してきた。

これは州内の法人が各種の操作で所得などを州外に“逃避”させ、本来同州が徴収すべき税金が州外に流出するのを防ぐために考え出されたもので、一九六六年に法律を施行し、州間にまたがる大企業に適用してきたが、最近、この概念を外国企業とカリフォルニア法人との関係にも厳しく適用し始めている。ユニタリーの概念にあてはまる対象としては①会社株式の保有形態②購買、宣伝、会計、経営組織からみた営業体制③経営者を出向させるなどの方法で親会社の持ち株が五〇%を越える場合——などとなっている。このユニタリーの概念に繰り入れることができるかと認定された場合、所得、資産、供与などについて親会社と子会社の分を合算してカリフォルニア法人の比率も計算し、課税するため、たとえば現地法人が赤字でも日本の親会社が利益をあげている場合は税金を徴収されることになる。カリフォルニア州の日本企業の中でこの通告を受けた企業は一〇数社にも達している。このうち、カ州東銀、カ州住友の両銀行は同州の租税不服審判所に抗議文書を提出しているが、日本企業以外でも香港上海銀行が異議申し立てを行うなど、各国企業にとっても大きな問題になっており、不

服審判所では一二件が係争中である。(日本経済新聞昭五二・一・二五朝刊参照)

(38) 田中英夫編『英米商事法辞典』東大出版三二六頁。

excise tax「消費税」

本来、商品またはサービスの購入・消費という事実に着目して課される租税であり、直接の消費行為を課税の対象とするものに限らず、酒税のように製造業者や小売業者により納付される租税であっても最終的に消費者の購入価額に含められるものも該当する。さらに今日では一般に、特許権の取得、資産の登録、職業への従事等、特権の享受にかかる租税でも、業者により物品や役務の価額を決定するに当たって考慮されるものは消費税に入ると考えられており、所得課税以外の租税は広く該当するようになる。

(39) Goodrich = Scoles, Handbook of the Conflict of Laws p. 62 et seq.

(40) Stimson, Conflict of Laws 1963 pp. 199-242.

(41) LeFar, American Conflicts Law, 1968 pp. 719-730.

(42) 田中英夫『英米法辞典』(東大出版) 五八二頁参照。

net income 純所得額 アメリカ連邦所得税制のもとで、deduction* (必要経費) を差し引いた後の所得額をいう。

Gross income* (総所得額) に対応する語。

鴻常夫・北沢正啓『前掲書』六三七―八頁。

net income【純利益】損益計算書上の総収益額が総費用額を上回る額。net earnings, net profitともいう。通常の営業活動から生じた利益 (income from operations, operating profit) に異常損益項目 (irregular items, extraordinary items) を加減した、損益計算の最終結果を示すのが通常である。(Ha K)

(43) 鴻常夫・北沢正啓『前掲書』一七九頁。

commerce clause【通商条項】アメリカ合衆国連邦憲法一条八節三項のことで、「連邦議会は(外国との間の、またいくつかの州の間の)……通商 (commerce) を規律する(権限を有する)」と規定する。この一条八節が、州の立法権限に対立する意味での連邦議会の権限を列挙していたのであるが、合衆国の国家的発展、統制がすすみ連邦の諸立法が拡張されていく際、とくにこの三項の commerce clause の拡張的適用に基づいて、ほんらいの交通や通商の範囲をこえて、独占禁止等の

公法抵觸と国際租税法の端緒と進展(結語)

経済統制や、労働保護等の分野に関してまで、連邦法が制定されうるに至った。(T A)

(45) 松岡博 前掲「法選択規則構造論」一六頁参照。ヴァン・メーレン教授の第二リステイメント六条に対する立場を肯定的な面も否定的な面も見事に解説されている。ことに「第二リステイメントは policy-based アプローチの直面する困難と緊張を解決していないと結論する」との厳しい言葉も引用されている。

(46) Weirhaub, *Commentary on the Conflict of Laws*, 2nd ed (1980).

(47) Lefar = Modougal = Felix, *American Conflicts Law*, p. 311 et seq.

(48) 川上太郎「国際私法の法典化に関する史的的研究」神大経営研
久保岩太郎「国際私法概論」附録二二頁所載。ただし Neumann Internationales Privatrecht により川上教授が多少加筆されている。

一八六五年 イタリー民法

序則 法律の公布解釈および適用に関する規定

第六条 人の身分能力並びに親族関係は人の属する国の法律による。

第七条 動産は所有者の本国法による。ただし所在地法に反対の規定あるときは、このかぎりでない。

不動産は所在地法による。

第八条 法定相続たると遺言相続たるを問わず、相続財産並びに相続権の範囲および処分の実質的効力は財産の種類

またはその所在地のいかんにかかわらず、被相続人の本国法による。

第九条 生前行為および終意処分の外部的方式は行為地の法律による。前段の規定にかかわらず、処分者または締約者は本国法の定める方式によることができる。ただしその法律がすべての当事者に共通な場合にかぎる。

贈与および終意処分の性質および効力は処分者の本国法によりてなされたものと看做す。債務の性質および効力は行為地の法律によりてなされたものとみなす。もし外国人たる締約者が同一国に属する者なるときは、その本国法によりてなされたものとみなす。

何れの場合においても、当事者の別段の意思の証拠を留保する。

第一〇条 裁判管轄および訴訟手続は裁判上の手続をする地の法律による。

債務の証拠方法は法律行為のなされた地の法律による。

外国判決は民事訴訟法に定めた方式において執行宣言を付せられたときは、王国においてこれを執行する。ただし国際条約の規定あるときは、このかぎりでない。

宣告または判決の執行方法は執行地法による。

第一条 刑法および警察法並びに公安に関する法律は王国の領域にあるすべての人を拘束する。

第二条 外国の決定宣告並びに私の処分および合意は前数条の規定にかかわらず、人、物または法律行為に関する王国法の強行規定並びに公の秩序、善良の風俗に関する法律を排除することはできない。

このように条文数は少なかった。

(49) 江川英文「波蘭共和国国際私法」法協雑誌四九卷九号一六八—一九頁。

波蘭法は最後に七ヶ條の總則的規定を設けてゐる。

第一 外國法に對する送致

波蘭法も我が法例第二九條と同様に所謂反致主義の原則を認めてゐる。而して之を認むる場合に関しても我が法例と同様に本國法に依る反致のみである。然し乍ら所謂狹義の反致のみに限らず轉致の場合をも認めてゐる。此の點に於て我が法例の主義と異つてゐる。即ち第三六條は次の如く規定してゐる。

本法に於て適用せらるべく指定せられたる外國人の本國法に依れば法律關係を他の法律に依つて定むべき場合には其の他の法律に依る。

即ち、準拠法所屬國抵触規則による再致を認めている。

川上太郎前掲「史的研究」三四—四二頁。

(50) 本稿と関連する總論的課題一般については、

池原季雄「國際私法」(総論) 九三—一九頁、一九三—二二頁、二〇八—二七九頁を参照。

溜池良夫「國際私法講義」(第三版) 一二五—一七四頁、二〇七—二四二頁を参照。

山田録一「國際私法」(新版) 四七—七五頁、一二九—一七二頁。を参照。

(51) 江川英文「國際私法」(全書)

公法抵觸と國際租稅法の端緒と進展(結語)

(52) 拙稿「二重反致」岡山善八他基本マスター『国際私法』(法学書院)二二六一二七頁。

法廷地抵触規定によって指定された準拠法所屬国の国際私法規則によれば、かえって法廷地法もしくは第三国法が適用されるべきとき、法廷地裁判所が法廷地法もしくは第三国法を適用するのを認めるのが普通の反致であるが、その場合に考慮される外国国際私法規則中に、反致条項は含まれないのが通例である。しかるに、当該外国の国際私法規則の反致の法則をも考慮して、窮極的に適用すべき法律を決定しようとする立場があり、一九二六年以降のイギリスの若干の判例によって認められてきた。これらの判例の処理方法の概要を示せば次のようになる。

法廷地裁判所は、法廷地抵触規定が、ある法律関係につき、準拠法として甲国法を指定していても、直ちに甲国法を適用するのでなく、反致条項をも含めた甲国の国際私法を探索しなければならない。甲国の国際私法が、当該法律関係について、逆に法廷地法を指定し、かつ甲国において反致が認められていないときは、法廷地裁判所は法廷地法を適用するが、甲国の国際私法上、甲国法への反致が認められているときは、法廷地裁判所は最終的に甲国法に依拠して事案を解決することになる。したがって、アスキュー事件のような典型的な二重反致の事例では、法廷地裁判所が本来の準拠法を直接に適用するのと実質的に同様の結果に到達するが、準拠法所屬国が反致を認めない事案では、普通の反致の場合のように、法廷地法が適用されることになる。

「外国裁判所理論」と称されるこの理論は、涉外事件を取り扱う法廷地裁判所は、あたかも準拠法所屬国たる外国の裁判所であるかのごとく開廷し、法廷地裁判官は当該外国裁判官が判決すると同様な判決を下さなければならないという論理に基礎をおくものである。このような方策をとるかぎり、法廷地裁判所は、法廷地抵触規定の指定する本来の準拠法を適用しながら、表見的には外国裁判所がなすであろう判決との間の調和を確保し、かつ総括指定説に対してなされるような「限らない循環」という批判を、一応は避けることができよう。しかし、どちらの裁判所も二重反致を採用するときは、結局は「適用すべき法律を決定することができないばかりでなく、特定の涉外的法律関係を外国法へ送致する法廷地裁判所は、当該外国裁判所のなすかごとく裁判しなければならぬ」という命題が、どのような論拠から主張され得るかについて、必ずしも納得のいく説明がなされていない。二重反致はこのような理論上の難点や疑義を内含する上、普通の反致の否定を意味するから、「反致の自殺」と指摘され、法例二九条の解釈としてこれを肯認すべきでないとするのが旧来の通説であった。

しかるに、最近、法例二九条に関連づけた傾聴すべき解釈論が提唱されている。その所説は次のようである。準拠法所屬

国たる外国の国際私法規則に従えば、わが国法に反致する場合であっても、当該外国の観点よりして、日本の法律の適用が公序に反し、あるいは法律回避に当たるときは、わが国法への反致の成立を認めないというのが、法例二九条適用に際しての通説的立場であるが、外国の国際私法に依拠すべき場合に、一方では、その国の公序観念や法律回避理論にまで留意しながら、他方では、反致の法則のみを無視することは、わが法例の解釈として一貫性を欠く憾みがあるとし、外国国際私法規定中の反致の法則をも包括的に参酌する結果、「日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ依ル」という反致の要件を充足しなくなり、結局、わが国の国際私法が当初から最適として選択する準拠法をそのまま適用することになると主張する。この新しい有力説は、二つの反致を継続的に成立させるものではなく、法例二九条の解釈論に仮託して、普通の反致の成立を否認するものであるから、二重反致の原則的論議に立ち入らず、「限らない循環」という批判を断ち切ると同時に、外国国際私法を全面的に考慮するから、本来の反致の精神を生かすことにもなり、判決の調和の要請にも適合するであろう。

- (53) [1926] Ch. 692.
- (54) [1929] 1 Ch. 377. 関大法学論集四六卷二号一六一頁以下。
- (55) [1930] 2 Ch. 259. 関大法学論集四六卷二号一八六頁以下。
- (56) [1947] 2 All E. R. 854. 関大法学論集
- (57) 池原季雄『国際私法』（総論）二二六一―二七頁。
- (58) 東京高裁昭五四年七月三日判決〔判時九三九号三七頁、判タ三九八号一〇〇頁。
桜田嘉章「二重反致」別冊ジュリスト一〇一一頁。
- (59) 多喜寛「隠れた反致」ジュリスト『国際私法の争点』八四―八五頁。
多喜寛「ドイツ国際私法における“隠れた反致”」民商法雑誌七五卷五号
松岡博 判例コンメンタール民法V 九二五頁以下
- (60) 徳島家裁昭六〇年八月五日審判（家月三八卷一号一四六頁。）
- (61) 木棚昭一「隠れた反致」ジュリスト『国際私法判例百選』
- (62) Wolff Private International Law p. 154
In re Cohn [1945] 1 Ch. 5.

- Sykes, *Cares and Materials on Private Memmorial Law* 2nd (1965) p. 2, pp. 6-7.
- (63) Zivnostenska Bank National Corporation v. Frankman [1950] A. C. 拙著『国際租税法序説』四〇九—四一〇頁。
- (64) Kahler v. Midland Bank [1950] A. C. 24, [1949] All E. R. 621 「不法行為に基づく請求と国際契約上の抗弁」『国際債権法の動向』四四七頁。
- (65) Galexios S. S. Co. v Panagos Christofs (1948) 81 L. L. R. 499 「前掲論文」『前掲書』四五—一頁。
- (66) Talconbridge Morris, *The Conflict of Laws*, 2nd ed, p. 486
Raape, *Recueil des Cours* (1934) IV pp. 477 et seq.
- 齊藤彰『国際私法における性質決定理論の再構築』(一) 関西大学法学論集四三卷四号一七—二頁。
- (67) 齊藤彰『前掲論文』関西大学法学論集四三卷四号一五四—一五八頁。
- (68) 国友昭彦『前掲書』三二頁(注)、三三頁(注)。
- (69) 久保岩太郎『国際私法講座』(国際法学会編) 二一九—一五四頁。
- (70) 池原季雄『国際私法』(総論) 一一五頁。
- (71) 国友明彦『前掲書』一三三—一三五頁。
- (72) 国友明彦『前掲書』三九—四四頁。
- (73) 西賢『比較国際私法の動向』八五頁以下参照。
英国一九九五年国際私法(雜規定) 法
- グレイヴソンは「ボイズ対チャプリン事件の歴史によって示された法の不安定は法委員会の注意を免れえない」という。かくて法委員会及びスコットランド法委員会による長期の審議とその勧告に基づき判定された一九九五年国際私法(雜規定) 法第三編によって不法行為に関するモン・ロー抵触規則は一般的に消滅した。それに代わり新しく制定された抵触法規則は一般規則として不法行為地法主義を採用し、一般規則による準拠法と連結する要素の重要性と他国と連結する要素の重要性の比較により、当該他国法によるのが実質的に一層適切である場合には一般規則は排除される。モン・ロー抵触法規則は名誉毀損及び類似の事件にのみ適用され続けるにすぎない。この事実からこの制定法に対する評価は大いに分かれる。

- (74) Morse, Torts in Private International Law
Kahn-Freund (1968) II *Revuei des Coms* p. 166 et seq.
- (75) 岡野裕子『フランス条約とイギリス下裁判所』四五—九七頁。
- (76) Sayer v. International Drilling Co. N. Y. [1971] 1 W. L. R. 1176, [1971] 3 All E. R. 163. 拙著『国際債権法の動向』四八七—四九二頁、四九七—四九九頁。
- (77) Coupland v. Arabian Gulf Oil Co. [1982] 2 All E. R. 434, [1983] 1 W. L. R. 1136. 拙著『国際債権法の動向』四七〇—四七四頁、五〇八—五一四頁。
- (78) Bordin v. A/R Selan. (1973) S. C. (1973) S. L. T. 198. 拙著『国際債権法の動向』四九一—四九四頁。
- (79) 国友明彦『前掲書』二二〇頁以下。
- (80) 国友明彦『前掲書』二三五—二三七頁。
- (81) 久保岩太郎『国際私法構造論』一七四頁。三浦正人(編)『国際私法』四〇頁。折茂豊『涉外不法行為法論』一六五—一六六頁。
- (82) 齊藤彰『国際私法における性質決定論の再構成』(3) 関大法学論集四四卷一号三三頁。
「石黒教授が、最近の国際私法の教科書において、二段階の性質決定論を高く評価している。……
まず石黒教授は、ドイツ法圏の現行の状況について分析を加える。教授は、そこにおいて議論の中心とされてきたのは、わが国の学説とは異なり、むしろ性質決定の第二段階つまり逆致範囲画定の問題であるとする。そして Wolf の見解に特に注目した上で、日本のほとんどの教科書において「準拠法説は循環論に陥る」との理由で一蹴されていた彼の学説を、具体的逆致範囲という新たな視点から、再評価する。すなわち、Wolf の学説は、逆致範囲画定において生じるべき厄介な問題を、準拠実質法之基準によることにより解決しようとする点に、むしろその意義があったとするわけである。
石黒一憲『国際私法』一六三—一七二頁(新生社、一九九四) 齊藤、前掲論文五九頁参照。
- (83) Ogden v. Ogden [1908] P. 46, [1904-7] All E. R. Rep. 86.

十九才のフランス住所をもつフランス人男が両親の同意を得ることなく英国住所をもつ英国人女と婚姻した。フランス法のもとでのこの両親の同意は単に婚姻の方式のみならず、婚姻の実質にまで及ぶ要件であった。婚姻は有効であると判決さ

れた。グレル・バーン卿は、「英国に到来し、英法に依れば、英国住民の一人と有効に婚姻を締結した者が、外国法に依って要求される方式に相応じていない限り、その者は婚姻締結能力はないとの地位に置く外国法制度上の規則を理由として、英国でも婚姻を結ぶことができない」と何故判決しなければならぬか」と宣告した。

この訴訟の詳細は拙著『身分法序説』関大出版部四六六頁を見よ。この方が法性決定との関連でも事案の核心がわかりやすい。

(84) Morris, *The Conflict of Laws* 89.

Apr. v. Apr. [1948] P. 43. 控訴院は代理婚が有効であるかの問題は方式の問題であると判決し、同意を与える方法と同意の事実を区別した。アルゼンチン住所および居所を有する男性と英国に住所および居所を有する女性とのアルゼンチンの代理人によって挙行された婚姻を支持した。代理婚は英法に依れば有効でないけれど、アルゼンチン法によれば有効であるのは明らかだからである。

(85) Leroux v. Brown (1852) 12 C. B. 801.

フランスで締結されフランス法のもとでは有効な口頭契約によって、被告は原告を雇用する約定をした。原告がその約定違反に対する損害賠償を求めて英国で被告を訴えたとき、被告は約定が書面で証明されない限り、そうした契約にいかなる訴えも提起されるべきでないとして規定する、詐欺法第四条を抗弁とした。これは有効な抗弁であると判決された。同条は契約の方式に関するものでなく、それを強制するための手続きに関するもので、たとえ契約がフランス法によって規律されるとしても、法廷地の規則として、詐欺法が適用されると判決された。

(86) 齊藤彰「前掲論文」法学論集四四卷三三〇—三三二頁以下。
なお浜上教授説の利用も貴重である。

(87) 齊藤彰「前掲論文」法学論集四四卷三三〇—三三二頁以下。

(88) 齊藤彰「前掲論文」法学論集四四卷三三〇—三三二頁以下。

このように、イングランドにおいて、不法行為と契約との性質決定に関する問題は、すでに判例及び学説においてかなりの蓄積を有する「不法行為請求に対する契約上の抗弁」の問題をも含めて、立法化は見合わされることになった。この報告書のコメントにおいて、コンセンサスが形成できなかったということの他に、より実際的な各国の実質法の調査がなされる

べきことが指摘されているのは興味深い。特に、この問題についての実質法との緊密な関係が、こうしたことの必要性についての認識を明確にさせたものと考えられることができる。

- (89) 中野俊一郎「不法行為に関する準拠法選択の合意」民商法一〇二巻六号七六八頁以下。
- (90) 池原季雄（「国際私法」）（総論）九六頁。
- (91) 桜田嘉章（「国際私法」）（第四版）一三七—一四一頁。
- (92) 三浦正人「国際私法における適応問題の研究」（一九六四）。但し、江川英文、久保岩太郎両教授は既に発表しておられた。
- (93) 桑田三郎「国際私法上における先決問題」——ヴェンケラーの理論——『国際私法研究』一四七—二〇〇頁。
- (94) 久保岩太郎「国際私法上における先決問題」国際法外交雑誌三五巻五号一頁以下、七号六七頁以下。
- (95) 『国際私法』（各論）四二八頁。
- (96) 拙著『国際身分法序説』「外国養子の身分とその相続権に関する英国国際私法」一七九—二四二頁。
- (97) 拙著『前掲書』二二九—二三六頁。
- (98) 道垣内正人「ポイント国際私法」一二五—一三七頁。
- (99) 佐藤やよい『ゼミナール国際私法』一二五頁。
- (100) 佐藤やよい『前掲書』二二九頁。
- (101) 佐藤やよい『前掲書』一三一—一三三頁。
- (102) 山田鎌一『国際私法』（新版）一四七—一四八頁（注）。
- (103) 佐野やよい「公序(3)」別冊ジュリスト一七二号二四—二五頁。
地裁判決は江川教授の、高裁判決は折茂教授の御見解に近いものであった。
元永和彦「外国における国有化の効力」別冊ジュリスト七二号『国際私法判例百選』三三—三三頁。
国有化に適用される法律は、対象財産に関する権利の得喪一般とは異なる方法で選択されるとする考え方もある。これには、国有化の準拠法はなお国際私法の原則によって定まるが国有化法は独立の単位法律関係と考える立場（江川・前掲二七四頁、山田鎌一・国際私法（新版、二〇〇三）三〇二頁）と、国有化法は公法であってその適用範囲は私法の適用関係を対象とする国際私法によって定まるのではないと考える立場（折茂豊「外国国有化法と『公序』」国際法外交雑誌六一巻五号

四二一頁、同「国有化行為の渉外的効力」法学〔東北大学〕二八卷三号二九七頁〕があるが、いずれにせよ「国有化法の効力は属知的に及ぶ」という結論に変わりはない（江川・前掲二七四頁、山田・前掲二七四頁、折茂・前掲「国有化行為の渉外的効力」三二七頁。両者の違いは公序則が適用されるかどうかにある。後者は、国際私法によってではなく適用関係が決まる以上、国際私法上の公序は適用の余地がないとする。折茂・前掲「外国国有化法と『公序』」四一一頁）。

筆者は国有化法の域外効力を否認しても構わない（域内で物件変動が完成したときは別）、むしろ否認するべきと考える。その方が物に対する権限が明確化するだろう。

(104) 横山潤 別冊ジュリスト「涉外判例百選」六六頁。

「第三国の裁判所が外国が形式上適法な手続を経て制定した法律の効力を……無効であると判定し得る国際法上の原則〔は〕確立されていない」。「右石油国有化法が純然たる外国人の権益の没収法ではなく、補償を支払って収用するものであるから、その補償が、十分に於て、有効且即時の」補償であるか否かを審理して、その法規の有効、無効を審理し得ないものと解するを相当とする。」

(105) 高野雄一「国有化法の渉外的効力——イラン石油事件——別冊ジュリスト「涉外判例百選」

アングロ・イラン会社は、一九五三年五月七日に最初の提訴を東京地方裁判所に行なうに先立って、イギリス保護領アデンの高等裁判所とイタリアのヴェニス地方裁判所で、全く同様の訴訟を行った。そして、前者では勝訴（一九五三年一月九日）し、後者では敗訴（同三月一日）している。アデンの場合は、イタリアの商社がスイスの会社に売却する目的で一九五二年二月イラン石油を購入し、その輸送の途中船がアデンに寄港したとき提訴されたもので、裁判所は、外国財産を補償なしに没収することは国際法違反であり、イランの石油国有化法は有効な補償を規定していないとして、アデンで引渡が争われた当該石油に対する国有化法の効力を否認、アングロ・イラン会社の勝訴を認めた。ヴェニスの場合は、イタリアの会社が問題の石油をイランで購入してイタリア船に積込み（一九五一年一月）、ヴェニス港に到着（同二月四日）したとき提訴（仮処分）されたもので、裁判所は、石油はイランで適法に購入されており、イランの国有化法による石油所有権の外国（イラン）における移転はイタリアの裁判所として有効と認めなくてはならない、イランは補償を認めており、その方法と時期が問題になるに過ぎない、したがって公序の問題も生じないとして、申請を却下した。日本の判決は大體ヴェニス判決の線にそっている。

(106) *Princess Paley Olga v. Waiz* [1929] 1 K. B. 718. [1929] All E. R. Rep. 513. 拙稿、関大法学論集五一巻一号八九頁。

ロシアのポール大公の未亡人であった原告の所有に属していた美術品がソビエト当局によって押収えられ、被告に売却され、引渡された。原告は自己の財産であるとして売却された物品の被告からの返還を請求した。控訴院は「英国裁判所は、承認された外国政府がそれ自身の領土内に所在する財産につき、それ自身の国民に対してなした行為の有効性を調査することをしないであろう」と判決した。この事件では、ソビエト政府が国外に逃亡したり潜伏中の国民のすべての動産は、美術館基金の一部を構成し国家机关の保護下にある美術品同様に、没収されるという法令を布告したことが特筆されるべきである。この法令がロマノフ王家の家族の一員の財産の没収を布告したものであったとすれば、その財産の押収は純粋な刑法を実施して効力を生じたものである（従って無効である）との抗弁を行うことが出たであろう。アメリカの抵触規則もこの点に関しては英国規則と同様であるということをつけ加えておかなければならない。それはそうとして、この事件は私人間の美術品の送還訴訟、即ち、所有権の帰属をめぐる訴訟であるから一応は渉外的私法事件であるが、争点が外国公法の効力にかかっているので、国際私法は内外いずれの（もちろん二つの外国の場合もある）私法を適用するかに関する規範であるから、こうした事件は国際私法の範囲から除外されるとする見解も提示されようが、それは余りに安直で早計無思慮であろう。やはり所有権の帰属は物の所在地法によるべきところ、ソビエト法によれば、公法である没収法によって所有権が移転したと考えるのが妥当である。従って、私法のみでなく外国公法も考慮される余地がある。（ポール大公夫人事件）

(107) *The Rose Mary* [1953] 1 W. L. R. 246. (ローズ・マリー号事件) 拙稿、関西大学法学論集五一巻一号八五—八六頁。

一般に、国際私法はそれ自体国際公法の規則と直接には関係はない。しかるに、*Anglo-Iranian Oil Company v. Jaffrate* (1953) いわゆるローズ・マリー号事件で、キヤムベル判事はその判決に到達するに当って国際公法の規則に影響されたが、その規則に依れば補償なくして外国人の財産を収容するのは国際義務の不履行と見做されている。

Anglo-Iranian Oil Company v. Jaffrate では、イラン政府は原告の石油の精製施設を国有化し、石油の在庫を押収した。ローズ・マリー号は押収した在庫の一部である石油を運送していた。同号がアデン港に寄港したとき同船は拿捕され、原告は石油を請求した。国有化と押収は、ペルシャ政府が一九九三年十二月三十一日までペルシャのある地域での石油探掘の利権付与を原告に認めた一九三三年の協定に違反していた。ペルシャ政府は立法によって協定を改変しないことを保証していた。キヤムベル判事は原告は依然としてその財産である石油に対する権利を有する。ただし、(a) いかなる補償も支払われ

なかつたから、関係イラン法は慣習国際法によれば無効である。(b) 英国法は慣習国際法が英法に相反しない限り英法に編入されたと見做す。(c) *Luther v. Sagor* の原則は財産が外国政府自身の国民の財産の場合にのみ適用されるが故にである。ローズ・マリー号判決は、イラン法が国際公法の規則に違反しているとの事実を顧慮して率直に公序に基礎を置くものであったとしたら、より納得の行くものであったであろう。この判決は批判されてきたし、その後の事件の *Re Helbert Wagg & Company Ltd.'s Claim* (1956) において、アップジョン判事は *Luther v. Sagor* で定められた規則で提案された制約に異論を唱えた。彼は次のように宣告した。

キヤムヘル判事に対しては層越ではあるが、本官は *Luther v. James Sagor & Company* および *Princess Olga Paley v. Weiss* は没収国の国民だけに限られず一般に適用される諸原則を設定したと史料する。即ち、これらの裁判所は、十分な補償のない没収はそれ自体で外国立法の承認を拒否する理由であるとの何らの原則も認めなかつたのである。

(108) 実方正雄『国際私法概論』一一〇頁。

長谷川理衛・西山重和『国際私法講座』(1)国際法学会篇二七五—六頁。

(109) 澤木敬郎『国際私法入門』(第三版)六四—五頁参照。

(110) 澤木敬郎、道垣内正人『国際私法入門』(第五版)六〇—六二頁。

基本的には欠缺否認説を支持するが新しい諸判例を参照せよ。

早川愼一郎『公序発効後の処理』別冊ジュリスト一一七号二六頁。

(111) *von Bar Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrecht* (1892).

(112) *Niemeyers, Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht* (1891-1902).

(113) *Karl Neumeyer, Grundlinien des internationalen Verwaltungsrecht.*

Karl Neumeyer, Internationales Privatrecht (1923). このような国際私法の著書は当然存在する。

(114) ノイマイヤー『国際行政法基礎論』の抄訳、渡辺宗太郎、京大法学論叢二二卷三号一一九—一二〇頁。

(115) *Restatement 2d, Conflict of Laws* (2) p. 414.

松岡博『法選択規則構造論』一三—一七頁。

(116) 出口耕自「アメリカ抵触法における名誉棄損」上智法学論集四二卷一七六—七七頁の訳出による。但し、一四五条は一

般原則であり、名誉棄損は別途、一四九条および一五〇条において規定されている。本稿では双方共に出口訳を参照しておく。

第一四五条 一般原則

- (1) 不法行為における争点に関する当事者の権利および責任は、第六条における原則に従い、その争点に関し事件および当事者に最も重要な関係 (the most significant relationship) を有する州の法による。
 - (2) 争点に適用されるべき法を決定するために第六条を適用するにあたり考慮されるべき連結点には、次のごときものが含まれる。
 - (a) 損害の生じた地
 - (b) 損害の原因となる行動のなされた地
 - (c) 当事者の住所、居所、国籍、法人の場合はその設立地、当事者の事業所の所在地
 - (d) 当事者間になんらかの関係が存するときにはその関係の中心地
- 右に掲げる連結点は、それらが個々の争点に関して有する重要性に応じて評価すべきものとする。

第一四九条 名誉棄損

名誉棄損の訴訟においては、第一五〇条の場合を除き、公表 (publication) のなされた州の法が、当事者の権利および責任を定める。ただし、第六条における原則に従い、特定の争点に関して、他の州が、事件および当事者により重要な関係 (a more significant relationship) を有する場合には、この州の法が適用される。

第一五〇条 多州間名誉棄損 (Multistate Defamation)

- (1) 書籍もしくは新聞、ラジオもしくはテレビの放送、映画の上映、または、その他の類似の集団的公表 (aggregate communication) における名誉棄損の事項から生じる権利ならびに責任は、第六条における原則に従い、特定の争点に関して、事件および当事者に最も重要な関係を有する州の法による。
- (2) 自然人が、ある集団的公表により名誉を毀損されたとき、この者がその当時に住所を有した州において当該事項が公表されたときには、通常、その州が最も重要な関係を有する。
- (3) 会社その他の法人が、ある集団的公表により名誉を毀損されたとき、この会社その他の法人

がその当時に主たる事業所を有した州において当該事項が公表されたときには、通常、その州が最も重要な関係を有する。

出口耕自「基本論点」国際私法」八九―九五頁。

(117) 松岡博「法選択規則構造論」二〇四―二〇頁。特に統治利益という表現をpushしておられるし、「国の利益」の評価に關しても独自の思索を展開されている。

拙著「国際私法序論」七八―九六頁。

(118) 拙稿「重点理論」ジュリスト「国際私法の争点」

(119) 広江健司、アメリカ抵触法における「最も有意義な関係」の審査について——不法行為事件を中心として——(二)九州国際大社文研紀要二七号三一頁。

(120) 松岡博「前掲書」六三―六八頁。

(121) 早川吉尚「国際私法の適用範囲」別冊ジュリスト一七二「国際私法判例百選」判旨(注)解説を参照せよ。

一般論として「私法」と「公法」とをどのように区分するかについては様々な見解があるが、法例の適用の有無という具体的な主題を見る場合における「私法」と「公法」に關しては、私法とされれば国際私法に委ねられ、公法とされればそれぞれの法律の趣旨から地域的適用範囲が定められるという違いが生ずることを念頭に区分を考へるべきであり、既述のサウニー型国際私法の下では法の国家利益との結び付きの強弱によるということになり、国家利益との結び付きが弱ければ私法であり、国家利益との結び付きが強ければ、その地域的適用範囲の問題は国際私法の埒外となり、当該法律の目的に沿って決せられることになる。このような区分の仕方では、「私法の公法化」が進んでいる現代に於ては、境界が極めて曖昧になるが、それでもこのような二分法をとるというのが現在の法の適用關係に關するルールであるというほかないし、少なくとも本件当時においては右のように考へられていたものというべきである。

(122) 河村博文「国際会社法論集」九大出版会一四五―一六一頁。

(123) 曾野和明「国際経済社会と法」二四―三七頁。

(124) 曾野和明「前掲書」三八―六七頁。

山田鎌一、佐野寛「国際取引法」特許権一九九頁。

(125) 茶園成樹「並行輸入」ジュリスト一七二号九八―九九頁。

判旨(ii)は、品質保証機能に関する。品質保証機能が商標法の保護対象であることは、これまでの下級審裁判例において認められているが、ここでは、この機能は商品の実際の品質の同一性を問題とするものと理解されていた。これに対して、本判決は、Xの商品と本件商品の品質が実際に異なるかどうかを問わずに、製造国・下請を制限する条項の違反によって、両商品の品質に実質的に差異が生ずる「可能性」があり、品質保証機能が害される「おそれ」があるとしている（東京高判平成一四・一二・二四判時一八一六号一八八頁（フレッドベリー東京II事件二審）も同旨）。

品質保証機能の侵害が認められる範囲が拡げられ、それによって権利者の保護が強められたように見えるが、判旨(ii)(7)を上述のように理解するならば、品質管理に関する契約条項の違反の場合は出所表示機能の侵害が認められるから、品質保証機能の侵害はこれと重なるにすぎない。そして、判旨(ii)(1)は要件(3)に関する判断と考えられ、この要件が「我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから」と述べていることを重視すれば、品質管理に関する契約条項の違反がないため、出所表示機能が害されない場合には、輸入品と商標権者の商品の品質に実際に差異があっても、品質保証機能の侵害も認められないことになると思われる（反対：宮脇正晴「商標機能論の具体的内容についての一考察」立命館法学二九〇号一頁、二五―二八頁）。

茶園教授はこの領域の第一人者であるのでこの事案に関し個別的に筆者の言うべきことは何も無い。本件は事実関係に若干差異はあるが並行輸入は、パークカ万年筆事件以来国際私法学者の関与可能とされる領域となり、抵触法原理が働く働かないは関係がない。なお、茶園教授と少し異同はあるが次のような見解もあろう。パークカ事件で並行輸入された万年筆はパークカ社自信が製造・販売したものである。これに対し本件ではライセンスシーがフレッドベリー社との許諾条項に反する下請での製造販売及び頒布を行ったことは、出所表示機能を、ひいては品質保証機能をも侵害するとの意見もあろう。（但し、高部真規子、L&T二十号五五頁、出所表示機能侵害という要件は、商品の製造販売が製造国において適法か否かを問うものではない。）茶園教授の評詠を参照。）

いずれにせよ、本件はパークカ事件とは論理的に矛盾しない。

(126) 道垣内正人「米の特許権の侵害」ジュリスト一二四六号二八一頁。

特許権の効力は公法としての特許法の問題であるという私見によれば、外国公法は基本的に不適用であり、日本での差止

めや製品破棄を特許権に基づいて請求するのであれば、それは日本の特許法に基づくものでなければならず、Xが日本では関係する特許権を有していない以上、請求棄却となる（A国特許をA国で侵害したという訴訟が日本で提起された場合も同じであり、損害賠償請求は認める余地があるとしても、差止めや破棄請求は外国公法に基づくものとして認められないことになる）。結論自体は同じであるが、判旨とは論理過程を異にする。……

しかし、特許権侵害行為を誘導する行為は日本法上も違法であるので、損害賠償請求は認められる余地が十分にあり、米国法に基づく判断をさせるべく差し戻すべきであったと思われる（この点、藤井裁判官の反対意見は結論において同じであるが、その論理過程は異なっている）。

6 知的財産権はかねてから国境を越える問題に正面から取り組んできた経緯があるが、国際裁判管轄及び適用法規についてはグローバルな法整備が不十分であることが認識され、WIPO（世界的所有権機関）においても取り組みを開始しようとしているところである（<http://www.wipo.int/pit-forum/>）。日本としても、この判決に拘泥せず、積極的にグローバル・スタンダードを確立していくなかで、あるべき方向を見定めていくことが求められる。

筆者も差止請求はできないとの判旨には同感であるが、特許侵害行為を誘導する行為は違法とされるとの教授の指摘は尖鋭である。私見は藤井裁判官の少数意見に近い。

(128) 横溝大「特許法上の職務発明」別冊ジュリスト一七二号九五頁。

この問題に関する学説上の議論は我が国では未だ乏しく、職務発明に関する問題を、抵触法上労働契約ないし雇用関係の問題として捉えることを提唱する立場が若干見出されるのみであった（例えば、木棚照一他）。

その中で、近時この問題につき比較的详细な検討を加えた小泉直樹教授は、職務発明の問題を、やはり使用者と従業者の雇用関係の法律問題と性質決定した上で、職務発明制度を従業者保護の制度と性質決定した上で、職務発明制度を従業者保護の制度と位置づけ、従業者の労務給付地が我が国にあれば外国特許権についても三五条の適用を肯定し、また、従業者の労務給付地が決定出来ない場合には、使用者の営業所が日本国内にある場合にもこれを肯定すべきであると主張する（小泉直樹「特許法三五条の適用範囲」民商二二八巻四・五号五七四頁以下。〔以下「双方化」という〕する）。

これに対し、最近、陳一教授は、特許法三五条の抵触法上の性質を考察し、同法における職務発明制度が、「発明の奨励」、「発明従業者の保護」及び「使用者と従業者との利益調整」という各目的・価値を国家の強い政策目的の下に実現しようと

(129) 早川吉尚「特許権の効力」ジュリスト一七二号八二—三頁。

して、法の国際的な法律関係の規律に関しては、大きく二つの異なる手法が存在している。一方は、準拠法選択という手法、すなわち、ある法律関係に適用される法は何れの国の法であるかを探るといふ方法であり、民法や商法といった「私法」の領域で伝統的に用いられてきた。他方は、各国それぞれが有する法規の側から当該法規の適用範囲は地理的にどこまで及ぶのかを探るといふ手法であり、刑法や行政法、競争法、証券取引法といった「公法」の領域において伝統的に用いられてきた。両者の違いは、実質法規が有する地理的適用範囲に関する意思の取扱いにおいて顕著に現れる。すなわち、前者においては、国際私法独自の観点から当該実質法規の地理的適用範囲を再設定するため、当該実質法規自身がどのような地理的適用範囲に関する意思を有していたとしても、当該部分はそもそも送致されないため無視される。これに対し後者においては、当該実質法規の地理的適用範囲に関する意思こそが最も重要であり、それが域外に適用されようとする場合に、伝統的に、「属地主義の原則」との相克が問題とされてきた（以上につき、拙稿（早川）「準拠法の選択と『公法』の適用」国際私法年報五号二—二頁以下を参照）。

かかる観点から分析すると、原審判決は、特許権に基づく差止め・廃棄請求については後者の規律手法が用いられるべきであると判断したものと位置づけられる。すなわち、そうであるからこそ、準拠法決定の問題が生じる余地がないと述べたのであり、その判断の是非については別段、少なくとも内部における論理は一貫している（その評価に関しては、拙稿（早川）「国際的財産法の解釈論的基盤」立教法学五十八号一八八頁を参照）。

追注

現行のイタリア、スペイン、ポーランド国際私法規定については、笠原俊宏編『国際私法立法総覧』三七頁。イタリア共和国民法典（一九四二年四月二一日施行）一六条—四七条、一一五条—一一六条、二五〇五条—二五一〇条、婚姻解消の場合の規律（一九七〇年一月二一日施行、第三条、第二二条の五、未成年者の養子縁組および養育委託に関する規定（一九八三年五月四日法律第一八四号、二九条—四三条）

スペイン国民法典(一九七四年七月二九日施行) 第八条―第二六条、民法典中の婚姻に関する規定を改正し、婚姻の無効、別居および離婚の事件の手続を定める法律(一九八一年八月一〇日施行)一〇七条、付則第一条)。
ポーランド人民共和国(一九六六年七月一日施行) 第一条―第三八条を見よ。

なお註で言及しなかったもので関連を有する文献

山本草二『国際刑事法』三省堂

木棚昭一・松岡博・渡辺惺之『国際私法概論』(新版) 有斐閣

石黒一憲『国際私法』(新版) 有斐閣ブリマ

高桑昭・江頭憲治郎編『国際取引法』(第二版) 青林書院

ことに第八章知的所有権(木棚・河野・高石) 三〇四―三五〇頁。および第十二章国際課税(水野) 四五〇―四七七頁。

松岡博編『現代取引法講義』法律文化社

ことに第十章国際取引と課税(村井) 二九〇―三二四頁。

渡辺惺之・野村美明編(論点解説)『国際取引法』法律文化社

ことに第六章国際取引と知的財産(茶園・樋爪) 一五九―一七六頁、第九章国際取引と課税(高杉) 二二六―二四二頁、

第十章国際取引紛争の解決手続(長田・渡辺・中野・酒井) 二四二―二七九頁。

多喜寛『国際仲裁と国際取引法』

松岡博『国際私法・国際取引法判例研究』(新版) 阪大出版

松岡博『国際取引と国際私法』見洋書房

三山峻司・松村信夫(実務解説)『知的財産権訴訟』法律文化社

森下忠『国際刑法入門』

仙元隆一郎『特許法』(四版)

鈴木将文『並行輸入と特許権——BBS並行輸入事件——』別冊ジュリスト一七〇号二二八頁。

道垣内正人『特許権侵害訴訟の国際裁判管轄』別冊ジュリスト一七〇号二二六頁。

石黒一憲「特許権侵害訴訟と準拠法——FM信号復調装置事件——」別冊ジュリスト一七〇号二一四頁。

辰巳真彦「特許製造の並行輸入——BBS特許並行輸入事件最高裁判決——」ジュリスト一一三五号二六二頁。

道垣内正人「米國特許権の侵害」ジュリスト一二四六号二七八頁。

小野昌延 A・I・P・P・I 四二卷八号五九四頁。

小松陽一郎 L&T 二二号四頁。

早川眞一郎「公序発動後の処理」別冊ジュリスト一七二号二六頁。

奥田安弘「國際賠償責任の準拠法に関する覚書」北大論集四九卷四号八九八頁。

道垣内正人「國際裁判管轄——円谷プロ事件」別冊ジュリスト著作権判例百選三三四頁。

河野俊行「日本軍の中国進行中に日本兵士によって行われた行為を原因とする損害賠償請求」ジュリスト一一七九号三〇

二頁。

次に公法か否かという点とは別に、国賠法が法例を介して適用される場合と直接適用の場合の当否を検討してみたい。そのために渉外的国賠訴訟を三つの事例類型に分ける。

第一に、わが国公務員の行為または国有財産たる建物の瑕疵を理由として、わが国において外国人が損害を被った場合、わが国国賠法適用という結論に両者で違いは生じない。

第二に、わが国公務員の行為または国有財産たる建物の瑕疵を理由として、外国で、日本人に対して損害が発生した場合、被害者は通常わが国を法廷地として損害賠償請求を提起するであろうが、これを法例一一条の適用から出発しなければならぬとすると、不法行為地主義の原則から準拠法は当該外国法であることになる。ただ原告としては日本法による解決を望むであろうから、むしろ結論的には国賠法の直接適用のほうが好都合であるように思われる。

第三に、わが国公務員の行為または国有財産たる建物の瑕疵を理由として、外国で、外国人に対して損害が発生した場合、被害者としては通常わが国を相手取って自国で賠償請求するのが便宜ではあるが、多くの場合わが国は主権免除を主張するであろうから、被害者としてはわが国を法廷地として訴訟せざるをえない。そのとき直接適用か否かによって準拠法が変わる。

つまり第二、第三の事例において直接適用するか否かで適用法規が変わりうるものであり、第二の事例で直接適用が結論的

には好ましいことになる。ただ本件判決のように法例一一条二項三項によって国賠法がかならず累積適用されると解すれば、法例を介して準拠法を適用しても結論は変わらない。この点法例一一条二項三項によって国賠法が全面的に累積適用されるわけではないと解すれば別であるが、解釈論としては全面的適用説のほうが法適用の際の恣意性を排除できて好ましい（この点で本件判決に賛成できる）と思われるため、結局、法例を介するメカニズムを採用したとしても直接適用と結論的には差がない。とすると後は説明としてすっきりしているのはどれか、という点のみが決め手となり、直接適用が望ましいことになる。

以上より推論過程は別として、国賠法は公法的であるから直接適用されるという本件判決のといった見解に結論的には賛成すべきものと思われる。