

論説

準拠法の選択，解釈と抵触法的な等価性

2005年4月入学

國井敏明

I. 問題の所在

- 1 最判平成18年10月17日
- 2 第一の疑問——準拠法の解釈の方法
- 3 第二の疑問——「等価性の問題」
 - (1) 「等価性の問題」への鈍感さ——「準拠法の趣旨の没却」の危険
 - (2) 「等価性の問題」への過剰反応——「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険
- 4 本稿の目的

II. 準拠法選択の目的，宿命と「等価性の問題」

- 1 準拠法選択が必要となる原因と目的——各国法の異質性と「遵法義務」の衝突
- 2 準拠法選択の限界——民事と非民事の区別
- 3 準拠法選択の宿命——事案の分断と「等価性の問題」

III. 準拠法の選択，適用過程を構成する法的諸技術による「等価性の問題」への対処

- 1 法律関係の性質決定
- 2 連結点の確定と準拠法の選択
- 3 準拠法の解釈，適用と第二段階の性質決定
 - (1) 準拠法の解釈による「等価性」の探求
 - (2) 各準拠法への送致範囲の解釈的操作による「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避
- 4 先決問題
 - (1) 先決問題による「等価性」の探求

(2) 先決問題の特殊性

- (3) 先決問題と各準拠法への送致範囲
- 5 先決問題の後に残された「等価性の問題」——「相続と養子の事例」の問題の所在
 - (1) 「相続と養子の事例」における「等価性の問題」
 - (2) 「準拠法の解釈」が持つ各準拠法への送致範囲への影響
 - (3) 「相続と養子の事例」における「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避の試み

6 適応問題

- (1) 適応問題の理論の目的——モザイク的規律の構造的欠陥
- (2) 適応問題の理論の手段——個別具体的かつ例外的な救済手段
- (3) 適応問題と「等価性の問題」

7 準拠法の変更

- (1) 準拠法の変更と「転置」
- (2) 準拠法の変更と本稿のこれまでの議論との関係

8 まとめ

IV. 国際私法による「等価性」判断

- 1 国際私法による「等価性」判断の基盤
 - (1) 法規を国際私法の対象とする立場の基盤としての「抵触法的な等価性」
 - (2) サヴィニー型の国際私法の基盤としての「抵触法的な等価性」
 - (3) 「法律関係」の同一性と「実質法上の

法律関係」の「等価性」

- 2 国際私法による「等価性」判断の構造
 - (1) 成立の準拠法と効力の準拠法の関係について
 - (2) 本問題の準拠法と先決問題の準拠法の関係について
 - (3) 「相続と養子の事例」再論
- 3 国際私法による「等価性」判断の射程
 - (1) 国際私法による「等価性」判断の射程の一般論
 - (2) 国際私法による「等価性」判断の射程の具体例
- 4 「等価性」の判示としての最判平成 12 年 1 月 27 日
- 5 まとめ

V. 結びに代えて

- 1 結びにあたって
- 2 準拠法の選択と解釈との交錯と最判平成 18 年 10 月 17 日
 - (1) 特許独立の原則、属地主義の原則の抵触法上の意義
 - (2) 準拠法の解釈としての特許法 35 条の解釈

I. 問題の所在

1 最判平成 18 年 10 月 17 日

「我が国の特許法が外国の特許又は特許を受ける権利について直接規律するものではないことは明らかであり（……工業所有権の保護に関する 1883 年 3 月 20 日のパリ条約 4 条の 2 参照）、特許法 35 条 1 項及び 2 項にいう『特許を受ける権利』が我が国の特許を受ける権利を指すものと解さざるを得ないことなどに照らし、同条 3 項にいう『特許を受ける権利』についてのみ外国の特許を受ける権利が含まれると解することは、文理上困難であって、外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価の請求について同項及び同条 4 項の規定を直接適用することはできないといわざるを得ない。

しかしながら、……その対象が我が国の特許を受ける権利である場合と外国の特許を受ける権利である場合とで何ら異なるものではない。……そうすると、同条 3 項及び 4 項の規定については、その趣旨を外国の特許を受ける権利にも及ぼすべき状況が存在するというべきである。

したがって、従業者等が特許法 35 条 1 項所定の職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合において、当該外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求については、同条 3 項及び 4 項の規定が類推適用されると解するのが相当である。¹⁾

以上は、日立製作所事件最判平成 18 年 10 月 17 日平成 16(受)781 が、「外国の特許を受ける権利……の譲渡の対価に関する問題」、すなわち「法例 7 条 1 項の規定により、第 1 次的には当事者の意思に従って定められる」「譲渡当事者間における譲渡の原因関係である契約その他の債権的法律行為の効力の問題」の準拠法として、日本の特許法の解釈論を展開した部

1) 最判平成 18 年 10 月 17 日民集 60 卷 8 号 2853 頁，2857-2859 頁。

分である。

この判決には二つの疑問が思い浮かぶ。第一の疑問として、仮に準拠法が外国法だったときにも、裁判所はこのような勇ましい類推適用に踏み切ることができたのだろうか。仮に裁判官が慣れない外国法の解釈をするのにあたって、実質的な立法ともいえる類推適用には躊躇を覚えるのだとすると、本件の準拠法が慣れ親しんだ日本法であったという偶然の事情に寄りかかる（または甘える）ことで、紙一重で本件の解決の具体的妥当性は維持されたにすぎないということになりはしないだろうか。そうだとすると、第二の疑問として、そもそも文理を根拠として、特許法 35 条 3 項、4 項のいう「特許を受ける権利」には外国の特許を受ける権利は含まれないと解したことが、準拠法の解釈として妥当だったのか。そしてここには、各準拠法の個別具体的な解釈論として、問題となった各国の法規の数だけバラバラに議論しているだけで済まされない、国際私法理論が解決すべき課題があるのではないだろうか。

2 第一の疑問——準拠法の解釈の方法

準拠外国法の解釈は、「その外国で行われて

いる通り行われ」なければならないが、「純国内事案の場合に行われているのと全く同じに解釈しなければならないという意味ではな^く、「その法規がその外国で涉外事件に対して……そう解釈されるであろうように解釈する²⁾」とされており、あまり異論はみられない³⁾。さらに踏み込んだ見解として、石黒教授が、「調査した外国法の解釈……の中からどれをとるかに限らず、別な β という解釈を施すことも、また許されると言うべきであり、「外国法の解釈もまた、法創造的な作業であることにはかわりはな⁴⁾」いとされている。しかし、そこでも、あくまで「当該外国法の中に全面的に身を置きつつ」という条件付きで、「法廷地裁判官の主體的なとりくみが、なされねばならない⁵⁾」とされている。結局のところ、第一の疑問は、最後は「当該外国法」における法解釈方法論——類推適用や創造的な法解釈に積極的か、消極的か——に委ねられ、その結果として、類推適用はできないというように閉鎖的に準拠法が解釈される危険も常に残る、ということになってしまふように思われる⁶⁾。

しかし、それでよいのだろうか⁷⁾。さらなる素朴な疑問を頭の隅に残しつつ、とりあえず次の疑問へ移りたい。

2) 池原季雄ほか『国際私法（総論） 国籍法』（有斐閣、1973）233-234 頁。

3) 山田鏡一『国際私法 第3版』（有斐閣、2004）133-134 頁、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005）247-248 頁、櫻田嘉章『国際私法〔第5版〕』（有斐閣、2006）115 頁を参照。ただし、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第6版〕』（有斐閣、2006）56 頁、木棚照一ほか『国際私法概論〔第4版〕』（有斐閣、2005）72 頁、神前禎ほか『国際私法』（有斐閣、2004）266-267 頁は、その外国で行われるとおりに解釈するとはしているが、純粋国内事案と国際的事案とは解釈が異なる可能性に対しては言及していない。

4) 石黒一憲『国際私法』（新世社、1994）229-230 頁。

5) 石黒・前掲注4)230 頁。

6) ただし、外国法の内容の調査や外国の法解釈方法論の習得が現実には高いハードルになり、またこのような技術的な要因だけではなく、外国人の裁判官である自らに対して法解釈者としての正統性へ疑いがかけられることを恐れるあまり、創造的な法解釈に対して自制が強く働いてしまうことが容易に予想されるとはいえ、それでも理想的な環境の下では、すなわち理論的には、外国法の解釈であるというだけで理由なく妥当な結論の追及を諦めるような、明らかに正義に反するようなことはないはずであるといえる。「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされたことにも、それなりの理由——たとえそれが文理という形式的な理由にすぎないものであったとしても、その外国法における法解釈で文理が重視されること自体には実質的な理由があるはずである——があるからである。そして、学説のすべき残された仕事は、以上の理論を貫徹させること、すなわち、外国法の情報を豊かに提供すること、創造的な外国法解釈への過度の自制が働かないように準拠法解釈の方法の理論面から法廷地裁判官を支援し勇気付けること、の二点になるだろうか。しかし、このような一般論だけで上手く行くのかどうか、そもそも問題であると思われる。本稿IV. 2を参照。

7) ここで一つの問題が考えられる。仮に、特許を受ける権利の譲渡の対価請求の準拠法がある外国法とされた場合で、

3 第二の疑問——「等価性の問題」

第二の疑問は、「法律概念の連絡問題⁸⁾」とも表現されるが、「代替可能性⁹⁾、または代用¹⁰⁾ (Substitution)」「等価性¹¹⁾ (Equivalence)」の問題と講学的に呼ばれている。以下では、「代替可能性」よりも一般的な表現である、「等価性の問題」と呼んでいくことにする。つまり、ある国の法が規定するある法律概念が問題となったときに、外国法が規定する対応する法律概念や類似の法律概念がどのように扱われるのか、すなわち、「等価性」が肯定されてその国

の法律概念と同じ扱いを受けるのか、それとも「等価性」が否定されて異なる扱いを受けるのか、という問題である。

ドイツにおけるこの「等価性の問題」をめぐる議論は、外国の公証人（不動産の譲渡）、外国の裁判所への訴え（消滅時効の中断）、外国の身分戸籍吏（婚姻の成立）を内国のそれに「代用 (Substitution)」できるかといった、「内外国家行為相互の代替可能性の問題」の占める比重が大きいようである^{12) 13)}。この「内外国家行為の代替可能性の問題」に対しては、日本においても石黒教授の学説がある¹⁴⁾。そこでは、「内

その外国の抵触法がそもそもこの問題を特許に関する属地主義の射程内と位置づけて各特許の保護国法によるとしているため、その外国の対価請求に関する実質法規定には他国の特許を受ける権利を含み得ず、類推適用も全く予定されていない場合には、他国の特許を受ける権利の譲渡の対価請求は棄却されざるをえないのだろうか。もし労働契約の準拠法たるその外国で訴訟が提起されていれば、国際裁判管轄さえ肯定されれば、対価請求の準拠法として各特許の保護国法がそれぞれ適用され、「等価性の問題」は発生することなく、多くの請求が認容されるように思われる。もし、以上のようなその外国の抵触法の適用結果を、考慮に入れてその外国実質法を解釈できるならば、とりわけ、いわゆる先決問題論においてヴェングラー的な本問題準拠法所属国国際私法説を採用すれば、実は救済を図れる可能性があることは、偶然の出来事とは言い切れず興味深い。詳しくは、本稿Ⅲ. 4 (1) を参照。

8) 久保岩太郎『国際私法構造論』(有斐閣, 1955) 181頁 (ただし、旧漢字は新漢字に改めた。以下でこの文献を引用するときにも、特に断ることなく同様に改めることにする。)

9) 石黒・前掲注4) 187頁。

10) 溜池・前掲注3) 237頁。

11) 石黒・前掲注4) 188頁。

12) パウル・ハインリッヒ・ノイハウス (櫻田嘉章訳)『国際私法の基礎理論 第2版』(成文堂, 2000) 361頁以下を参照。ドイツの議論状況がこのようなものであるという点は、石黒・前掲注4) 187-188頁で指摘されている。

13) 外国弁護士などが、弁護士・依頼者間の秘匿特権 (attorney-client privilege) を援用できるかという問題に関する、米国の判例にも、「等価性の問題」が見られる。例えば、連邦地裁の反トラスト法事件における判例で、フランスの企業内法務担当者 (French "in-house counsel") とのコミュニケーションについて「秘匿特権」の援用を肯定した、Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co., S.A., 98 F.R.D. 442 (D. Del. 1982) がある。そこでは、法廷弁護士 "avocat" と法廷で弁論できない "conseil juridique" の区別があり、さらに企業に雇用されている者が "avocat" でも "conseil juridique" でもないけれど法的助言の提供を禁じられていないことを例に、フランス法律専門職の構造 (the structure of the French legal profession) のアメリカ法との違いが重視され、そして、フランス法上、「アメリカの弁護士 (the American "bar")」と等価なもの (equivalent) が存在せず、「弁護士の一員 (membership in a "bar")」であることは、「秘匿特権」援用可能性の有意味な基準とはならないとし、結論として、「より機能的な基準としての、法的助言をする能力があり、それが法的に許されているか (a functional one of whether the individual is competent to render legal advice and is permitted by law to do so)」というテストを満たしているフランスの企業内法務担当者 (French "in-house counsel") の「秘匿特権」を肯定した。

一方、その後の連邦地裁の特許侵害事件である Honeywell, Inc. v. Minolta Camera Co., 1990 U.S. Dist. LEXIS 5954 は、「レンフィールド基準における弁護士との機能的等価性 (the "functional equivalent" of an attorney under the rationale of Renfield)」を認めたトライアル前手続における治安判事の命令への上訴 (the appeal of the Magistrate's order) がなされ、その上訴を認容した判例であるが、どこの国の弁護士でも弁理士 (registered patent agent) でもないが、「事実上の弁護士のような地位 (status as a de facto attorney)」にあると主張した被告日本企業の従業員の「秘匿特権」の主張を退けた。そこでは、事実認定 (factual determination) の問題として、その従業員の学歴 (理科系の学部卒であり、長年、法律と特許の問題に関する多数の講習会等に出て来たことは重要ではないとされている。) や職務、日本の法制度などを再検討した結果、彼は『「秘匿特権」の適用目的からする事実上の弁護士の地位 (status as a de facto attorney for the purposes of the applying the attorney-client privilege)」にあるという認定は間違いだとする。

弁護士資格が国家によって付与される場合に限られるならば、これも資格付与という「内外国家行為の代替可能性」の問題ということになるだろう。

14) 石黒一憲『国際私法と国際民事訴訟法との交錯——国際私法上の「法律行為」の「方式」をめぐる——』(有信堂高文社,

外国行為の代替可能性」が肯定されるかは基本的にはそれを要求する準拠法の解釈の問題だが、「場所は行為を支配する」の原則の再構成によって、法律効果の発生のために必要とする国家行為をも「方式」の準拠法の送致範囲と位置づけることで、行為地法の国家行為による代替可能性を肯定することが、法廷地の国際私法の視点から初めて可能になるとされる¹⁵⁾。

(1) 「等価性の問題」への鈍感さ——「準拠法の趣旨の没却」の危険

しかし、現在の日本の多くの学説は、「等価性の問題」に鈍感であるように見える。それは、次のような有力な学説によく現れている。

「養親の本国法上、一定の公的機関の関与が定められているとしても、その特定の機関の関与という点は公法的性格を有するその国の手続法であって、送致範囲には入っていないというべきである。もっとも、養子縁組を法律行為だけでできるのか、公的機関の関与が必要なのかという問題は、送致範囲に入っているので、準拠法が公的機関の関与が必要だとしている以上、私人間の法律行為で済ませてしまうことはできないが、その先は、養子縁組をする法域で用意されている手続法に従うほかない。¹⁶⁾

上記の見解を主張される道垣内教授は、「溜池教授が日本で家庭裁判所の手続によることは『手続問題』であるから当然であるという前提から、問題は実体法の要求にどこまで『適応』できるかであるとされ、……山田〔鏖一〕教授の理由付けは、準拠外国法の解釈として、その法律で定める機関の役割を日本の家庭裁判所が『代行』することができるという発想であるように思われる¹⁷⁾」として、「適応」と「代行」の二つのアプローチがあると指摘しつつ、「すなわち、上記溜池説の通りである¹⁸⁾」として、「適応」の発想を支持される。しかし、道垣内教授によれば「適応」のアプローチをとっているとされる溜池教授は、「本国法適用の趣旨に反する」か否か、つまり、準拠法の解釈として「代行」が許されるか否かを検討することを、決して忘れてはいない¹⁹⁾ ²⁰⁾。そうはいうものの、溜池教授がそこでなされている準拠法の解釈が、第一の疑問に対する学説の回答——その外国でなされている通りに解釈する——によれば、「ここでいう『公的機関の関与』についてのみ外国の公的機関が含まれると解することは、文理上困難であって、外国の公的機関の関与についてこの規定を直接適用することはでき

1988)を参照。

15) 概要は、石黒一憲『国際民事訴訟法』(新世社、1996) 108頁以下の「3.2 『場所は行為を支配する』の原則とその再構成——訴訟・非訟の峻別論を超えて」を参照。

16) 道垣内正人『ポイント国際私法 各論』(有斐閣、2000) 99-100頁。

17) 道垣内・前掲注16)99頁。

18) 道垣内・前掲注16)100頁。

19) 溜池良夫『国際家族法研究』(有斐閣、1985) 402頁以下を参照。そこでは、「[離婚準拠法である]本国法が裁判離婚主義を採用する場合に、わが国において調停離婚または審判離婚をなすことは本国法適用の趣旨に反する」(溜池・同404頁)とされるように、「本国法適用の趣旨に反する」という表現が頻繁に使われている。

20) ただし、若干ミスリーディングとも思われる記述もある。すなわち、溜池・前掲注19)421頁は、日本の民法817条の2以下に、特別養子縁組の制度が設けられる以前においては、「当事者の本国法が、養子縁組の成立要件として、わが民法の立場よりも広く裁判所の関与行為を必要としている場合には、わが国において有効に養子縁組をなしえないことになる。けれども、それは国際私法交通の円滑と安全を目的とする国際私法に反することになる。法例が、養子縁組の成立要件について本国法の適用を規定していることは、わが国において、本国法に従って養子縁組が成立すべき場合を予定していることを意味する」とする。注意して読めば、「法例が……本国法に従って養子縁組が成立すべき場合を予定している」(傍点筆者)、言い換えれば、準拠法たる本国法がそれを予定しているとは限らないのではあるが、それが予定されている場合には準拠法が代行可能と認めるものとなるように日本の裁判所の手続を柔軟に変容させるべきことを、日本の国際私法が要求していると説いているのであって、決して準拠法の趣旨を無視して家裁の審判で済ませることができるとしているわけではない、とわかる。だからこの後直ぐ、「それでは、わが家庭裁判所の許可の審判は、外国法の規定するあらゆる裁判所の関与行為にも及ぶか」が論じられているのであり、常に日本の家裁の関与で代行できるとされているわけではない。

ないといわざるを得ない」と解釈される危険を孕むものであることは、意識されていないように思われる。このような準拠法の閉鎖的な解釈の結果が不当なことは明らかだと感じるかもしれないが、だからといって、多くの学説が「等価性の問題」への理論的な詰めが甘いままに来てしまった結果、「等価性の問題」への鈍感さをさらに強化して現れたのが、最密接関係法たる準拠法の趣旨を無視して、法廷地手続法への送致範囲を不当に拡大しているように思われる、上記の学説なのではないだろうか。

(2) 「等価性の問題」への過剰反応——「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険

「等価性の問題」に対して鈍感な学説が多く、石黒教授の学説も法律効果発生に要する「内外国家行為の等価性の問題」に射程が限定された

ものであることから、学説の「等価性の問題」一般についての理論的な詰めは、「準拠法の閉鎖的な解釈」が不当であると考えていたとしても、不十分であったように思われる。そして、そこを抜け穴として、皮肉にも、鈍感さとは正反対の現象が生じている。すなわち、「等価性の問題」への過剰反応を、しかも恣意的・機会主義的に、許す結果となってしまっている。それが、「特許を受ける権利」という文言は外国の特許を受ける権利を含まないとした、日立製作所事件最判平成18年10月17日²¹⁾であり、結論的には類推適用の決断によって救われたとはいえず、そこで排外的・閉鎖的に準拠法が解釈されそうになった危険は、こうして生まれたのではないだろうか²²⁾。「最密接関係法の趣旨の没却」の危険を、「等価性の問題」の理論的な

21) 前掲注1) 最判平成18年10月17日。

22) 最判が出る約一ヶ月前、大塚製薬のシロスタゾールに関する特許について事件である、東京地判平成18年9月8日平成17年(ワ)第14399号〔裁判所のウェブサイト (<http://www.courts.go.jp/>, 2006年12月22日最終検索。) 上の「裁判例情報」における判例検索システムより。〕は、契約の問題と性質決定し、「日本法が準拠法となる」(同53頁)としつつ、「外国の特許を受ける権利の承継に基づく対価請求権について、特許法35条3項の適用はないと解され、同項に基づく対価請求権は認められない」(同54-55頁)としている。その理由付けとしては、以下のように判示している。「まず、特許法には、外国の特許を受ける権利の承継に基づく対価請求権に関する規定がないだけでなく、外国の特許発明や外国の特許権に関する規定も全く存しない。また、特許法35条と同様に、『特許を受ける権利』について、その移転や担保権の設定、承継等を定める同法33条及び34条が、日本の特許を受ける権利のみを対象とすることは明らかである。さらに、特許法35条1項は、職務発明についての特許を受ける権利の承継の有無を問わず、使用者等が、当該特許権について無償の法定通常実施権を有する旨を定めるところ、特許権についての属地主義の原則、すなわち、各国の特許権は、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められるとの原則(最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁参照)によれば、特許権に対して無償の法定通常実施権のような権利を設定することは、日本の特許権についてのみなし得ることであると解さざるを得ないから、同条1項にいう『特許を受ける権利』及び『特許権』とは、外国の特許を受ける権利及び外国の特許権を含まず、日本の特許を受ける権利及び日本の特許権のみを意味するものと解される。そうすると、外国の特許を受ける権利の承継に基づく対価請求権についても同条3項が適用されるとすれば、同条3項にいう『特許を受ける権利』及び『特許権』には、外国の特許を受ける権利ないし外国の特許権も含まれることになり、同一の条文内で、『特許を受ける権利』あるいは『特許権』について、異なる解釈をするという不整合な事態を生ずることとなる。

そもそも、特許法35条は、職務発明について特許を受ける権利が当該発明をした従業者等に原始的に帰属し、これについての通常実施権が使用者等に帰属することを前提に(同条1項)、当該職務発明について、特許を受ける権利及び特許権の承継等とその対価の支払に関して、使用者等と従業者等のそれぞれの利益を保護するとともに、両者間の利害を調整することを図った規定である(最判平成15年4月22日民集57巻4号477頁参照)。すなわち、同条は、その1項において、使用者等には、特許を受ける権利の承継の有無を問わず法定の通常実施権が認められることを規定するものであり、そのことを前提として、当該特許を受ける権利等の承継等の対価の算定に当たっても、同条4項において考慮される使用者等が受けるべき利益は、通常実施できる限度を超えた独占の利益であると解するのが一般である。したがって、この前提を欠く外国の特許を受ける権利について、同条3項の規律対象となるとする見解は、同条に関する上記の理解を踏まえると、法解釈上、相当でないといわざるを得ない」(同53-54頁)。

ただし、外国の特許を受ける権利の譲渡等にもなう対価の請求に関して、準拠法たる日本の特許法35条の解釈論として請求を棄却した裁判例は、筆者の調べた限りでは他にはなく、前掲注1) 最判平成18年10月17日の原審である東京高判平成16年1月29日判時1848号25頁、味の素アスパルテーム事件東京地判平成16年2月24日判時1853号38頁、三菱電機のフラッシュメモリに関する特許についての東京地判平成18年6月8日判時1966号102頁では特許法35条が適用されて請求が認容されている。また、NTT-ATのタイプホイールに関する特許についての東京地判平成18年5月29日判時1967号119頁では、「本件発明2及び4により被告が受けるべき利益の額について、本件特許権5ないし10の外国特許

詰めの甘さが生んだ害悪の一つの極とすると、「準拠法の閉鎖的な解釈」——ある準拠法の解釈として、内国法が規定する法律概念に対しては法律効果を与えるのに、それと対応する外国法が規定する法律概念の全部または一部に対しては法律効果の発生を否定すること——の危険がもう一つの極であり、両者は同じ親を持つ子であるといえる。

4 本稿の目的

以上に問題の所在を見出す本稿の目的は、「等価性の問題」一般を理論的に検討することとなる。そしてその際、「等価性の問題」に対して、鈍感にも「準拠法の趣旨の没却」に陥ったり、過剰に反応して「準拠法の閉鎖的な解釈」を許したりしてはならない。そしてそのためには、「等価性の問題」の理論的な位置づけが明らかにされなければならない。より詳しく言えば、「等価性の問題」は、国際私法理論が解決すべき課題であるのか、それとも準拠実質法の解釈の問題として各準拠法に委ねられるべき問題であるのか、ということである。文字通り浅学な筆者には、手に余るものだが、「等価性の問題」の理論的検討の重要性に対する、問題提起の役割だけでも果たすことが出来ればと考えている。

なお、本稿は、特許法の国際的な適用関係に固有の問題についての考察を行うものではない。外国の特許を受ける権利に関してこれまで主に議論されてきた論点には、特許についての属地主義の原則の射程と国際私法上の法律関係の性質決定という論点と、法廷地の絶対的強

行法規としての特許法 35 条の適用可能性という論点の二つがあるが、前者については最判平成 18 年 10 月 17 日²³⁾によって判例法上決着が着いたということにして、特に問題とはしない。また、後者については、本稿の検討は準拠法の選択と適用に関する理論のみを対象とするものであり、それとは別枠で絶対的強行法規として適用される可能性は、それによって否定も肯定もされない。これは、また別の問題意識を持って、別に検討すべきことであると考ええる。

つまり、最判平成 18 年 10 月 17 日²⁴⁾自体は「等価性の問題」の一例としてのみ扱われることになる。確かに、この判決自体には、特許法 35 条 1 項 2 項が外国の「特許を受ける権利」に適用されないという抵触法上の議論（と位置づけるべき議論）と、特許法 35 条 3 項 4 項の解釈という実質法上の議論とを混同しているのではないかという重大な問題がある²⁵⁾。本稿はこの点も批判的に指摘してはいるが、これは本稿の検討対象——「等価性の問題」——にとってはいわば寄り道に当たる。これは、カードリーダー事件最判平成 14 年 9 月 26 日²⁶⁾から連なる特許についての属地主義の原則の抵触法上の意義や、より一般化した抵触法と実質法との境界の性質決定といったものを検討対象とするときに、正面に置かれて検討される問題だろう。

II. 準拠法選択の目的、宿命と「等価性の問題」

まず始めに、準拠法選択が必要となる原因、目的から説き起こしつつ、その宿命として、なぜ、「等価性の問題」が生じるのかを考えてみる。

権によるものを含めて算定すること、上記実施料収入に対する本件各発明の寄与度が同等であることは、いずれも当事者間に争いが無い（同 54-55 頁）という事情の下、準拠法である特許法 35 条の解釈論は展開されないまま、上記の算定に基づいて請求が認容されている。ちなみに、この判決は、唯一請求を棄却した大塚製菓シロスタゾール事件東京地判平成 18 年 9 月 8 日と同じ東京地方裁判所民事第 29 部によって下されており、三名の裁判官のうち裁判長を含めた二名が同じであった。

23) 前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日。

24) 前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日。

25) 本稿 V. 2 を参照。

26) 最判平成 14 年 9 月 26 日民集 56 卷 7 号 1551 頁。

準拠法選択が必要となる原因と目的——各国法の異質性と「遵法義務」の衝突

1 目的——各国法の異質性と「遵法義務」の衝突

各国の法は、その内容も違えば、それを支える考え方も異なるだろうし、特定の問題についての法的な結論も分れずにはいられないだろう。そもそも、もし世界中の法がどれも同じ結論に落ち着くなら、わざわざ準拠法を選択する必要はないかもしれない²⁷⁾²⁸⁾。少なくとも、抵触法を論じるときには、各国法の間異質性を前提にして論じることになる、とはいえるだろう。

ただし、各国法が異質であれば直ちに準拠法を選択すべきことに、論理的になるわけではない。鎖国政策の下では、国内では国内法だけを適用し、外国法は外国だけで適用される事実を過ぎないものとして、国内では適用されないも

のとするこも、その国の法政策的には可能かもしれない。しかし、今日の国内社会は、私人の国際的な活動がもたらす大きな利益——それは、経済的な活動だけでなく、人間的な交流、情報の流通によっても、もたらされている——によってその豊かさを支えられている以上、国内法秩序と外国法秩序の二重、三重の「遵法義務²⁹⁾」——それらの要求は、ときに衝突し両立不可能である——を現実を負うことになるというコストを、国際的に活動する私人（外国で主に活動する外国人も当然含む）だけに負担させて国内社会が放置することは、「ただ乗り（free riding）」として普遍主義的な正義の理念に反するだろう³⁰⁾³¹⁾。少なくとも国内社会において国際私法が準拠法を選択することは、「正義への企て」としての法にとっての義務にまで、そして、国際的活動をする私人の権利にまで、高められるといえるかもしれない³²⁾。

27) 最判昭和34年12月22日家月12巻2号105頁は、「中華民國政府の公布施行している民法一一三八条、一一四四条は妻及び子が共同して遺産を相続するものと規定しているし、前点所論の中華人民共和国政府の法令によるべきものであるとの立場に立つても、同政府の公布施行している法令中には、この点に関する別段の規定を認めえないし、中華民國政府の右記規定と異別の趣旨に出でているものも条理上にわかに解し難いから、いずれの政府の法令の適用があるにせよ、上告人らが相続により本件建物を所有するものとしてこれが取去を命じた原判決の終局の判断は正当たるに帰し、論旨は結局理由がないことに帰する」とする。

28) しかし、石黒・前掲注4)103頁以下の「2.6 統一法と国際私法」を参照。現実の統一法作成の困難だけでなく、一元的な有権解釈機関に全ての国が服従しない限り、統一法もその解釈は分裂せざるをえず、完全な法の統一は実現できないため、準拠法選択の必要は残り続ける。さらに、一元的な有権解釈機関の実現によってついに完全な世界統一法秩序を実現できたとしても、そこは逆理想郷かもしれない。よって、準拠法選択の意義は残る、いや、むしろ残すべきだ、とも考えられる。すなわち、井上達夫『普遍的再生』(岩波書店、2003)132頁以下の世界政府——そこでは、「自由の最後の保障というべき退出可能性がなく」、「権力の民主的統制可能性も、すなわち退出しえない人々が告発によって統治を下から変革する可能性も、既存の分立する諸国家の場合以上に弱められ」、「世界連邦政府は単独の覇権国を統制できたとしても、多くの弱小諸国に対する一群の強国・大国の集团的覇権を現在よりもさらに強化してしまう」——の問題点を参照。

29) ここでいう「遵法義務」とは、倫理的な存在である個人にとっては、その社会の正義への企ての参加者として、社会的決定である法の決定に従うべきであるとする、サンクションへの恐怖とは別の、倫理的な理由——同意、フェアプレイなど——があり、その理由は個人が自律的な決定を下す際にも、一つの価値として無視し得ない重みを持つことになる、という状況を表現した言葉である。法に従う法的な義務があるというトートロジーを表現したものではない。フィリップ・ソウパーが考えるように、「遵法義務の存在こそ法の規範性の根拠である」〔横濱竜也「遵法義務論と法の規範性——ソウパーの議論を手掛かりに」『宗教と法—聖と俗の法文化—』法哲学会年報(2002)193頁、198頁(2003)〕とするならば、どこの国の法が規律すべきかという問題を扱う抵触法においても、「遵法義務」が重要な意味を持つことになるのではないだろうか。本稿における国際私法の目的についての試論は、このような問題意識に基づく。

30) 遵法義務が衝突する具体的な状況については、例えば、石黒・前掲注4)41頁以下の「2.2 準拠法選択を論ずる具体的な意義——国際金融紛争を例に」における米国の資産凍結措置をめぐる問題、石黒・前掲注15)22頁以下の「2.2 域外適用をめぐる国際紛争事例の諸断面」における域外適用と対抗立法をめぐる問題を参照。

31) 正義理念が「ただ乗り」排除を要請することについては、井上達夫『法という企て』(東京大学出版会、2003)3頁以下の「第1章〈正義への企て〉としての法」、特に18頁以下を参照。

32) ただし、独立した主権国家として外国国家が行う法適用との兼ね合いもあり、必ず私人の遵法義務の衝突を回避できるわけではない。本文ですぐ後述する留保の存在だけではなく、各国の国際私法、つまり準拠法選択の規則が既に異なっている。

2 準拠法選択の限界——民事と非民事の区別

しかし、留保を付け加えなければならない。以上で準拠法選択という法技術の目的として試論的に位置づけてみた「私人の負う遵法義務の衝突」の緩和という価値も、現実には国内社会全体の利害を理由として後退している。例えば、刑法2条以下が国外犯の規定を設け、刑法5条が「外国において確定裁判を受けた者であっても、同一の行為について更に処罰することを妨げない」とするように、たとえ外国で不可罰とされており、その反射として一般的な行為の自

由が認められていることと衝突することになったとしても、内国の刑法上の行為義務を課することが予定されている³³⁾。租税法においても、国際二重課税を回避する仕組みはあるが、内国の租税法規の適用範囲だけが基本的には問題となる。外国独禁法の違反に対して、内国で行政処分がなされることもない。現行法上、準拠法が選択されるのは、内国から見た民事法上の生活事実関係に限った話である³⁴⁾。さらに付け加えると、その民事の訴訟においても、いわゆる法廷地の「絶対的強行法規³⁵⁾」は、準拠法選択に関わりなく法廷地において適用されるとされているのである³⁶⁾。

33) 最判昭和28年7月22日刑集7巻7号1621頁は、「憲法三九条は、同一の犯罪につき、わが国の憲法による裁判権によつて二重に刑事上の責任を問うことを禁じた趣旨と解すべきである。すなわち、同一事実についての前の裁判と後の裁判とが、共にわが国の裁判権にもとづくものである場合にはじめて、憲法三九条の定める二重問責の禁止にふれるものといわなければならない」(同1623頁)とする。

34) 民事と非民事の区別については、石黒・前掲注15)8頁以下の「1.3 抵触法上の民事・非民事の基本的区別について」、石黒一憲『『国境を越えた執行』の諸相——『外国判決の承認・執行』と『執行共助』との理論的境界をめぐって(上・下)』貿易と関税39巻11号46頁(1991)、39巻12号48頁(1991)〔石黒一憲『新制度大学院用 国際私法・国際金融法教材』(信山社、2004)1頁所収]を参照。

35) 絶対的強行法規について、法の適用に関する通則法の立案担当者による解説である小出邦夫編著『一問一答 新しい国際私法』(商事法務、2006)157頁では、「一定の政策的な目的を達成するために明確な適用意思を有し、準拠法のいかににかかわらず適用される法規を、講学上絶対的強行法規といいます。我が国においては、独占禁止法、外国為替及び外国貿易法、消費者・労働者保護関連法規、借地借家法等の中の規定がこれに当たると解されています」と解説されている。これに対しては、石黒一憲『国際私法の危機』(信山社、2004)43-49頁を参照。「絶対的強行法規」について、正確には、石黒・前掲注4)46頁以下、個別の論点としては石黒・後掲注156)を参照。裁判例としては、前掲注22)味の素アスパルテーム事件東京地判平成16年2月24日が、「いずれの準拠法選択をした場合であっても、絶対的強行法規の性質を有する労働法規は適用されるべきであるところ、特許法35条もまた、上記の性質を有する労働法規と解される。〔改行〕そうすると、本件各発明に係る特許を受ける権利の承継の対価請求の準拠法は、いずれにせよ、我が国の法律であると解するのが相当である」とする。ただし、絶対的強行法規は、準拠法選択の論理とは異なる、法廷地の規制の論理から適用されるものであって、両者を混同する表現——「準拠法は、いずれにせよ」——は不適切と思われる。前掲注22)東京地判平成18年9月8日は、「なお、仮に、特許法35条3項が、使用者等による支払額を補完するものとして片面的に適用されるという強行法規的な性格を有すること、あるいは、使用者等と従業者等との間の雇用関係を規律する労働法規的な性格を有することなどを理由として、我が国における職務発明の対価請求について、抵触法的処理による準拠法決定を経ずに直接的に適用されるとの見解に与するとしても、同様の結論となる」(前掲注22)53頁)とし、絶対的強行法規という用語は用いていないものの、こちらの方が正確な記述であると思われる。「絶対的強行法規」という呼び方自体は石黒教授の造語であり(石黒・前掲注35)『国際私法の危機』38頁を参照。)、横溝大「知的財産における属地主義の原則—抵触法上の位置づけを中心に」知的財産法政策学研究2号17頁、33-34頁(2004)の注16)は、「学説上は、『即時介入法規』『介入法規』『絶対的強行法規』等様々な名称で呼ばれるが、以下では便宜上この言葉〔強行的適用法規〕を用いる。『絶対的強行法規』という用語は『相対的強行法規』の存在を前提にした用語であるが……、抵触法上『相対的強行法規』という概念が特に必要であるとは思われない。そこで、『強行法規』と呼んでも差し支えないように思われるが、実質法上の強行法規と混同しないため、敢えて異なる名称を用いることにした」とされている。

36) 「外国公法不適用の原則」なるものが存在するとする見解がある〔道垣内正人「国境を越えた知的財産権の保護をめぐる諸問題」ジュリスト1227号52頁、53頁(2002)の注10)、道垣内・後掲注47)70頁以下を参照〕。さらに、河野俊行「外国特許を受ける権利に対する特許法三五条の適用可能性について——国際私法の視点から——(一)」民商法雑誌132巻4・5号126頁、137-138頁(2005)は、「あらゆる強行法規が準拠法の一部として適用されるわけではない。ヨーロッパ大陸型国際私法(サヴィニー型国際私法ともいえよう)の基本的な発想では、準拠法決定・適用メカニズムは『内外法が平等である』ことが大前提なのであり、ドイツ国際私法の系譜を継ぐわが国の国際私法も同じ前提をとる。それゆえこのメカニズムで決定された準拠法は内外平等である法、すなわち普遍性をもつ法なのであり、従ってかかる準拠法の一部として適用さ

3 準拠法選択の宿命——事案の分断と「等価性の問題」

以上の留保はあるが、とにかく現代の日本社会においては、各国法の異質性が準拠法選択の必要性を理由付ける。しかし、各国法の異質性は、同時に、準拠法選択に難問を突きつける原因でもある。各国法の結論が異なり、準拠法選択の結果が大きく結論を左右するため、最も密接な関係を有する法について、一義的にどこかといえない場合や、複数考えられる場合には、all or nothing の悩ましい決断をせざるをえない。そこで、問題となる生活事実関係ごとの性質にあわせて、それぞれ相応しい準拠法を別々に選択した方がよい、と考えられる（事案の分断、または単位法律関係によるモザイク的規律）。しかし、今度は、別々の準拠法を選択したことで生じる、異質なそれぞれの適用結果を、うまく調和させることの困難さに悩まされることになる。

「等価性の問題」は、この宿命的な悩みの一つである。各国法の固有の趣旨を尊重し、その間の異質性を真剣に受け止めるならば、ある準拠法上規定されている法律概念は、たとえ別の準拠法上のある法律概念と同一の語や訳が与えられていたとしても、直ちに同一のものとはみなせない。極端なことをいえば、各国法上の法律概念の中には、同じものは何一つないといえるかもしれない。究極的には、そこを出発点として、「等価性」を探求していくことになるはずである。それでは、一体、どうすればよいのか。この次は、準拠法の選択・適用のプロセスにおいて、そのプロセスを構成するものとして、国際私法理論上磨き上げられて来た法的諸技術には、何ができるのかを考えてみる。

れる強行法も、普遍的な性格をもつ強行法に限られることになる。……労働法制は各国が自国の社会状況に即して選択決定するものであり（すなわち普遍性を欠く）。……（つまり準拠法決定プロセスにはのらない）」とし、絶対的適用法規は法廷地のものですら準拠法選択を通しては適用されないとするかのようなものである〔河野・同 142 頁は、「私見は、外国の労働法的法規の適用までも主張するものではなく、あくまでわが国の労働法規の適用場面に限定した議論である」として、強行法規の特別連結論を否定する。ということは、日本と全く接点を持たない労働契約に関する民事紛争が、日本の裁判所に係属した場合には、どこの国の労働法的法規も適用されず、一般の契約法によって解決がなされると主張されるのであろうか。また、法の適用に関する通則法 12 条（労働契約の特例）は「その強行規定をも適用する」としているが、ここでいう「強行法規」からは、河野教授のいう「準拠法決定プロセスにはのらない」労働法的法規は除かれているという趣旨なのであろうか。それとも、法の適用に関する通則法の制定によって、「ヨーロッパ大陸型国際私法（サヴィニー型国際私法ともいえる）」の基本的な発想が変化させられて、7 条（当事者による準拠法の選択）によっても「準拠法決定プロセスにはのらない」はずの労働法的法規が適用されることになったとされるのであろうか。とにかく、河野教授の見解が以上のようなものだとすると、疑問の多い見解といわざるをえない。それに対して、石黒・前掲注 4) 46 頁以下は、外国の絶対的強行法規も、赤裸々な公権力の行使の部分でない限り、私契約に影響する部分であれば、内国の裁判所で準拠法選択を介して適用されうるとする。つまり、絶対的強行法規も準拠法として選択されるが、法廷地の絶対的強行法規だけは別枠で直接適用され、また外国（絶対的強行）法規のうちの公権力性の高いもの——公益性の高いものということではなく、公権力性の高さである——の適用が例外的に排除される、ということである。米国州法にみられる制裁目的の懲罰的損害賠償の規定が、赤裸々な公権力の行使としての非民事法または公法であって、日本の裁判所で適用されないことについては、日本の学説においてあまり異論はないと思われる（カリフォルニア州判決の懲罰的損害賠償を命じる部分につき、「我が国の公の秩序に反するから、その効力を有しない」として外国判決の承認・執行も認めなかった最判平成 9 年 7 月 11 日民集 51 巻 6 号 2573 頁をめぐる議論を参照。学説上は、判決の非民事性から承認対象としての適格を否定する見解が有力である）。しかし、問題は、その外国法規が法廷地で適用されるか否かを分ける、民事法と非民事法または公法と私法の境はどこにあるのか、そしてその適用が排除されるそもその理由は何なのか、にある。その境界線の解明の試みとして、石黒・前掲注 34) 『『国境を越えた執行』の諸相——『外国判決の承認・執行』と『執行共助』との理論的境界をめぐって（上・下）』を参照。石黒教授は、適用排除の理論的な根拠を、国家管轄権論上の内国の執行管轄権侵害と位置づけ、外国の立法管轄権の侵害や外国の国内問題への不干涉による国際法違反、外国へのコミティ（国際礼讓）にあるわけではないとされている。ここでは、法廷地の絶対的強行法規の適用と、公権力性の強い外国法規の適用排除とは、裏表の関係にあるわけではなく、別の理論に基づいているということに注意しなければならない。

Ⅲ. 準拠法の選択、適用過程を構成する法的諸技術による「等価性の問題」への対処

1 法律関係の性質決定

伝統的な国際私法の体系においては、第一に、ある生活事実関係の存在が確認され、その国際私法上の性質が評価される（法律関係の性質決定）。これは、抵触法規範——それは、要件の存在によって効果が発生するという構造を有する実質法規範とは異なり、生活事実関係の性質を決定することで連結点が見出されるという構造を有する——のうちのどの法規範が、問題となっている生活事実関係に適用されるか、という抵触法規範の解釈の問題である。このとき、全体をいくつの事案に分断すべきか、言い換えれば、どのような単位法律関係に分解されるのか、それとも分解されないのか、の評価もなされる。

解釈論の際に、できる限り事案の分断を回避し、全体を一つの法律関係と性質決定することで、「等価性の問題」が出現すること自体を回避する努力をすることができる³⁷⁾。しかし、どれが最も密接な関係を有する法かを考えたときに、やはり事案を二つに分断させるべき場合がある。

2 連結点の確定と準拠法の選択

第二に、性質決定の結果、適用されるべき抵触法規範が決定され、連結点明らかとなると、この生活事実関係においてそれはどこに所在するかが判断される。つまり、抵触法規範中の連結点の意味の解釈と、その事実への適用がなされる。この連結点が所在する場所の法が、準拠法となる。

具体的な事案において、準拠法選択上の一般条項である「最も密接な関係がある地の法³⁸⁾」を最大限活用して、別々の単位法律関係であっても、なるべく統一的な準拠法を選択することで、「等価性の問題」が出現すること自体を回避する努力をすることができる³⁹⁾。しかし、このときにも、やはり二つの準拠法を選ばざるをえない場合がある。

3 準拠法の解釈、適用と第二段階の性質決定

第三に、適用すべき実質法規範が確定され、適用される。これは、純粹国内事案では、思考経済を抜きに考えれば、あらゆる法規範を実際に解釈・適用してみて、その結果をみる作業になる⁴⁰⁾。例えば、ある認定事実に適用される法規範が、民法 891 条（相続人の欠格事由）（P

37) 石黒・前掲注 4) 37 頁は、「別々にそれぞれ 2 つの準拠法が登場することを必然と考えるのが私の立場ではなく、むしろ、『準拠法選択上の事案の分断』を最小限に押さえる〔原文ママ〕観点から、極力準拠法（実体準拠法）を一本化すべきだ、というのが既述（前出・注 75）の本文の如く、私の基本的な考え方である」とする。

38) 法の適用に関する通則法 8 条（〔法律行為の〕当事者による準拠法の選択がない場合）、12 条（労働契約の特例）、25 条（婚姻の効力）、38 条（本国法）、40 条（人的に法を異にする国又は地の法）を参照。また、明らかにより密接な関係がある地がある場合の例外につき、15 条（事務管理及び不当利得）、20 条（不法行為）も参照。

39) 石黒一憲『国際私法 新版』（有斐閣、1990）73 頁は、「例えば契約準拠法と不法行為準拠法とを別々に選択するというような形で事案の分断をなすべき場合にも、具体的に選択される準拠法を極力同一の国の法とすることに、意を用いるべきであろう」（傍点は省略）とする。また、その際に一般条項の活用が示唆されていることは、石黒・同 104 頁以下が、「準拠法選択上の一般条項……の登場により、先決問題論という問題枠組自体が止揚され、従属連結説とそれをめぐる様々な議論も、結局は例外的事案の救済を行う場合のポリシー分析上のある種の型として、それが発展的に解消される運命にあると見るべきものなのである。〔改行〕もっとも、いわゆる従属連結説が結果として機械的な事案の分断に警鐘を鳴らし、かつ、二つの問題の間に主・従（主要（本）問題と先決問題）の関係のあるときにはむしろ主要な問題にウェイトを置いた準拠法選択をなすべきだとする一つの方向を示したことは、統一的な生活事実関係について不必要な準拠法選択上の分断を避けるべきだとの見地（七〇頁以下）からは、それなりに評価すべきものを含んでいたと言えるであろう」（傍点は省略）とする部分を併せると読みとれるだろう。

40) 大村敦志『基本民法 I 総則・物権総論（第 2 版）』（有斐閣、2005）352 頁が、「P ならば Q である（ $P \rightarrow Q$ ）」（大前提）かつ「p は P である（ $p \rightarrow P$ ）」（小前提）、よって「p ならば Q である（ $p \rightarrow Q$ ）」（結論）という「三段論法は、試

→Q)なのか、民法802条(縁組の無効)(R→S)なのかは、それが「故意に被相続人を死亡するに至らせ、刑に処せられた」という事実(p)に適用されるときでも、民法802条(R→S)を実際に解釈・適用してみても、要件事実には当てはまらないから法律効果は発生しないと考えればよく、さらにいえば、実は、民法802条が適用法規かどうかを知る方法は、実際に解釈・適用して法律効果発生の有無をみる以外にはない。ただ、要件事実がないことが一見明白だから、民法802条は適用法規ではないと常識的に思えるだけである。

しかし、準拠法として適用すべき実質法規を確定するときには、純粋国内事案の場合とは異なり、以下の特殊な考慮が必要になる。ある生活事実関係(または、単位法律関係)の準拠法としては、その生活事実関係を規律する実質法規しか適用されず、国際私法上分断された別の生活事実関係を規律する実質法規は、結果的に同じ準拠法が選択されない限り、適用されない。つまり、準拠法としては、その国の全法規中の一部しか適用できず、適用できない法規があり、それは性質決定段階で決まる、ということになる。これは、純粋理論的には、第一段階の性質決定の結果として既に決まるはずのものであり、第一段階の性質決定と一体のものであることは確かである⁴¹⁾。しかし、準拠法となった法の実質法規中、準拠法として

適用されるのは一体どの法規までか、言い換えれば、問題となっている生活事実関係を規律する法規として、国際私法の視点から評価できるのは一体どの法規までか、という形で記述し直されることで、初めて自他共に理解可能なものとなると考えられる(第二段階の性質決定、選択された準拠法への具体的送致範囲⁴²⁾)。

「等価性の問題」は、準拠法を解釈・適用する場面で、法律要件として法律概念が用いられているときに現れるといえる。また、この場面では、国際的事案においては、準拠法への具体的送致範囲が画されることで、純粋国内事案のように準拠法所属国の法の中のあらゆる法規を適用できるわけではないという意味で、純粋国内事案の法解釈・適用とは異なった制約があるといえることができる。第二段階の性質決定による、この準拠法解釈・適用の制約とも考えられるものが、「等価性の問題」にどう影響するかは考えてみる必要があるだろう。

(1) 準拠法の解釈による「等価性」の探求

いかに各国法が異質でも、「準拠法の解釈」の結果、そこで規定されているある実質法規のいう法律概念が、他国法上の法律概念までも含んでいると解されれば、そこでは「等価性」が認められたといえることができる。この意味で、ほとんどの学説は、「等価性の問題」は準拠法の解釈の問題であると位置づけている^{43) 44)}。

また、準拠法の解釈としては、準拠法上の法

行錯誤のすえによりやく発見(あるいは構成)された結果を表現しただけのことである。『PならばQである』という法規があるとしよう。だが、法命題ならば、『RならばSである』もある。なぜ、この命題ではなくあの命題なのか。大前提である法規の選択は自明とは言えない。次に、『pはPである』。しかし、事実ならば、pのほかはp'やp''もある。なぜ、この事実ではなくあの事実なのか。小前提である事実の確定もまた、一義的になしうるわけではない。つまり、法適用を行う者は、三段論法の完成に向けて、大量の法規(r)の中から適切なもの(R)を選び出し、同時に、混沌たる事実(f)の中から意味のあるもの(F)を選び出す、そして、その上で両者を照合するという操作を行う必要があるのである」とすることを参照〔厳格には、大前提と小前提に加えて、事実認定の結果である「pである(p)」が「存在借定(existential presupposition)」として隠れた前提となっており、「Qである(Q)」が真とされることで、Qという法律効果が発生することの論証は完成する〕。

41) 神前ほか・前掲注3)37頁〔元永和彦〕は、「性質決定が適正に行われていて、当該準拠法によるものとされる法律関係が適切に切り取られていれば、それに適用可能なものすべてを適用しても特に問題はないと思われる」とする。しかし、ここで「それに適用可能なもの」というときの「それ」とは法律関係のことだとすれば、法律関係にどの法規が適用可能かどうかの問題は、事実法に法規が適用可能かどうかの問題のように、適用不可能な法規が実際に適用されたとしても法律効果が発生しないだけなので何の弊害もない、というわけではないことに注意しなければならない。

42) 石黒・前掲注4)36頁以下、163頁以下の「3.1 国際私法上の性質決定」を参照。

43) 後述の「相続と養子の事例」につき、折茂・後掲注47)国際私法外交雑誌42巻4号32-33頁は、「ドイツの学説の態度をもって、正当なものとかんがふべきであらう。すなわち、問題は、……相続準拠法たる実質法の解釈問題に帰着するものとかん

律概念には、純粋国内的なものだけでなく、あらゆる国の法上の法律概念も含むものとして解釈されるのが、国際的な活動をする私人を支援するためには、望ましいといえるし、また、立法にあたっては、そのようなものとして、立法されるのが望ましいとはいえる。

しかし、反対に言えば、準拠法の解釈の結果として他国法上の法律概念を含んでいないと解されてしまえば、「等価性」は否定されるということでもある。そして、通説的な準拠法の解釈方法——その国で行われている通りに解釈する——からすると、そう解釈される危険は常につきまとう。これに対して、法廷地の国際私法は、指をくわえて見ていることしか出来ないのだろうか。

各準拠法への送致範囲の解釈的操作によ

(2) る「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避

石黒教授は、法律効果発生のために要する国家行為の問題をも、「場所は行為を支配する」の原則の沿革とその価値判断——実質的成立要件の準拠法によれば、法律効果を発生させるためには外国へ行くしかない私人に対して、その不便を救済する必要性——がまさに妥当するこ

とを理由に、法律行為の「方式」と性質決定される。この結果、法の適用に関する通則法 10 条 1 項、34 条 1 項の「当該法律行為の成立について適用すべき法」上要求される国家行為か、10 条 2 項、34 条 2 項の「行為地法」上の国家行為のどちらかを備えればよいことになる（選択的適用）。言い換えれば、成立の準拠法上の国家行為と行為地法上の国家行為の間の「等価性」を肯定し、前者の后者による「代替」を可能にする解釈論が導き出されることになる⁴⁵⁾。

以上は、法廷地の国際私法の解釈として、方式の準拠法への送致範囲を拡張的に操作することによって、「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避を実現した一つの例とみることができ。ただし、これが可能になったのは、方式の準拠法については、「行為地法」との選択的適用が認められているという特別な事情があったからである。

法の適用に関する通則法 24 条 3 項但書は、婚姻の方式について、「婚姻挙行地の法」（24 条 2 項）上の方式と「当事者の一方の本国法に適合する方式」（24 条 3 項）との間の「等価性」を、「日本において婚姻が挙行された場合にお

がへるべきであらう。……かくて、フランスの学者においても、問題は結局、相続準拠法たるフランス実質相続法の解釈のそれとしてとりあつかわれてあるものとみうるであらう」（ただし、旧漢字は新漢字に改めた。以下でこの文献を引用するときにも、特に断ることなく同様に改めることにする。）とする。石黒一憲「国際養子斡旋・養子縁組の諸問題」島津一郎教授古稀記念『講座現代家族法』（日本評論社、1991）387 頁、413 頁の注 79）は、「いわゆる Substitution の問題は要するに当該準拠法（lex causae）の解釈問題に帰する（Sonnenberger, supra, 182 ; Birk, Munchener Kommentar, supra note 44, at 1393）」とする。

44) ノイハウス（櫻田訳）・前掲注 12) 361 頁は、「実質法によって本来意図された内国の法現象（Erscheinung）に対しての外国のその『代用（Substitution）』は、技術的な意味における真の先決問題をなんら含んでいない。確かにこの場合にも準拠される実質規定の法律要件は純粋に記述的な表現に代えてある法概念を用いている。しかしその際に問題とされているのはなんら抵触法上の問題ではなく、むしろ実質法上のそれである」とする。ただし、ノイハウス（櫻田訳）・前掲注 12) 363 頁では、「代用の問題は個別的には、たとえば養子の相続権が問題とされあるいは外国において行われた養子縁組の相続準拠法による養子縁組との原則的な等価性や養子縁組の具体的な有効性が検討されなければならない場合（縁組に際して相続権に思いが及んだのか）には、真の先決問題と重なることがある」とする。そこで、ノイハウスにおける「真の先決問題」の位置づけを見てみると、ノイハウス（櫻田訳）・前掲注 12) 355 頁は、「準拠法の抵触法を介入せしめるのが先決問題に解答を与えるのに首尾一貫した方法である。一度特定の法秩序が適用を定められるとその実質規定に用いられた法概念においてどのような内容を有するか、たとえばあるビジネスマンの『商人（Kaufmann）』としての資格が、常にその法自らの実質法的基準によるのか又は本国法の基準、あるいはその者の営業所の所在地法により判断するか否か、も又その法に委ねられるべきである」とし、準拠法所属国の国際私法を用いてその法概念の内容を探求するという意味では通常の「準拠法の解釈」とは異なるが、「真の先決問題」を「準拠法の解釈」の延長として捉えているといえる。つまり、ノイハウスは「等価性の問題」を「準拠法の解釈」またはその延長（である真の先決問題）として位置づけているといえるのではないか。ヴェングラーの先決問題論についての本稿Ⅲ．4 (1) を参照。

45) 石黒・前掲注 14) を参照。

いて、当事者の一方が日本人であるとき」には認めない。ただし、たとえ、「婚姻の成立」の準拠法である各当事者の「その本国法」(24条1項)——ただし、ここで問題となるのは、日本人でない一方当事者の本国法だけである——が、その本国の国家行為しか婚姻成立の要件として認めないというように閉鎖的に解釈されたとしても、どの国家の行為が必要かという問題を「方式」と性質決定し、「婚姻挙行地の法」への送致範囲に完全に含めることが出来るため、婚姻挙行地法上の国家行為によって婚姻を成立させることができる。よって、「婚姻の成立」の準拠法所属国の国家行為がなければ婚姻成立を認めないというように、本国法が閉鎖的に解釈される場合の不利益は回避できる。しかし、全てを「婚姻挙行地の法」に委ねた結果、今度は、挙行地の国家の行為——婚姻の届出に対する、日本の戸籍事務を所掌する市町村長の受理——がない限り婚姻の成立を認めないというように、婚姻挙行地法である民法739条(婚姻の届出)が閉鎖的に解釈される弊害が生まれることになる⁴⁶⁾。

以上からわかるように、二つの準拠法が登場する場面で「等価性の問題」をめぐる不都合が生じたときに、「各準拠法への送致範囲」の解釈的操作によって出来ることは、性質決定の結果として選択的適用が認められるような特別な事情がある場合は別として、基本的には次のようなことであるといえる。すなわち、最も密接な関係を有するといえる一方の準拠法に問題と

なっている部分を完全に送致し、問題となっている法律概念が二つに分かれてしまわないようなどころで、いわば二つの準拠法の切断面を完全に分離することによって、他方の準拠法についての「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険を回避しつつ、一方の準拠法についての「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険は、それが最密接関係法であるがゆえに甘受するということである。

4 先決問題

養子縁組の準拠法であるインド法上、嫡出子がいる者を養親として適法に縁組を結んだ養子について、その養親の相続問題の準拠法である養親死亡当時の1925年のフランス法が、「養子」に相続権を与えてはいるが(フランス民法旧357条)、そもそも嫡出子がいる者が「養子」をとることを禁止する規定(フランス民法旧344条)を持っていた場合には、フランス法上の相続権を主張できないのか。

この事例は、1931年4月21年のフランス破産院審理部の判決を基にしたものであり、「等価性の問題」の古典的な事例としてよく引用される⁴⁷⁾。以下では、「相続と養子の事例」と呼ぶことにする。

この「相続と養子の事例」は、相続準拠法が法廷地法ではなく外国法であった場合には、いわゆる先決問題をめぐる議論の射程に入ってくる。言い換えれば、先決問題の準拠法を指定するのが、法廷地の国際私法か準拠法所属国の国

46) 澤木敬郎=南敏文編著『新しい国際私法——改正法例と基本通達——』(日本加除出版, 1990) 75頁は、「日本人・外国人間の婚姻届を在日の外国領事館が受理した場合であっても日本の戸籍吏に届け出ない限り婚姻は成立していないものとするはず」とする。法例13条3項但書(法の適用に関する通則法24条3項但書)の立法趣旨について、澤木ほか・同8頁は、「日本人と外国人とが日本で婚姻を挙行し、その方式を外国人の本国法に準拠した場合、このような婚姻をも方式上有効と認めると、報告的届出のなされないかぎり、その婚姻が日本の戸籍に搭載されないことになる。これは、日本人の身分関係を可能なかぎり正確に戸籍に反映すべきだとする要請に反することになるし、他方で、日本で婚姻を挙行する以上、当事者に婚姻の届出を要求しても不当に過大な負担を強いることにはならないと考えられる。そこで3項但書は、婚姻当事者の一方が日本人であり、かつ婚姻挙行地が日本である場合には、婚姻の相手方である外国人の本国法の定める方式によることを認めず、婚姻挙行地法である日本法によるべきものとしている。戸籍制度の運用に配慮した規定のひとつの場合である」とする。

47) この事例を検討するものとしては、折茂豊「国際私法における養子の相続権について——フランスの一判例を中心として——(一・二)」国際法外交雑誌42巻2号1頁, 42巻4号17頁(1943)を参照。また、久保・前掲注8)181頁以下、三浦正人『国際私法における適応問題の研究』(有斐閣, 1964) 268頁以下、石黒・前掲注43)、道垣内正人『ポイント国際私法 総論』(有斐閣, 1999) 122頁以下を参照。

際私法かによって結論が異なりえるため、議論の実益がありえる事例となる⁴⁸⁾。そして、本問題と先決問題との間の関係に関する理論は、法廷地国際私法説か本問題準拠法所属国国際私法説かの議論の実益にかかわらず当てはまり、「等価性の問題」の構造を理解する上で参考になる。ただし、先決問題の準拠法を指定する抵触法の問題については、最判平成12年1月27日⁴⁹⁾によって判例法上決着がついたと考えるため、法廷地国際私法説が正当なものであることを前提として議論を進める⁵⁰⁾。

(1) 先決問題による「等価性」の探求

先決問題の準拠法を指定するのはどの国際私法かという問題について、準拠法所属国国際私法説には、メルヒオールのような反致的な発想を基礎とするものもあるが、それとは発想の全く異なるものもある⁵¹⁾。その代表的論者、ヴェングラーが、先決問題と題して論じているのは、「準拠法の解釈」としての法律概念の内容の探求、そして、内外の法律概念の「等価性の問題」であるといえる⁵²⁾。

ヴェングラーによれば、先決問題とは、本問題の準拠法上のある（実質）法規の規定する要件の内容についての問題であり、少なくとも法

廷地の国際私法が介入する余地はない。それでは、本問題準拠法所属国の国際私法が介入する余地もないのではないかとも思われるが、ヴェングラーはそうは考えない。なぜなら、本問題準拠法上のある法規が、法律効果発生のための要件として、事実概念ではなく、法律概念を用いているとき、それはある法規の要件の内容を別の法規に委ねているとみることができ、ここには法規と法規の間の適用関係をどう規律するかという問題——ヴェングラーは、法規間の法政策的関連性を保ちながら、その適用関係の規律をすることが国際私法の機能・本質と考えており、いわゆるサヴィニー型の国際私法が法律関係を対象としているのとは異なって、法規を対象とする⁵³⁾——がある。そして、本問題準拠法の内部で生じた法規間の適用関係を、法規間の法政策的関連性を維持しつつ規律できる抵触法はどれかといえば、当然に本問題準拠法所属国の国際私法であるということになる。

ただし、実はヴェングラーは、相続準拠法への送致範囲に関する、論理必然というわけではない前提を、出発点としていることに注意しなければならない⁵⁴⁾。

48) 例えば、ノイハウス(櫻田訳)・前掲注12)355頁が、「先決問題の問題は、それほど頻繁に生じるものではない。なぜなら、稀にしか一致することのない三つの前提要件があるからである。つまり、第一に本問題に外国法が適用されなければならない(そうでないと法廷地法と準拠法が一致する)。第二に外国抵触法が法廷地の相当する抵触規定とは別の法秩序の適用を結果としてもたらさなければならない。第三に考慮される両法秩序が内容的にも相違していなければならない」とすることを参照。

49) 最判平成12年1月27日民集54巻1号1頁。

50) ただし、折衷説が否定されたとは必ずしもいえないとする見解もある。松岡博「判批」私法判例リマークス22号138頁、141頁(2001)、佐藤やよひ「ヴェングラーの先決問題理論とその国際私法理論」甲南法学40巻3・4号229頁、242頁(2000)の注10)を参照。

51) メルヒオールの見解については、久保・前掲注8)138頁以下、佐藤・前掲注50)239頁以下を参照。特に佐藤・前掲注50)241頁は、「メルヒオールの準拠法説は法廷地法説に極めて近似したものであって、むしろ例外的に準拠法所属国の抵触法の適用が認められる場合のあることを示唆するにすぎないものと言い得るであろう」とする。また、準拠法所属国国際私法説の理論的な可能性について、三浦正人「国際私法上の先決問題について」国際法外交雑誌66巻2号1頁、26頁(1967)は、「以上の考察において、わたしは、先決問題に外国法の抵触規定を適用することは、技術的には可能であるけれども、現行国際私法の構造としては一般論的には是認されないという点で、反致論に対すると同様な批判が当てはまることを述べた。しかし、抵触規定の送致について、foreign court theoryのような立場をとれば準拠法〔所属国国際私法〕説は、理論化できないわけではないことを認めた」とされる。

52) ヴェングラーの見解については、桑田三郎「国際私法における先決問題——ヴェングラーの理論——」法学新報59巻10号55頁(1952)、佐藤・前掲注50)229頁以下を参照。

53) ヴェングラーの国際私法観については、佐藤・前掲注50)231頁、266頁以下を参照。

54) 法規を国際私法の対象とする立場においても、法廷地国際私法説をとりうることに、佐藤・前掲注50)238頁を参照。

(2) 先決問題の特殊性

講学上の先決問題の定義には諸説あるが、「相続と養子の事例」や最判平成12年1月27日⁵⁵⁾の事案の下で問題となった、相続を本問題としたときの身分関係の成否の問題は、まさに先決問題の典型例と考えられてきた⁵⁶⁾。そして、この本問題と先決問題との関係は、例えば、成立と方式のそれぞれの準拠法に単位法律関係が分断されている関係とは、異なっているように見える⁵⁷⁾。これが、先決問題をめぐる議論——とりわけ、本問題準拠法所属国国際私法説——の出発点であった。例えば、婚姻の成立の準拠法上の要件が全て満たされ、かつ婚姻成立の準拠法上の法の上では婚姻は無方式で成立するとされていたとしても、方式の準拠法上の要件を別途満たさない限り、婚姻の成立は認められない。これに対して、本問題の準拠法上の要件を全て満たせば、先決問題の準拠法を問題にすることなく、本問題上の法律効果は発生するのではないか。具体的にいえば、本問題である相続の準拠法が、被相続人の「直系卑属」を相続人とするというような法律概念を用いた規定の仕方をせず、身分関係のところに規定している要件事実を繰り返し条文に書き込んでいたら、その裸の要件事実の存否が直接判断され

ることとなり、そもそも先決問題は現れないのではないか。

(3) 先決問題と各準拠法への送致範囲

しかし、最判平成12年1月27日⁵⁸⁾は、そうではない——本問題準拠法の規定の仕方が、事実概念を用いたものか、「法律概念」を用いたものかにかかわらず、先決問題は現れる——と考えていると理解できる。それは、以下のような問題設定の仕方からわかる。

「渉外的な法律関係において、ある一つの法律問題（本問題）を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合、その前提問題は、本問題の準拠法によるのでも、本問題の準拠法が所属する国の国際私法が指定する準拠法によるのでもなく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである。⁵⁹⁾」

「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」かどうかは、本問題準拠法がどのような条文の書き振りをしているかとは関係ないはずである⁶⁰⁾。つまり、最判平成12年1月27日⁶¹⁾では、そもそも本

55) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

56) 木棚ほか・前掲注3)76頁〔木棚〕は、「離婚の前提としての婚姻の存在は、婚姻がなければ離婚は問題となりえないから、概念上当然に本問題に包摂される要件であり、本問題の一部であるから、先決問題と区別すべきである。このような問題は、先決問題と区別されて、先行問題（Erstfrage）ないし部分問題（Teilfrage）とよばれることがあるが、それは、法廷地国際私法規定の構成要素の一部をなすものであり、法廷地の国際私法規定によるべきことは当然である」とする（そして、先決問題については、本問題準拠法所属国国際私法によることを原則とする折衷説をとられる）。しかし、先決問題と先行問題の区別については、山田・前掲注3)162頁、溜池・前掲注3)231-232頁、櫻田・前掲注3)130頁は否定的である。その理由として、両者を区別する基準を立てることが困難であることが指摘されている。

57) このことを、久保・前掲注8)175頁は、「単位法律関係相互の関係を見るに、自ら二種に分かたれると思う。一つは事物の性質上順序があり前後の関係に立つものであり、他はこれがなく寧ろ並立の関係に立つものである」と表現している。

58) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

59) 前掲注49) 最判平成12年1月27日民集54巻1号9頁。

60) なぜならば、国際私法上の法律関係を構成しているかどうかは、国際私法上の法律関係の性質決定の問題であり、ここでの判断は、準拠法の内容がどのようなものであるかを見ることなく、あらゆる国の法に中立的な生活事実関係だけを見てなされる（いわゆる暗闇への跳躍）。そもそも、性質決定は準拠法を決めるためになされるものであり、まだ準拠法がどれか決まっていないうちに、その内容を見ることは論理的にもできないことである。そして、性質決定には、生活事実関係の全体をいくつの単位法律関係に分けるのか、つまり準拠法をいくつ選ぶのかという問題も含まれ、先決問題が「国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」かどうか、本問題がある一つの単位法律関係を構成しているかどうかと同時に、つまり本問題準拠法の内容を見ることなく判断されることになるからである。

61) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

問題準拠法所属国国際私法説の出発点となった先決問題の特殊性自体が否定されていると考えられ、先決問題という言葉も用いられていない⁶²⁾。

仮に、ヴェングラーが以下のように批判したとしよう。

「かかる要件を定立することは、すでに相続準拠法に割当てられているのである。……それにもかかわらず、もしも法廷地法がその抵触法をもってこれに介入しようとするならば、この法廷地法は、さきその抵触法においてあたえたところのものを、その一部において、相続準拠法から奪うことになる。しかして、そのあたえたところのものは、とりもなおさず、何人に相続権が帰属しているか、ということが依存しているところの事実的諸条件を提示することである。⁶³⁾」(旧漢字は新漢字に改めた。)

これに対しては、次のように返されることになるだろう。法廷地の国際私法は、そもそも各

準拠法への送致範囲」を決定したときに、相続準拠法に要件のすべてを割り当てたつもりはない。後にも先にも一部については与えたつもりはないし、いわば最初から奪われていたのである。その与えていなかったものとは、相続権の前提となる身分の成否の問題である。以上からわかるように、いわゆる「先決問題」をめぐる議論において決定的なのは、まず各準拠法への送致範囲」をどう解くかであった⁶⁴⁾。

つまり、いわゆる先決問題をめぐる対立は、法廷地と本問題準拠法所属国のどちらの国際私法によるか、単にその選択が違うだけの話ではなかった。そして、ヴェングラー的な本問題準拠法所属国国際私法説は、いわゆる先決問題を論じているときに、同時に「等価性の問題」の探求を行っていた。これとは対照的に、最判平成12年1月27日⁶⁵⁾が採用した法廷地国際私法説においては、いわゆる先決問題を論じた終わった後にも、「等価性の問題」が未解決のまま残されていることになる^{66) 67) 68)}。

62) ただし、判決の読みようによっては、別の単位法律関係を構成している場合は当然法廷地国際私法説によるが、そうではない場合——本問題準拠法所属国国際私法説のいう真の先決問題の場合とでもいうべきか——には、そうとは限らないと解することも可能であるように思われる。つまり、相続準拠法と親子関係の準拠法の関係に限って、これは真の先決問題ではないと判断した判決である、という読み方である。しかし、最高裁がそのような意図を持っていたとは思えず、むしろ先決問題不存在説と親近性を持つものとして理解するのが自然だろう〔大村芳昭「判批」平成11年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1179号)297頁,298頁(2000)、尾島明「判解」法曹時報55巻2号191頁,205頁(2003)〕。にもかかわらず、判決が、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」の問題処理に関するものであり、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成して」いない場合の問題処理がどうなるのか、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」か否かで区別する意義は何かに着目することは、重要と思われる。本稿IV.4を参照。

63) 桑田・前掲注52)72頁における、Wengler, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, RABELS ZEITSCHRIFT, 8 JG. 1934. SS. 194 f. の訳を、そのまま引用させていただいた。

64) あき場準一〔「あき」は「秋」の偏と旁を入れ替えた字。〕「国際私法上の先決的問題の問題について」久保岩太郎先生還暦記念論文集『国際私法の基本問題』(有信堂,1962)131頁,158頁は、「久保教授は、養子の相続権が問題の場合には、相続の準拠法たる被相続人の本国法に連結せられるのは相続権を持つ資格を有する者を決定する問題までに限定せられ、この資格取得の要件に関する問題にまでは及ばない、と明示されたのである。これに対して、ヴェングラーは、かえって、相続権を獲得する全ての前提要件たる事実的構成要件の決定までが相続準拠法に連結されている、としていたのであった。ここでは、連結の事項的範囲・ひいて準拠国法の事項的適用範囲に関して、意見の対立・相違が認識されねばならないであろう。これ自体は、けっして、準拠実質法の解釈問題ではないのである」と指摘する。

65) 前掲注49)最判平成12年1月27日。

66) 久保教授は、久保・前掲注8)138頁以下の先決問題の章において、抵触法の問題を論じ終えた後に、久保・前掲注8)181頁以下の最後の節で別途「法律概念の連絡問題」を論じている。あき場・前掲注64)159頁は、「久保教授の先決問題論は、訴訟地抵触法上の連絡問題たる『いわゆる先決問題』の問題、準拠実質法の解釈たる『本問題の準拠実質法における先決問題の法律概念の決定問題』、およびた〔原文ママ〕代替問題たる『法律概念の連絡問題』、の三要素からなる」と指摘する。

67) 三浦・前掲注47)271頁は、「ヴェングラーは、先決問題のこの中心的問題については何ら論ずることなくして、国際私法上の先決問題をすでに解決した後において論じられるべき準拠実質法の解釈問題に中心において、先決問題を論じたの

5 先決問題の後に残された「等価性の問題」——「相続と養子の事例」の問題の所在

「相続と養子の事例」は、折茂教授によって、フランス破毀院判決とそれをめぐるフランスとドイツの学説とともに、詳しく紹介、検討されている⁶⁹⁾。この折茂教授の学説を中心に、先決問題の後に残された「等価性の問題」がどのように処理されるかを考えてみる。

ところで、折茂教授は、「相続人たるべきものが、はたして被相続人の妻であり、嫡出子であり、養子であるか否かという問題は、それぞれ婚姻、嫡出親子関係、養子縁組などの成立に関するそれ——いわゆる先決問題——であって、おのずからそれぞれ別個の準拋法をもつべきこととなるであろう⁷⁰⁾」とされ、さらに、東京控判明治43年12月26日⁷¹⁾の存在を指摘して、「いわゆる先決問題の準拋法を、相続準拋法所属国の国際私法規定によって指定せんとしたものとみられるが、その正当性は疑わしい⁷²⁾」とされており、折茂教授自身は法廷地国際私法説を支持されているものと思われることは、確認しておく。

(1) 「相続と養子の事例」における「等価性の問題」

・一般論——折茂教授の「等価性の問題」の提起

折茂教授は、相続準拋法への送致範囲と養子縁組準拋法へのそれに関する異論はないであろう原則——「養子なる親族が、はたして相続権をもつものであるかいなかといふことが、純粹の相続問題であつて相続準拋法によつてさだめらるべきものであ⁷³⁾」ること——を確認された後、次のようにいわれ、まさに「等価性の問題」を提起される。

「問題は、相続準拋法が養子に相続権をみとめてゐる場合においては、養子縁組準拋法上、有効に養子たるの身分を取得したものは、そのことのみをもつて、ただちに、すべて、相続準拋法上、相続権を認めらるべきものといひうるであらうかといふことである。⁷⁴⁾」

折茂教授は、「各国法の異質性」にはあまり言及されないが、「実質法上の概念と、国際私法上のそれとの相違」に注意すべきとされ、実質法上の「養子」概念と国際私法上の「養子」概念を比べると、前者の方が狭く後者の方が広いことを指摘されて、「相続資格をかかないといふことについて、相続準拋法による再評価が

である。かくてヴェングラーは、筆者の見解からすれば、先決問題を適応問題と混同して同時に取り扱ったのである」とする。ただし、「筆者は、『代用』が可能であるか否かという一般的な法規解釈の問題として問題を単純に把握すべきではないと思う。『代用』の問題だけでなく、『代用』がどのようになされるかによって、準拋法の解釈が変更を受ける場合であるから、その変更の意義や目的の面に重点が置かれるべきである。『代用』もかく考えれば、適応問題の一つの部面に入れられるべきであろう」としている。折茂豊『国際私法(各論) 新版』(有斐閣, 1972) 428頁の注5)も、「かような問題は、国際私法におけるいわゆる『適応問題(Anpassung, adaptation)』の一環をなすものにほかならない」とする。また、佐藤やよひ『ゼミナール国際私法』(法学書院, 1998) 125-126頁も、「有効に成立した縁組により養子となった者が、本問題準拋法上の『相続権を有する養子』であるか否かは別問題として構成し得るともいえる。法廷地法説ではまさにこれらの問題を分けることができ、後の問題は『適応問題』として処理することができる」とする。溜池・前掲注3)237頁以下も、先決問題の節の次の、適応問題の節の中で「代用」をとり上げている。

68) しかし、本当に先決問題の後に「等価性の問題」が残されていることになるのかは、考える必要のある問題である。本稿IV. 4を参照。

69) 折茂・前掲注47)を参照。

70) 折茂・前掲注67)425-426頁。

71) 東京控判明治43年12月26日新聞700号69頁。

72) 折茂・前掲注67)428頁の注5)。

73) 折茂・前掲注47)国際法外交雑誌42巻4号34頁。

74) 折茂・前掲注47)国際法外交雑誌42巻4号34頁。

なされなければならない」、「かくて、問題は、結局、この点に関するフランスの相続法の規定如何といふこととならう⁷⁵⁾」とされる。そして、フランス実質法の具体的な解釈論へ移られる。

・一般論——折茂教授の学説の「等価性の問題」一般への含意

以上の一般論だけで、「等価性の問題」一般を検討対象とする本稿にとって、折茂教授は決定的な指摘をされている。すなわち、その国でなされているように解釈するという通説的な準拠法解釈方法を前提とし、「等価性の問題」を真剣に受け止める限り、本問題準拠法と先決問題準拠法の接合面で生じる「等価性の問題」については、本問題準拠法上の法律概念に該当するといわなければ法律効果は発生しないといわざるをえないから、各準拠法への具体的送致範囲の解釈的操作によっては、本問題準拠法が閉鎖的に解釈される危険を回避しえない⁷⁶⁾。そして、常に隠れているその危険が現実化したのが、「相続と養子の事例」や冒頭の日立製作所事件最判平成18年10月17日⁷⁷⁾であるということができよう。

・フランス相続法の具体的解釈論

ただし、折茂教授は、「等価性の問題」を正面から論じてはいない。さらに、「もとより、問題の養子縁組が、それ自身としては有効であつてみれば、それから生ずる親族法上の効果は、いずれも、原則として、これをみとめなければならない⁷⁸⁾」とされる。

「相続と養子の事例」においてフランス相続法が問題となったのは相続財産たる不動産の所

在地であったからにすぎず、当事者の本国法はみなインド法であるため、ここでいわれる「親族法上の効果」の準拠法もインド法であることが前提となっていると思われる。しかし、仮に、親族法上の効力の準拠法だけがフランス法であった場合を考えてみると、一体どうなるだろうか。その場合にも、養子縁組準拠法であるインド法上の養子と、養親子関係の効力の準拠法であるフランス法上の養子との間の「等価性」を、折茂教授は肯定する趣旨であるようにも読める。そして、仮に、この「等価性」を折茂教授が肯定していたとしても、それでも「相続と養子の事例」における養子の相続権を否定される折茂教授の結論は揺るがないと思われる。「等価性の問題」と区別しうるその論理は、以下のようものである。

(2) 「準拠法の解釈」が持つ各準拠法への送致範囲への影響

・一般論

折茂教授は、「相続と養子の事例」において、結論としては、「本件の養子はやはり、相続権をもちえないものと解すべきであらう⁷⁹⁾」とされる。そして、次のようにいわれる。

「問題は、いはゆる、国際私法における法律関係性質決定のそれではなく、むしろ相続準拠法たる実質法の解釈問題に帰着するものとかんがへるべきであらう。もしも、しいて法律関係性質決定なることばを用ひるとすれば、ここで問題となつてゐるのは、じつは、相続準拠法たる実質法の内部における法律関係の性質決定に

75) 折茂・前掲注47) 国際法外交雑誌42巻4号37頁。

76) 久保教授も、折茂教授と同旨とみられる。すなわち、久保・前掲注8)182頁は、「前段の本問題の準拠実質私法上の先決問題の法律概念、例えば嫡出子・養子または配偶者の法律概念と、後段の先決問題の準拠実質私法上の先決問題(先決問題自身の立場から見れば本問題となる)の法律概念……が一致しない場合には何れの法律概念によるべきかということがここに問題とするものである。〔改行〕惟うに、この場合に要求されているのは本問題の解決であり、相続権は本問題の準拠実質私法上の相続権が認められている者の法律概念に該当する者のみに認められる道理であるから、準拠実質私法上の法律概念が基礎となり、出発点となつて、これに、次に来る先決問題の準拠実質私法上の法律概念が連絡されるべきである。換言すれば、本問題の準拠実質私法上の法律概念によるものというべきである」とする。また、久保・前掲注8)184頁の注2)も参照。

77) 前掲注1) 最判平成18年10月17日。

78) 折茂・前掲注47) 国際法外交雑誌42巻4号42頁。

79) 折茂・前掲注47) 国際法外交雑誌42巻4号31頁。

すぎないであらう。これを具体的にいへば、すでに嫡出子あるものに養子をなすことを禁ずるフランス民法三四四条が、フランス民法において、単純な養子縁組に関する規定とみらるべきか、あるひは相続に関するそれとみらるべきかといふことであらう。⁸⁰⁾

ここで、折茂教授は、その言葉に反して、むしろ第二段階の性質決定——相続準拋法への具体的送致範囲にフランス民法 344 条が含まれるか否か——と問題を捉えているようにみえる。第二段階の性質決定が、準拋法であるフランス法の解釈によって決まるということは、折茂教授は、国際私法上の法律関係の性質決定は、選択される準拋実質法を基準に決定するべきだという、いわゆる準拋法説を採られているのであろうか。そうではなく、折茂教授も、国際私法上の法律関係の性質は、法廷地の国際私法独自の立場から評価され、決定されるべきとされている⁸¹⁾（法廷地国際私法独自説）。

それでは、どういうことだろうか。折茂教授のいわれていること敷衍してみるならば、次のようになると思われる。相続準拋法への具体的送致範囲を決定するに当たり、法廷地の国際私法独自の立場から評価されるということは、つまり法廷地の国際私法がその評価基準を提供するということだが、その評価の対象となる内容は相続準拋法である実質法の解釈によって提供されることになり、相続準拋法の解釈も送致範囲の結論を左右する。そして、「相続と養子の

事例」に限っては、いかに第二段階の性質決定を行おうとも、言い換えれば、相続準拋法への送致範囲に入る法規範と養子縁組準拋法への送致範囲に入る法規範とを振り分ける評価基準として、採用しうるものの中からいかなる基準を採用したとしても、結論が左右されることはないほど、評価対象の内容を提供する相続準拋法たるフランス法の解釈が、決定的な役割を演じてしまうということである⁸²⁾。

・フランス相続法の具体的解釈論

「問題の養子が、相続権をもつことをさまたげる趣旨の規定が、フランス法にみいだされるものといふべきであらう。それは、じつは、すでに嫡出子あるものに、養子をなすことを禁ずる民法三四四条の規定にほかならぬ。

いふまでもなく、この規定は、養子縁組の要件をさだめた規定である。しかしながら……それは、まさに、相続法的な意味をもつた規定であるものといへやう。すなわち、それは、すでに出生してある嫡出子の相続権をおかさないためにまうけられた規定にほかならないのである。⁸³⁾

以上のように述べられた後、既に出生している嫡出子の相続権を養子縁組によって侵害させないという政策目的を実現するための規定を作るには、嫡出子出生後の養子縁組を禁止する形式と、養子縁組は認めても相続権は否定する形式の二つがあり、どちらの方法をとるかは立法技術の問題にすぎないことを指摘され、折茂教

80) 折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 巻 4 号 32 頁。

81) 折茂豊『国際私法の統一性』(有斐閣, 1955) 251 頁以下を参照。

82) なぜ、折茂教授は、このような誤解を招きやすい表現をされたのか。それは、折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 巻 4 号 32 頁で、「おなじく判旨の結論に賛成するものとはいへ、フランスの学説と、ドイツのそれとは、その問題解決の態度において、ひとつの相違をもつてある。けだし、すでにそれらの学説を考察した際に、あらかじめ指摘しておいたやうに、前者は法律関係の性質決定論から出発せんとするのに対して、後者は問題を、相続準拋法たる実質法の解釈問題としてとりあつかはんとしてあるものだからである」と指摘された後に、折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 巻 4 号 33 頁で、「かくて、フランスの学者においても、問題は結局、相続準拋法たるフランス実質相続法の解釈のそれとしてとりあつかわれてあるものとみうるであらう。すくなくとも、論議の実質についてみればそうである。してみればフランスの学者と、ドイツの学者とのあひだにみられた問題解決の態度に関する相違は、実は表見的なものにとどまるものといはねばならぬ」とされていることが関係していると思われる。すなわち、「相続と養子の事例」において「法律関係の性質決定」の議論をしていたフランスの学説を、ある意味で読み替えて、フランス実質法の解釈に問題の所在があるとする自説に取り込むために、なされた記述だと考えられる。折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 巻 4 号 37 頁も参照。

83) 折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 巻 4 号 38 頁。

授は以下のようにいわれる。

「すでに嫡出子あるものに養子をなすことを禁ずるフランス民法三四四条は、それが養子縁組の要件であると同時に、養子が相続権を有することについての要件でもあるといへやう。してみれば、たとひ、養子の相続権をさだめたフランス民法三五七条そのものが、無条件に養子に相続をみとめてゐたとしても、そのことのみからして、ただちにフランス民法は、養子の相続権をみとめるについて、そこになんらの要件をも課してゐないとするのは、あきらかに早計といはねばならない。もとより、三五七条そのものだけをみれば、フランス民法は、およそ養子にはすべて相続権をみとめてゐるごとくにおもはれるけれども、これじつは、そこでは単に、フランス法上の養子のみが念頭におかれてゐるからにはほかならないのであって、フランス民法全体系の趣旨からみれば、それは決してすべての養子に相続権をみとめるものではなく、縁組当時すでに養親に嫡出子あるにかかはらず養子とせられたものごときは、当然に、その相続権を否定せられねばならないとかがふべきであらう。⁸⁴⁾」

以上の折茂教授のいうところの趣旨は、フランス民法 344 条という一つの法規から、養子縁組の要件についての法規範だけではなく、相続権発生のための特別な条件についての法規範までもが、解釈によって導かれるというものであると考えられる。そして、後者の法規範が存在するとすれば、確かに相続準拠法の送致範囲に入るといわざるをえないだろう。

この解釈が正当か否かという問題自体は、法廷地法の価値観から評価すべきものではなく、まさに通説的な準拠法解釈方法に従って、準拠法所属国の法が抱えている価値観によって評価されるべきであると思われる。当時のフランス法にまで立ち入る余裕はないため、「相続

と養子の事例」における具体的解釈論の検討は、ここでは断念することにした。ただ、一般論としては、そのような相続権発生のための特別な条件についての法規範を導く準拠法解釈も可能であるといわざるをえないだろう。

(3) 「相続と養子の事例」における「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避の試み

「相続と養子の事例」における「等価性の問題」に対して、「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険を完全に回避することは、やはり諦めざるをえないのだろうか。折茂教授の学説を踏まえて、なおもその危険の回避を試みようとする学説がある。次に、その学説をみてもみることにする。

・準拠法の解釈の制限による試み

道垣内教授は、「相続と養子の事例」における、「準拠法の解釈」が持つ「各準拠法への送致範囲」への影響に関して、以下のようにフランス法を解釈すべきとされる。

「フランス相続法上の『養子』を特殊フランス的なものに限るような解釈はとるべきではないと思われる。そのようなことを言い出すと、配偶者にせよ、嫡出子にせよ、すべてはその法秩序の定める要件を具備するものだけを指すということになりかねないからである。国際私法による指定は常に行われているのであって（ポイント□2）、『養子』という概念を相続規定の中で用いる以上、それについての準拠法は自国法ではないかもしれないということは想定されているはずである。したがって、右の例で言えば、三四四条は相続準拠法への送致範囲には含まれないというべきである。⁸⁵⁾」

ただし、道垣内教授は、「仮に右の例で、フランス相続法が単に『養子』という文言を使うのではなく、『嫡出子がないときに被相続人がした養子縁組によって養子となった者』という記述の仕方をしていすると、相続法秩序として正 diệnから嫡出子誕生後の養子の相続権を否定して

84) 折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 巻 4 号 39-40 頁。

85) 道垣内・前掲注 47) 125 頁。

いるので、そのような養子の相続権は否定されるという結論になるであろう……。立法者が外国法による制度と自国法による制度との接合をどうしても阻止したいというのであれば、そのような細かなことまで書き込んだ規定にしておけばよいということになる⁸⁶⁾ともされている。

なぜ、記述の仕方だけが重視され、そのような記述の仕方がされたときと同じ結論を解釈によって導くことは許されないということが出来るのか、それがまさに問題だと思われる。道垣内教授は、当時のフランス実質法の具体的な解釈論を展開されているというよりは、むしろ、自身の共著の教科書の記述——「その外国法が当該外国において現実に適用されている意味内容において適用される⁸⁷⁾」——にもある通説

的な準拠法解釈方法を超えて、法廷地の国際私法の視点から「準拠法の閉鎖的な解釈」を制限すべきことを主張されているといわざるをえないと思われる。しかし、このような一般的な準拠法解釈の制限についての裸の主張は、そのままでは、「準拠法の趣旨の没却」に陥る危険だけでなく、恣意の危険も孕んでいるように思われる⁸⁸⁾。

・「準拠法の閉鎖的な解釈」における各準拠法への送致範囲の恣意的操作の疑惑

石黒教授は、「相続と養子の事例」における折茂教授の学説には、「片や縁組、片や相続という両準拠法への送致範囲を動かして、両準拠法への送致範囲にある種の相互浸透をさせる⁸⁹⁾」混乱があるのではないかと指摘されている。確かに、フランス民法 344 条が養子縁

86) 道垣内・前掲注 47) 125 頁。

87) 澤木ほか・前掲注 3) 56 頁。ただし、共著となる以前の澤木敬郎『国際私法入門 第 3 版』(有斐閣, 1990) 58 頁の記述と全く同じであり、つまり道垣内教授は澤木教授の記述をそのまま受け継いでいる。

88) しかし、西谷祐子「職務発明と外国で特許を受ける権利について」法学 69 巻 5 号 249 頁, 272 頁 (2005) の注 29) によれば、「東京地判平成一六年二月二四日……[味の素事件]……において提出された、二〇〇五年三月七日付けの早稲田大学大学院法務研究科客員教授及び弁護士である道垣内正人教授の鑑定意見書参照。道垣内説は、一般論としては、日本を労務給付地とする従業員の特許を受ける権利には、日本のみならず外国で特許を受ける権利も含まれるとするが、特許法三五条の解釈論としては、非適用説に立たざるをえないと立論するものである」とされているようである。「『特許を受ける権利』という概念を労働法規定の中で用いる以上、それについての準拠法は自国法ではないかもしれないということは想定されているはず」とは、なぜいえないのだろうか。「文言解釈及び特許法の他の規定との関連性を根拠に、同条は、外国で特許を受ける権利には適用されない」(西谷・同 254 頁)ののだとすると、「相続と養子の事例」にしても、フランス民法旧 344 条だけでなく、養子縁組の効果として養子に養親の相続権を認める旧 355 条も、養子の章に存在する規定なのだから、「文言解釈及びフランス民法の養子の章の他の規定との関連性を根拠に、フランス民法旧 355 条は、外国の養子には適用されない」と解釈することすら、可能になってしまうように思われる。「相続と養子の事例」と日本の特許法 35 条で、区別 (distinguish) する理由を示していない道垣内教授の解釈論は、少なくとも理由付けが不十分であるといわざるをえない。もし、両者を区別するのが、特許に関する属地主義の原則の存在であるとされるのであれば、前掲注 26) 最判平成 14 年 9 月 26 日に対する評釈である道垣内正人「判批」平成 14 年度重要判例解説 (ジュリスト臨時増刊 1246 号) 278 頁, 280 頁 (2003) において、「米国外特許法が日本での行為に対して域外適用してくることは我が国の採る属地主義の原則に反し、法例 33 条の公序違反となる」としているが、これも国際私法の構造に対する無理解に基づくものであると言わざるを得ない。というのは、外国法がどのように地域的に適用されるかは、それが『私法』であれば国際私法に委ねられていることであり、日本では日本の国際私法だけが私法の地域的適用関係を定めるのであって、反致を除き、外国の国際私法を適用することはあり得ない……。判旨 2 で特許権の効力を私法上の事項として扱っている以上、米国外法が米国外法上どのような地域的適用範囲を有するかは米国外国際私法上のことであって、日本ではそのことは視野に入らないはずであり (送致範囲に入らない)、そうすると、その点が公序に反するということもあり得ない」とされていること、言い換えれば、属地主義の原則は、抵触法において意味を持つのであって、実質法である日本の特許法への送致範囲には入らないとされていることとの整合性がとれないと思われる。つまり、特許法の 35 条 3 項 4 項以外の規定に関して、その適用範囲を規律するのは国際私法の役割であり、その後の実質法である日本特許法 35 条 3 項 4 項の解釈にあたっては、特許法の 35 条 3 項 4 項以外の規定が外国の特許権には適用がないことは、理由にはならないはずではないか。ただし、実質法は地域的適用範囲を扱わないとする論理自体は、「過度の一般論」(石黒・後掲注 144) 貿易と関税 52 巻 10 号 60 頁。)であることには注意すべきである。例えば、横溝・前掲注 35) 25 頁は、「自己制限的実質法規は、一見自ら国際的適用範囲を決定しているようではあるが、実際には国内実質法秩序の内部で土地に着目して規定に差異をおいているに過ぎないので、準拠法選択規則により選択される範囲に矢張り含まれることになる」とされる。とはいえ、属地主義の原則の抵触法上の意義に関する理解は重要だと思われる。本稿 V. 2 を参照。

89) 石黒・前掲注 43) 398 頁。

組の規定でもあり、相続法の規定でもあるとされる点は、そのような批判を呼んでもおかしくはないように思われる。

しかし、上述のように折茂教授は、フランス民法 344 条から、養子縁組的な法規範と相続法的なその二つの法規範を解釈によって導かれ、前者は養子縁組準拋法の送致範囲、後者は相続準拋法の送致範囲とされているものと理解することが出来る。

また、両準拋法への送致範囲について、相続権を有する者といえるための評価基準は相続準拋法が提供し、その評価対象は身分関係の準拋法が提供するというようにその境界線を考えることが出来るならば、その境界は明確であり、何ら「相互浸透」は起こしていないと思われる。そして、「準拋法の解釈」によって、評価基準・評価対象の内容はそれぞれ確定するから、両者の内容がともに最終的な結論に影響し、相続準拋法の解釈だけで結論が決まるわけではないといえ、相続準拋法の解釈の提供する評価基準が狭いものであれば、相続権が認められる場合がそれだけ減ることは確かである⁹⁰⁾。そして、折茂教授は、評価基準の内容を確定する作業としてのフランス相続法の解釈として、嫡出子のあるときに養子となった者ではないことという相続権発生条件があるとされているのであって、送致範囲を動かしているわけではないと考えることが出来る。

しかし、石黒教授が問題とされているのは、一般的に「準拋法の閉鎖的な解釈」がなされる可能性があるということではなく、具体的な解釈論において「準拋法の閉鎖的な解釈」がなされたときに、そこで各準拋法への送致範囲の恣意的な操作があったためにそのような結論に至ったのではないのか、という疑惑を感じざるをえないことであると思われる。「準拋法の閉鎖的な解釈」の一体何が問題なのかというと、その結論自体の不当性が問題なのではな

く、「準拋法の閉鎖的な解釈」の過程における恣意性こそが問題なのではないか。以上のように、真の問題の所在を明確に捉え直すことが、以後の議論において重要な意味を持つことになる。

・法廷地の国際私法による「等価性」判断の試み

石黒教授は、「後者〔養子縁組〕の準拋法によって創設（または解消）された身分（例えば養子の嫡出子性）を、単に相続準拋法上のそれに相当する身分に適宜あてはめてゆくことになる（それがピタリ符合することは、言葉のレベルではともかく、そもそもはじめから必ずしも期待し得ないが、それはさほど気にせず割り切る）。筆者はそれでよいと考える⁹¹⁾」とされる。

この石黒教授の「割り切る」という見解は、既存の国際私法の解釈・適用過程における法的諸技術の中で、どのように位置づけられるだろうか。これまでの本稿の論証が成り立っているとすれば、既存の法的諸技術を駆使した結果として出てくることではないと考えざるをえない。なぜならば、本問題準拋法と先決問題準拋法の接合面は、成立の準拋法と方式の準拋法の接合面のように完全に分離・独立させることで、方式の準拋法に全てを委ねられるようなものではなく、最後には「養子縁組準拋法のいう養子」が「相続準拋法のいう相続権を持つ養子」に該当するといわなければならない限り、通説的な準拋法の解釈の方法によれば、いくら正当に「各準拋法への送致範囲」を解釈したとしても、準拋法の閉鎖的な解釈の危険を回避することは、不可能と考えられるからである。

そうであるならば、ここでは国際私法における新たな法技術を見出していることになると思われる。それは、端的に、一定の条件の下で、法廷地の国際私法の視点から、国際私法による主体的な「等価性」の判断が可能である、としていると位置づけるしかないように思われる

90) 「等価性の問題」に取り組んだと考えられる米国の判例においては、ここでいうところの評価対象を提供する先決問題準拋法の解釈が、結論を導くのに決定的な役割を果たしたと考えられるものもみられる。前掲注 13)、後掲注 136) を参照。

91) 石黒・前掲注 43) 397 頁。

し、または、そのようなものとして正面から位置づけるべきであるように思われる⁹²⁾。

ただし、本稿のもう一つの目標——「最密接関係法の趣旨の没却」にも陥らない——と両立させるためには、単なる決断で済ますことは当然出来ず、理論的な正当化がなされなければならない。なぜなら、結果的には「準拠法の閉鎖的な解釈」に陥っても、それは最密接関係法の趣旨・価値観・政策を最大限実現しようとしているのであり、送致範囲の枠内でなされる以上、このような「モザイク的規律を行うのが国際私法（狭義の抵触法）の宿命である⁹³⁾」ともいえるはずである。「割り切る」ことが国際私法の宿命だという議論には、少なくとも、さらなる正当化理由が必要になる⁹⁴⁾。

また、折茂教授の学説も、「相続と養子の事例」におけるインド法上の養子と、フランス法上の養子の間の「等価性」については肯定しているとも考えられた。そして、「相続と養子の事例」において決定的だったのは、「等価性の問題」自体ではなく、相続権の発生に特別な条件を要求する別個の法規範がフランス法の解釈として見出せるか否かであった。つまり、仮に、法廷地国際私法の視点から「等価性」を肯定できたとしても、「準拠法の閉鎖的な解釈」を完

全に回避することが出来るわけではないのである。しかし、これは逆に、法廷地国際私法による「等価性」判断を行う枠組みを肯定したとしても、それほど強い薬というわけではなく、その副作用も大きくないということでもあると思われる。

「等価性の問題」に関係するその他の法的諸技術がまだあるので、それを簡単にみてから、この法廷地国際私法による「等価性」判断の枠組みについてより深く考えてみたい。

6 適応問題

(1) 適応問題の理論の目的——モザイク的規律の構造的欠陥

国際私法における適応問題とは、「準拠法の適用の場合に、ひとつの法律関係の準拠法と、それと密接な関連性のある他の法律関係の準拠法とが、異なる国家の法秩序に属する故に、相互の準拠法の文字通りの解釈適用を以てしては矛盾や不調和をまねく場合に、どのように規定を修正して解釈すべきであるかの問題⁹⁵⁾」といわれている。

単一の法秩序内部において、各法的問題の解決の役割を担う各法規範の内容は、その法秩

92) 石黒教授は、いわゆる法定担保物権の準拠法について、債権準拠法と物権準拠法との累積適用説を学説継受的考察から批判され、「物権問題は物権準拠法のみによれば足りる」〔石黒一憲「所謂法定担保物権の準拠法について」海法会誌復刊27号3頁、44頁(1983)〕とされる。そして、日本の累積適用説の成立に大きく関係したフランケンシュタインの学説について、次のようにいわれる。すなわち、「彼は、物権と債権との峻別というドイツ的のドグマの徹底を意図し、物権準拠法にすべてを委ねつつ、その国の法が前提とする原因行為と債権準拠法上予定された原因行為との同質性ないし代替可能性(Gleichwertigkeit)を、専ら前者の側から厳しく精査すべきだ、とした。これは、物権の成立・変動の準拠法(本問題〔主要問題—Hauptfrage〕)と、後述する先決問題(Vorfrage)の準拠法との関係における、1つの立場である。ただし、彼の全体系の中で、常に或る事項につき論ずる際に、その前提となる事項(先決問題)の準拠法の規定内容を、前者(主要問題)の準拠法の側から精査する、という立場が貫かれていたかは疑問である」(石黒・前掲注4)185-186頁。)とされる。また、石黒教授自身の考えとしては「債権と物権とを分けて準拠法選択をする以上、両者の準拠法への送致範囲をはっきりと区別し、単純にその結果を接続して当該物権の成立を判断する(法定担保物権か否か、担保物権か否か、を問わぬ一般的な処理定式と一致させる)」(石黒・前掲注4)183頁。)とされる。本稿のこれまでの議論からすると、法廷地の国際私法による「等価性」判断が可能であることによって初めて石黒教授の立場が成り立ち、それが不可能であるとするフランケンシュタインの学説のような原因行為の「等価性」を物権の準拠法の視点から判断する立場とならざるをえないように思われる。

93) 石黒・前掲注43)399頁。ただし、反対の意味で、つまり「割り切る」ことが宿命だという文脈において使われている。

94) また、石黒・前掲注43)399頁は、「かかる場面でのSubstitution的な処理は、問題を複雑にするだけであって法政策的にも疑問」とされるが、いわば実務的処理の経済効率性だけが実質的な理由だとすれば、たとえば内国公序の維持という使命を勝手に見出した裁判官が、「等価性の問題」が隠れていることを稀貨として、アドホックに過剰反応を起こすのを阻止する力としては、弱いといわざるをえない。

95) 三浦・前掲注47)62頁。

序全体のバランスの中で、他の法規範と役割を分担することによって、初めて妥当な解決を導くといえるものになる。そうすると、国際的事案においては、一応は別個の法的問題とはいえるが、本来は関連性を持つはずの各問題に、別々に準拠法が選択され、異なる国の法規範によって結論が出されることで、全体としては具体的妥当性を欠く結論に至ってしまう可能性がある⁹⁶⁾。

ただし、以上のような国際私法の構造的な欠陥への対処は、もちろん、抵触法や準拠法の一般的な解釈論的(または立法論的)努力の目的・課題でもある⁹⁷⁾。

(2) 適応問題の理論的手段——個別具体的かつ例外的な救済手段

原則的かつ一般的な解釈的努力だけでは限界がある場合に、個別具体的かつ例外的な救済手段——準拠法への送致範囲の個別具体的かつ例外的な操作と、個別具体的な準拠法の解釈の例

外的な修正——をとりうると主張することに、適応問題の理論の存在意義があるものと考えられる。

そこでは、各国の国際私法が不統一であるため、判決の国際的調和の夢を叶えることが出来ない現代国際私法においては、最密接関係法による個別事案の解決の具体的妥当性確保が残された目的であるとされ、モザイク的規律の構造的な欠陥が顕在化した場面では、準拠法の適用によって具体的妥当性が確保されるという予測が破れている以上、「国際私法上の信義則のごとき超越原則⁹⁸⁾」によって例外的な救済手段が与えられるべきであるとされる。すなわち、「適応は、国際私法がその通常的方式をもっては判決の具体的妥当性にいちじるしく妥当性を欠き、その通常的方式をいくぶん修正してもなおかつ達成すべき必要性が認められるところの例外の場合における処置として、公序規定と相並んで認められるべきである。すなわち、公序

96) 例えば、典型例として、以下のようなものが挙げられている。すなわち、「ドイツ人夫婦がスウェーデンに行き、夫がスウェーデンに帰化した後、子を残して無遺言死亡した際、寡婦がドイツの裁判所に財産上の請求をなすとして、ドイツの国際私法上、夫婦の財産関係を規律するのは、婚姻当時の夫の本国法(ドイツ民法施行法一五条)たるドイツ婚姻法であるが、それに依れば、ドイツ法上かかる場合、妻は相続権を持つ故、婚姻法によっては財産上の保護をうけられない。他方、相続関係を規律するのは、被相続人の本国法(ドイツ民法施行法二四条)たるスウェーデン相続法であるが、それに依れば、スウェーデン法上かかる場合、妻は婚姻財産の分与を認められる故、相続権は与えられない。したがって、寡婦はいずれの準拠法によっても何らの財産的保護が得られない」(三浦・前掲注47)319頁)という事案である。

97) 三浦・前掲注47)321頁の注7)を参照。また、たとえば、次の事例を考えてみたい。養親の相続準拠法所属国は、養子は実親の相続人となれるという理由から、養子は養親を相続しないとしていた。一方の実親の相続準拠法所属国は、養子は養親の相続人となれるという理由から、養子は実親を相続しないとしていた。このとき、養子は、養親の相続人となることも、実親の相続人となることもできないのだろうか(三浦・前掲注47)318頁を参照。ただし、三浦教授は、この事例は適応問題ではないとする)。この事例については、実親の相続準拠法上の解釈として、養子は養親の相続人となれるという事情がない場合には、養子は未だ実親の相続人となると解釈する可能性を探求すべきと思われる。同様に、養親の相続準拠法上の解釈として、養子は実親の相続人となれるという事情がない場合には、養子は新たに養親の相続人となると解釈する可能性も探求できると思われる。以上のような解釈を各準拠法が許さないということは、そもそも各準拠法とも養子が養親と実親のどちらの相続人にもなれないという結論を不当とは考えていないということになると思われる。そのような各準拠法の価値判断に対して、法廷地の国際私法の立場から介入する必要性や根拠が見出せるとすれば、それは法廷地の公序に反する事態が生まれる場合の例外的な準拠法適用の排除だけなのではないだろうか。ところで、仮に、両方の準拠法上以上のような解釈が正当であった場合、実親の相続準拠法は、養親の相続準拠法上養子は養親を相続するかどうかを先決問題とすることになり、同様に養親の相続準拠法も、実親の相続準拠法上養子は実親を相続するかどうかを先決問題とすることになり、これによって先決問題の循環が起きてしまい、どちらを先に決めたらよいかわからなくなるという、新たな問題が発生してしまうように思える。この問題に対しては、一つの考え方としては、以下のようなものがあると思われる。養子縁組が成立する以前の状態を基本線と考えて、養子はもともと実親を(将来)相続する権利を持っていたものとして、この権利の消滅の問題から考え始める、つまり、養親の相続準拠法上養子は養親を相続する権利を未だ取得していないことを前提にして、養子が養親を相続する権利を取得するまでは実親の相続準拠法上他の者の養子となった子ではあるが例外的に実親を相続する権利は消滅しないことになり、一方、養子は実親の相続人となれるままであるから養親の相続準拠法上養子が養親を相続する権利を例外的に取得するということはない、という考え方である。

98) 三浦・前掲注47)290頁。

は連結の取り戻しにより、適応は連結の修正と実質規定の変更とにより、国際私法の目的たる実質私法的正義の再建につとめるものと言えよう⁹⁹⁾とされている¹⁰⁰⁾。

そして、「法廷地裁判官の主観によって恣意的に準拠法の法規修正がなされることによって解決される¹⁰¹⁾」といった救済手段の濫用を防ぐために、適応問題を理論化する——具体的な作業としては、適応問題の処理に当たって指針として働く一般的諸原則の提示と適応現象の類型化を行う——ことが試みられている^{102) 103)}。

(3) 適応問題と「等価性の問題」

本稿の検討対象である「等価性の問題」を、適応問題の一つであると位置づける学説も多くみられる¹⁰⁴⁾。確かに、「等価性の問題」は国際私法におけるモザイク的規律の宿命とはいえるが、それが構造的な欠陥とまでいえるかどうか、そもそも検討されなければならない。そして、そのために、原則的かつ一般的な解釈論的努力を突き詰めると結論はどうなるのか、その結論が孕む問題は何か、その問題はどのような価値判断に基づいて、どのように、そしてどこまで解決されるべきなのか、を論じているつもりである本稿の問題意識に対しては、適応問題

の理論は答えをくれないように思われる。

また、前述の「相続と養子の事例」について、三浦教授は、次のようにいわれる。

「二つの準拠法の不一致の調和の問題としての適応問題の発生を考慮しなければならないと思う。もとより、概念の連絡が困難なく行われれば、その限りでは単なる法規調整（代用）が行われたに過ぎないのであり、いまだ適応の問題は生じないのであるが、すでに右の如き困難が発生し準拠法の修正的な適用が問題とされるに至って適応の問題となることは言うまでもない。かかる問題に際しての解決は本問題上の概念が基準となる。したがって、上述の如き事例については、相続権を伴う養子概念の中には、嫡出子のない場合の養子という条件が伴うものであるから、養子準拠法上の養子概念はこの条件をとみなわぬ限り、そのまま連絡するわけには行かない。その養子概念は相続効果を伴わぬものとして連絡されざるを得ないのである。そこに適応が行われると解する。すなわち、養子準拠法上の養子概念には後続的效果が否定され、相続準拠法上の養子概念においては、先決的条件が脱落せしめられて両準拠法が連絡する

99) 三浦・前掲注 47) 290 頁。

100) このような個別具体的かつ例外的な救済手段を肯定するものとして、山田・前掲注 3) 166 頁、溜池・前掲注 3) 236 頁、木棚ほか・前掲注 3) 78 頁〔木棚〕、櫻田・前掲注 3) 136 頁を参照。ただし、石黒・前掲注 4) 213 頁以下は、「表見的な適応（調整）問題」と区別した上で、「真の適応（調整）問題」が存在することは認めるが、「裁判官にフリーハンドを与えることに近い結果をもたらす実質法的調整は、極力排除せねばならない」（石黒・前掲注 4) 214 頁）とする。道垣内・前掲注 47) 133 頁は、「現在の国際私法のもとでは、異なる準拠法の接合によって論理矛盾が生じない限り（7(3)参照）、その当否は云々せず、受け容れるほかないのである」とする。そこでいわれている論理矛盾として、「法例一七条が子の出生当時の『夫婦ノ一方ノ本国法』により嫡出子とされれば嫡出子とすると定めているため、理論上、ある子が誰の嫡出子かは世界中の夫婦の本国法を適応してみることになり、離婚後 X 日目に生まれた子について、A 国法によれば離婚した夫婦の嫡出子とみなされ、B 国法によれば、その後に母が再婚した新しい配偶者との間の嫡出子であるとみなされることが生じ得る……。……国際私法の責任で何とか秩序を与えなければならないが、法例にはその解決を導く手がかりとなる規定は何ら存在しない。そのため、まさに条理として、立法者になり代わって、何れかの適用結果を優先させる決断をするほかないであろう（立法的解決が図られるべき問題である）」（道垣内・前掲注 47) 138 頁）とされる。石黒・前掲注 4) 214 頁以下が例として挙げる「真の適応（調整）問題」も、婚姻に伴う夫婦の氏の問題について人格権説をとることを前提に、夫婦のそれぞれの氏の準拠法が夫婦別氏と同氏に分れている状況下で、両者の氏を変更しないまま婚姻が成立してしまった場合に、同氏を強制されるはずの一方配偶者の氏について処理が不能になる可能性があるという、論理的不整合といえるようなものである。神前ほか・前掲注 3) 36 頁〔元永〕は、「あくまで、『衝突の可能性を回避』するという観点から一般的になされるべきである」とし、個別具体的かつ例外的な救済手段には否定的である。

101) 三浦・前掲注 47) 304 頁。

102) 一般原則の提示については、三浦・前掲注 47) 303 頁以下を参照。

103) 類型化については、三浦・前掲注 47) 304, 306 頁以下を参照。

104) 前掲注 67) を参照。

点に、準拠法適用の修正が存する故である。¹⁰⁵⁾

ここで、三浦教授は、どこまでを原則的な解釈論的努力の帰結とされているのか不明確だが、最後は具体的妥当性の要請から準拠法の解釈を例外的に修正して、「相続と養子の事例」における養子の相続権を否定すべきとされているようである。三浦教授が妥当と考えられている結論は、「準拠法の閉鎖的な解釈」を問題視する本稿がまさに妥当か否かを問うているものである。恣意性こそが「等価性の問題」における最大の敵であり、真の問題の所在だとするならば、まさに恣意性を最大の理論的難点として抱える適応問題と位置づけることによって、何の解決も図れないどころか、かえって有害ではないだろうか。

以上のように、適応問題の理論の目的——モザイク的規律の構造的欠陥——は、「等価性の問題」一般の検討にとっても非常に示唆的であるが、適応問題の理論の手段——個別具体的かつ例外的な救済手段——は、「等価性の問題」へのアプローチとしては不適切だろう^{106) 107)}。

7 準拠法の変更

(1) 準拠法の変更と「転置」

準拠法の変更の問題¹⁰⁸⁾としてここで論じたことは、連結点の所在を基礎付ける事実に変更があり、連結点の所在地が変更されることによって、その生活事実関係を規律する準拠法にも変更があった場合に生じる問題である。さらに、その中でも、既に成立している旧準拠法上

の権利・法律関係が、新準拠法上どのように扱われるかという問題に限って、簡単に論じたい。

例えば、法の適用に関する通則法 13 条 2 項は、物権及びその他の登記をすべき権利について、「権利の得喪は、その原因となる事実が完成した当時におけるその目的物の所在地法による」とするが、その後、目的物が国境を越えて移動し、その所在地に変更があった場合には、その権利は新たな「その目的物の所在地法による」(13 条 1 項) ことになる。このとき、既に成立している旧所在地法上の物権を、新所在地法上の物権に置き換えてその効力を与えなければならないとされる。これは講学上「転置 (Transposition)」と呼ばれるが¹⁰⁹⁾、そこにあるのは、まさに「等価性の問題」である。

そして、本稿の問題意識にとって重要なのは、この「転置」は、新所在地法の視点から判断されるのか、言い換えれば、旧所在地法上のある物権に対しては新所在地法上のこの物権と同一に扱うとか、同じ効力を与えるとかいった、新所在地法上の実質法規範を発見する作業、つまり新所在地法の解釈の問題にすぎないのか、ということである。これを、「国際私法自体の立場から判断すべきである¹¹⁰⁾」とする見解もあるが、多くの学説は、明確ではないものの、本稿がこれまで論じてきたように、準拠法である新所在地法の解釈の問題と位置づけているのではないかと思われる。

また、「転置」がなされた後にも、新所在地法が個々の効力発生のために特に条件を要求する場合にはその条件を具備する必要があるとされ¹¹¹⁾、その条件を具備するまではその物権は

105) 三浦・前掲注 47) 312 頁。

106) 石黒・前掲注 4) 187 頁、217 頁以下を参照。

107) 仮に何らかの手段が必要であるとすれば、別の手段である国際私法による等価性判断の方がより適切な手段であると考えている、と本稿を位置づけることもできるかもしれない。

108) 法律変更または準拠法変更の問題一般については、久保・前掲注 8) 185 頁以下、ノイハウス (櫻田訳)・前掲注 12) 302 頁以下を参照。

109) 詳しくは、榎崎みどり「ドイツ国際物権法における非占有動産担保権の渉外的効力について——いわゆる『転置 (Transposition)』の実証的・理論的検討——」法学新報 105 巻 6・7 号 317 頁 (1999) を参照。

110) 山田・前掲注 3) 306-307 頁。

111) 山田・前掲注 3) 307 頁、溜池・前掲注 3) 347 頁、櫻田・前掲注 3) 190 頁、澤木ほか・前掲注 3) 271 頁、神前ほか・前掲注 3) 198 頁を参照。

成立してはいるけれど、いわば休止状態にあることになる」とされている。例として、旧所在地法上占有を要しない動産担保権が、新所在地法上の占有を要する動産担保権、例えば日本の民法 352 条以下の動産質権に「転置」された場合には、占有を備えることが効力発生要件とされる¹¹²⁾。

(2) 準拠法の変更と本稿のこれまでの議論との関係

以上は、旧所在地法上の物権の成立が先決問題となり、新所在地法上の物権の効力が本問題となって、本問題の準拠法である新所在地法の解釈として、旧所在地法上成立した物権と新所在地法上の物権の間の「等価性」が問題となり(転置)、「等価性」が肯定された後にも、本問題準拠法たる新所在地法が個々の効力の発生に特別な条件を要求していないかが問題となる、と理解することが出来る¹¹³⁾。つまり、本稿が「相続と養子の事例」を例としてこれまで先決問題における処理を論じてきたところの、一般的な枠組みの中で捉えることのできる問題であると考えられる。成立の準拠法と効力の準拠法の関係については、国際私法による「等価性」判断の構造を考える上での出発点として、後に詳しく論じたい¹¹⁴⁾。

8 まとめ

「等価性の問題」とは、準拠法の解釈として、準拠法が「等価性」を認めているか否かという

問題であるとされている。そして、本問題準拠法上の法律概念と、先決問題準拠法上の法律概念の間の「等価性」が問題となった場合には、それが本問題準拠法が等価性を認めているか否かという本問題準拠法の解釈の問題であるとすると、伝統的かつ原則的な国際私法の解釈論的努力によっては、「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険を完全に回避することはできない。なぜならば、本問題準拠法上の要件となっている本問題準拠法上の法律概念に該当するといえなければ、法律効果の発生を認めることはできないといわざるをえないからである。ただし、仮に、そこで、国際私法の視点からの「割り切り」によって「等価性」を肯定できたとしても、「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険は未だ残る。「等価性の問題」と区別された、本問題準拠法が「等価性」と並んで、または別に要求する、個々の効力発生のための特別な条件があるか否かの問題があるからである。以上が、準拠法選択・適用過程を構成する法的諸技術と、それらによる「等価性の問題」の解決をここまで論じて来て得られた、本稿の結論である。

以上の結論を前にして、本稿は何をするべきだろうか。最密接関係法である「準拠法の趣旨」を尊重すれば、「準拠法の閉鎖的な解釈」の結論を不当と断じてしまうことには躊躇がある。しかし、「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされる過程には、実は恣意が働いているのではないかと強く疑われる。「準拠法の閉鎖的な解釈」の問題点は、結論の不当性にあると考えるより

112) そのような「転置」がなされた場合には、その権利者は、日本の民法 353 条(質物の占有の回復)のいう「質物の占有を奪われたとき」の動産質権者と同じに扱われ、「占有回収の訴えによってのみ、その質物を回復することができる」ということになるのであろうか。そもそも、占有を要しない動産担保権を、日本の民法上の動産質権に「転置」することの合理性自体が問われるべきだと思われる。榑崎・前掲注 109) 328 頁は、『占有を要件としない』動産担保権が、どこまで『質権』としてとらえられてよいか、という問題が内包されている。……外国動産担保権を安易に無意味なものにする解釈は、国際取引の円滑性を考慮すると、慎まれるべきであろう」とする。また、榑崎・前掲注 109) 415 頁は、「外国の非占有担保権を、わが国の動産質権以外の、いずれかの非占有担保権(例えば動産譲渡担保)に転置させれば、こうした占有要件から解放されると考える立場もあろう」と指摘している。ただし、榑崎准教授は、転置の基準である「機能的等価」を明確にし、そのような一般的な基準による解決を志向されているようである。後述する、本稿の国際私法による「等価性」判断についても、その基準を明らかにするという重要な課題があるはずであるが、筆者の力の限界から、棚上げにさせていただくことをご容赦いただきたい。

113) ただし、先決問題と先行問題を区別するべきとする学説があることについて、前掲注 56) 参照。

114) 本稿 IV. 2 (1) を参照。

も、過程における恣意性にあると考えるべきだろう。そして、この恣意性の問題を乗り越えるためには、「等価性の問題」を法廷地の国際私法の手に乗ねるという方法が有効ではないだろうか¹¹⁵⁾。

本稿は、これまで、国際私法における「等価性」がどのように探求されるかを問題としてきた。しかし、ここで、いわば発想の転換をしてみたい。すなわち、法廷地の国際私法によって「等価性」判断を行うという手段を用いることができないうか、できるとすると準拠法の解釈の過程にどのような影響があるのか、ということの問題として、以下では論じていきたい。

IV. 国際私法による「等価性」判断

1 国際私法による「等価性」判断の基盤

(1) 法規を国際私法の対象とする立場の基盤としての「抵触法的な等価性」

いわゆるサヴィニー型の伝統的な国際私法の立場とは違って、国際私法の対象を法規と考える立場がある¹¹⁶⁾。その立場からすると、ある国際的生活事実関係に対して、関係する複数の国の法規の下でそれぞれ法律関係が一応別個のものとして存在しているということを前提として、その競合する複数の法律関係の中からどれか一つを選ぶことが、国際私法の任務ということになる¹¹⁷⁾。このような準拠実質法規定の要件を具備することによって発生する法律効果として、法律関係が成立したといわれるときの、この法律関係というものについて、説明の便宜

のために、「実質法上の法律関係」と呼ぶことにしたい。「相続と養子の事例」に即していえば、養子縁組の準拠法としてインド法が適用されるということは、次のことを意味する。すなわち、インド法の下で成立した「実質法上の法律関係」としてのインド法上の養親子関係と、フランス法の下で成立するかもしれない「実質法上の法律関係」としてのフランス法上の養親子関係が並存・競合する状態に対して、フランス法上の養親子関係ではなく、インド法上の養親子関係が選択されたということである。

ここで考えなければいけないことは、なぜ、どちらかの「実質法上の法律関係」を選択する必要があったのか、または、なぜ、どちらかを選択することが許容されたのか、ということである。どちらか一方を選択する必要のない場合と対比してみよう。ある人の犯罪事実に対して、インド国が彼（女）に対して刑罰権を持つ関係と、フランス国が彼（女）に対して刑罰権を持つ関係から、どちらかを選択するということは、各国の政治的な判断としてはなされうるだろうが、(抵触)法の判断としてはなされない。この場合は、インド国とフランス国とで刑罰権を持つ主体が違う点是指摘できるから、いわば一回の不法行為によって損害を被った二人の者が、一人の不法行為者に対してそれぞれ損害賠償請求権を持つ各「実質法上の法律関係」と同じことだ、といえるのかもしれない。しかし、国際私法の対象を法規と考える立場からすると、二つの「実質法上の法律関係」が別個・独立のものなのは、養親子関係の場合においてもいえることであり、法律関係が別個・独立だからというだけでは説明が足りない¹¹⁸⁾。とにか

115) 後掲注126)を参照。

116) 現代日本の国際私法は、このような立場には立たず、伝統的なサヴィニー型国際私法の立場に立っている。にもかかわらず、この立場を検討することの意味は、「等価性の問題」と国際私法のそもそもの存立基盤との関係が、この立場においてより鮮明に見えてくると考えたからである。

117) 佐藤・前掲注50)238頁、佐藤・前掲注67)125頁を参照。

118) なぜならば、養親子関係と婚姻関係が別個の法律関係であるのと同じように、インド法上の養親子関係とフランス法上の養親子関係とはそもそも全く性質の異なるものであり、ただ養親子の関係にある者同士が婚姻できないように、それぞれの養親子関係に基づいて扶養料の請求ができるとすると事実上の二重取りになると評価される場合などの、競合させるべきでない具体的な状況が発生したときに、一方の養親子関係を規律する法上、その養親子関係の効果を制限する要素として、両者の関係を問題にすればよい、とする国際的な養親子関係についての法秩序も構想しうるはずであるのに、やはり準

く、ここでは、内国の持つ刑罰権は、外国の持つ刑罰権によって取って替えることは出来ず、いわば抵触法的には「等価」なものとは評価できないことを指摘しておきたい。

翻って、同一の二当事者間の養親子関係のような民事法に属する「実質法上の法律関係」の場合に、どちらか一方を選択すればよいとされていることの意味を考えてみると、各国の刑罰権や課税権のように「抵触法的な等価性」が否定される場合とは異なって、二つの「実質法上の法律関係」の間の「抵触法的な等価性」が肯定されて、どちらか一方による「代替」が可能であると考えられているからだ、といえるのではないだろうか。つまり、準拠法を選択することは、各国法の下で成立するそれぞれの「実質法上の法律関係」の間の「等価性」を認め、最も密接な関係のある準拠法の下で成立した「実質法上の法律関係」ただ一つによって「代替」させることを意味していることになる。ここでは、各国法の異質性を究極的な出発点としつつも、準拠法を選択するという価値判断によって、各国法の異質性に対していわば「割り切る」ことがなされているといえるだろう。

(2) サヴィニー型の国際私法の基盤としての「抵触法的な等価性」

これに対して、いわゆるサヴィニー型の伝統的な国際私法の体系においては、ある生活事実関係の中に、ただ一つの「法律関係」が見出され、その「法律関係」にとっての、サヴィニーの言い方からすると「本拠 (Sitz)」のある国、現代国際私法の言い方では「最も密接な関係を有する地」を探求して、その「法律関係」はその国の法が規律するのだと考える。国際的な生活事実関係の中から、唯一の「法律関係」を見出し(性質決定)、その本拠を探ることによって(連結点の所在の確定)、規律すべき国の法が判明し(準拠法の選択)、具体的な適用法規も決まることになって(準拠法への具体的送致範囲)、実質法の適用ができるようになる(準拠法の適

用)。以上の過程を規律するのが国際私法の任務ということになる。

このように、国際私法の対象を法規と考える立場との考え方の違いはある。しかし、あらゆる国の法の中からただ一つの法を準拠法として選択するという構造には、同様に、各国法の異質性に対して「割り切る」という価値判断が内在しているといえるのではないだろうか。そもそも、各国の法規の適用範囲を出発点とすることをやめて、各国法が異質であるにもかかわらず、それを捨象した普遍的な「法律関係」に出発点を転換したということに、各国法の法制度の間の「抵触法的な等価性」を肯定する価値判断が含まれていると考えることができるのではないだろうか。

以上のように、国際私法よりも上位の次元において、「抵触法的な等価性」が肯定されていることを基盤として、国際私法は成り立っている。そして、この「抵触法的な等価性」における価値判断が、国際私法のそもそもの存立基盤としてだけではなく、国際私法の内部における法的技術としての国際私法による「等価性」判断を要請する基盤ともなると、考えられるのではないだろうか。

(3) 「法律関係」の同一性と「実質法上の法律関係」の「等価性」

ここでいう「法律関係」という概念は、「実質法上の法律関係」とは次元の異なる概念である。また、サヴィニーのいう「法律関係」とは、要件事実の存在をきっかけとして初めて発生する、事実とは別個の、目には見えない法的な世界にだけ属する、抽象的な存在ではないと考えられる。

「サヴィニーによると、個々の権利は、それだけで考察の対象となるものではない。個々の権利は、その基礎を『法律関係』にもつ。ここから個々の権利が導かれるのである。発生した権利だけを個別的に見るのは形式主義的であ

拠法を選択すべきだと考えられているからである。実は、準拠法を選択すべきか否かということも、決して自明ではなく、実質的な価値判断の問題であると考えられる。

る。そうではなくて、その根底にある普遍的なもの、つまり、その法律関係に即して、個々の権利を考察しなければならない。また、サヴィニーのいう法律関係は、抽象的なものではなく、『生き生きとした』、『有機的な』ものとされる¹¹⁹⁾。

「法律関係」とは、個々の権利の基礎であり、その根底にある、普遍的なものであって、抽象的なものではなく、生き生きとした、有機的なものである。サヴィニー型の国際私法においては、このようなそれ自体として意味を持つ「法律関係」の存在が、国際的生活事実関係の中にまず見出されるのであり、準拠実質法はそれに具体的な形を与えるにすぎないものといえるだろう。サヴィニーのいう「法律関係」は、事実とは区別された法律効果というよりも、むしろ生活事実関係と密着したものだと思われ、法的な意味を持つ生活事実関係と言換えてもよいのではないかと思われる¹²⁰⁾。

以上のような「法律関係」について、それを規律する法はどこかの国の法かということを探求するのが準拠法選択であり、「法律関係」のそもそもの法的な成否はもちろんだが、その具体的な形はそれを規律する準拠法によって決まる。その結果、同じ性質を持つ「法律関係」でも、その具体的な形については、それが規律される準拠法ごとに、多種多様なものに分れうることになる。しかし、その区別の根拠は「法律関係」の実体にあるわけではなく、いわば、それらの「法律関係」の存在する場所——サヴィニーのいう「法律関係」の「本拠」——が違っているだけであって、その結果、同じ性質の「法律関係」に対して、違う「実質法上の法律関係」

がその具体的な形として与えられるということにすぎない。

「等価性」の判断において問題となっているのは、各「実質法上の法律関係」の間の「等価性」である。このとき、「法律関係」に対して与えられた具体的な形の違いに惑わされることなく、「法律関係」そのものの同一性に眼を向けるべきではないだろうか。そして、国際的生活事実関係の全体の中から、国際私法上のある性質を持った「法律関係」として全体の中から切り取られたとき、その同一の「法律関係」の具体的な形として与えられうる各「実質法上の法律関係」の間の「等価性」と「代替可能性」は、「法律関係」の同一性を根拠として、肯定されていると考えるべきではないだろうか。

2 国際私法による「等価性」判断の構造

(1) 成立の準拠法と効力の準拠法の関係について

・成立と効力の各準拠法への送致範囲

サヴィニーの考えるように、「法律関係」とそこから導かれる「個々の権利」を区別して考えてみると、まず、「法律関係」の法的な成否については、成立の準拠法の送致範囲に入る。また、ある二つの「法律関係」が国際私法上同じ性質を有すると評価されたとしても、同じ準拠法の下においても、その準拠法がその具体的な形として異なる「実質法上の法律関係」を与えているということが多い。例えば、国際私法上、いわゆる物権の問題と性質決定されたときに、その準拠法上は様々な物権の類型が用意されている。ただし、ここで物権と表現しているもの、

119) 赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂, 1995) 10頁。

120) まず重要なことは、「個々の権利」と「法律関係」とが区別して考えられているということである。そして、「法律関係」とは、法規が与える「個々の権利」を全て集めて束にしたにすぎないものではなく、それ以上の内容を持っているのである。さらに、普遍的で、具体的で生き生きとした有機的なものであるとされていることから、各国実質法によって初めてその存在が与えられるにすぎないようなものではなく、それ自体として豊かな内容を持つものとして考えられていると思われる。そうすると、「法律関係」の内容はそれ自体として既に具体性のあるものといえるのであり、「法律関係」に対して、選択された準拠法が「実質法上の法律関係」を規定することで与えようとするところのものについては、所詮は比喩に過ぎないことではあるが、その「形」と表現するべきではないかと思われる。

例えば物の所有権は、「個々の権利」——例えば、妨害排除請求権など——とは区別された、その源泉となる「実質法上の法律関係」であると考えられるべきだろう。このとき、「法律関係」に対して、どの「実質法上の法律関係」が具体的形として与えられるのかという問題も、成立の準拠法の送致範囲に入る。

これに対して、効力の準拠法の送致範囲には、「法律関係」の法的な成立を前提（先決問題）として、その「法律関係」の具体的形である「実質法上の法律関係」に対応して、どのような条件の下でどのような「個々の権利」が導かれるか、という問題が入ってくることになると思われる。

・効力の準拠法における創造的な解釈の必要性と不可避的な法の欠缺

効力の準拠法の適用の場面で、効力の準拠法は、その内容として、あらゆる他の国の法が成立の準拠法となる場合を予定して、あらゆる他の国の法上の「実質法上の法律関係」に対応する規定を用意しておかなければならないといえるだろうか¹²¹⁾。理想論としては、成立の準拠法と分断されてしまうにもかかわらず、効力の準拠法に規律を委ねた法廷地の国際私法の趣旨は、効力の準拠法があらゆる他の国の法上の「実質法上の法律関係」に対応する規定を用意していることによって、初めて実現されるといえる。しかし、現実には、そのような要求を準拠法に対してすることは、不可能を強いることといわざるを得ない。

それでは、どうすればよいか。一つには、あらかじめ規定しておくことは不可能だとしても、効力の準拠法に対して解釈による実質的な法創造を要求することが考えられる。例えば、旧所在地法上の物権から新所在地法上の物権へ

の「転置」の必要性について、次のようなことがいわれている。

「転置というプロセスは、動産担保権の渉外的効力を判断するためにつねに行わなければならないのか。理論的には、既得物権の効力を新所在地法に委ねる以上、新所在地法が外国動産担保権の渉外的効力について自国物権への転置、すなわち、自国類型の貫徹を求めているかどうかを、考える必要があるのではないか。……物権法定主義をとる国でも、例えば外国物権の内国牽連性が希薄であることを理由に、内国物権への転置を求めずに、当該外国法上の効力をそのまま認めることも、理論的には考えられないわけではない。¹²²⁾」

以上の見解は、成立の準拠法所属国の効力に関する規定をその内容として、あらゆる他の国の法上の「実質法上の法律関係」に対応する効力準拠法上の法規範が、自生的に創造される仕組みが効力の準拠法によって用意されることになるような、効力準拠法の解釈の可能性を指摘したものと理解できる。このような自生的な法創造を実現する解釈を導くことは困難だったとしても、パッチワーク的にある他国法上の「実質法上の法律関係」に対応する法規範を解釈によって実質的に創造すること——例えば、類推適用——がなされることは十分あるだろうし、パッチワーク的な法創造が積み重ねられて一般的な処理原則——例えば、「転置」——に昇華されることもあるだろう。しかし、これらは準拠法がいわば自発的に法廷地の国際私法の困難な要求に応じてくれる場合であって、準拠法が法の欠缺を放置する事態も理論的には避けることはできない¹²³⁾。

121) 効力の準拠法は、どのような「個々の権利」をどのような条件によって発生させるのかということについての法規範を、それぞれの「実質法上の法律関係」の違いごとに持っていなければならないことになる。しかし、各国法上の「実質法上の法律関係」の等価性を前提としないとすると、「実質法上の法律関係」は成立の準拠法が違うごとに無数に存在することになる。その結果、あらゆる成立の準拠法が規定する「実質法上の法律関係」の数だけ、効力の準拠法は法規範を用意しなければならないことになる。しかも、全ての効力の準拠法がその数を用意してくれない限り、つまり期待にこたえてくれない準拠法が一つでもあれば、そこに法の欠缺が生じてしまうのである。

122) 植崎・前掲注109)326-327頁。

・効力の準拠法上の法欠缺を補充する手段としての国際私法による「等価性」判断

このような事態の発生は、成立と効力の準拠法を分断させた法廷地の国際私法の責任に起因するものであって、法廷地の国際私法によって、効力準拠法の規定の補充、またはその代替手段の用意がなされなければならないと考えられる。この必要性に答えるものとして、法廷地の国際私法による「等価性」判断という手段を提案することができる。つまり、法廷地の国際私法が、問題となっている成立準拠法上の「実質法上の法律関係」について、効力準拠法上の「実質法上の法律関係」の中のどれか一つと「等価」なもののみならず、同じ規定が適用されることとするのである¹²⁴⁾。

・効力の準拠法に法の欠缺がない場合と国際私法による「等価性」判断

例えば、日本を動産所在地として成立した「日本法上の譲渡担保権」について、その動産が新所在地に国境を越えて移動した後に、物権の効力の準拠法である新所在地法が、日本法上の効力をそのまま認めた場合を考えてみる。この場合には、新所在地法上の物権の一類型として、「日本法上成立した譲渡担保権」というものが存在するとみることができる。このときに、物

権の成立準拠法上の「実質法上の法律関係」の一類型である「日本法上の譲渡担保権」と、効力準拠法である新所在地法上の「実質法上の法律関係」の一類型と考えられる「日本法上成立した譲渡担保権」の間に、「等価性の問題」を仮に設定してみたとしても、思考過程にワンクッションはさむことの無駄が生じるだけであって、両者の「等価性」は国際私法によってそのまま肯定されるだけであるから、結論に変わりはない。このように、国際私法による「等価性」判断を、効力準拠法上の法の欠缺を補充する必要のある場合だけでなく、常に行われるものだと観念したとしても、特に問題は起こらないと思われる。なぜなら、その代わりに、どのような「実質法上の法律関係」を明文または不文で設定するかは、効力準拠法が自由に決定することができるため、効力準拠法の望む結論を歪めることはないからである。以上からして、国際私法による「等価性」判断は、常に行われるものとも考えることも許されると思われる。そうすると、いってみれば、効力準拠法があらかじめ自由に用意したメニューの中から、法廷地の国際私法が「等価」と考えるもの一つを選ぶという形になるのである¹²⁵⁾。

123) 外国法不明の場合の処理と準拠法上の法の欠缺の関係は微妙であるが、一応区別して考えるべきことにつき、神前禎「準拠外国法の『不明』をめぐる」法学協会雑誌 107 巻 6 号 999 頁 (1990) を参照。

124) つまり、国際私法による「等価性」判断がなされることによって、上記のような法の欠缺の可能性はなくなると考えられる。なぜならば、効力の準拠は、あらゆる外国法上成立した「実質法上の法律関係」の内国実質法上の取り扱いについて定めておく必要はなくなり、内国法上成立した「実質法上の法律関係」の内国実質法上の取り扱いさえ定められていれば、外国法上成立した「実質法上の法律関係」については、その定められているもののうちのどれかと同じ扱いがされることになるからである。そして、一体どれと同じ扱いをするのかということについては、法廷地の国際私法が決めることになる、ということである。

125) 準拠法とその解釈には、どのような「実質法上の法律関係」の類型が存在するのかという問題が依然として委ねられ、いわば法廷地国際私法がその中から等価なものを選ぶためのメニューを用意することになる。この点で、国際私法による等価性判断がなされたとしても、それは準拠法の解釈における営為に完全に取って代わったり、その営為を妨げたりするようなものではない。なぜならば、法の欠缺が原則通り準拠法の解釈によって埋められる場合には、効力の準拠法の規定する「実質法上の法律関係」の中に、外国法上成立した「実質法上の法律関係」の受け皿となるために作られた特別な類型が存在するものとして考えればよいからである。その結果、外国実質法上規定され成立した「実質法上の法律関係」と、内国実質法上規定されているこの特別な類型の「実質法上の法律関係」との間の等価性が、法廷地の国際私法によってそのまま認められることになるだろう。このように考える余地が残されていることによって、最終的な価値判断を委ねられている準拠法の望む結論を曲げることはないと考えられる（さらに、準拠法の解釈には、「個々の権利」発生のための特別な条件の問題もまだ残されている）。このように準拠法の解釈における営為を阻害することなく、それでいて、準拠法の解釈が法の欠缺を放置する非常時に不可欠な役割を果たせるからこそ、国際私法による「等価性」判断という新たな法技術は、手段として非常に優れたものであるといえると思われる。

・効力の準拠法の価値判断による閉鎖的な結論について

また、「実質法上の法律関係」について、どのような条件の下で、どのような「個々の権利」を発生させるかの問題は、完全に効力準拠法への送致範囲に入ることであり、効力準拠法が自由に決することができる。そうであるとすると、外国法上成立した「実質法上の法律関係」に対して、その受け皿として特定の「個々の権利」については生じさせないような特別な「実質法上の法律関係」を設けたり、「個々の権利」の発生条件として事実上内外差別になるような特別な条件を設けたりすることで、効力の準拠法は閉鎖的な結論を採用することが出来る。これは、最も密接な関係を有する法である準拠法の価値判断である限り、また、法廷地の公序に反しない限り（法の適用に関する通則法 42 条）、受け入れざるをえない結論だと思われる。そして、そのような効力準拠法の価値判断は、明文でなされる場合だけでなく、解釈によってなされる場合があることも、認めざるをえないだろう。

・効力の準拠法の閉鎖的な解釈と恣意性の問題

しかし、重大な問題は、そのような「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされる危険がある場合に、法廷地裁判官の恣意が入り込まないようにするには、どうしたらよいかということにある。「法

律関係」の成立を無に帰させるような「実質法上の法律関係」——例えば、「個々の権利」を何も発生させないようなもの——を効力準拠法上の一つの類型とするような解釈や、内国法上の「実質法上の法律関係」には適用されることはない、外国法上のそれを狙い撃ちしたような「個々の権利」の発生条件を設けるような解釈は、疑わしいといえる。疑わしい区別や条件については、その実質的な理由が示されなければならないだろう。ただし、その準拠法所属国における法解釈方法に従うべきことからすると、言換えれば、その準拠法所属国の価値判断に従うべきことからすると、それにも限界があるといわざるをえない。

とはいえ、準拠法の解釈について、いわば質的な制限——例えば、閉鎖的な結論を直接禁止すること——は「準拠法の趣旨の没却」に陥る恐れがあるため、いわば量的な制限——例えば、各準拠法への送致範囲の明確化——にとどめるべきことを前提として、「等価性の問題」について、これを準拠法の解釈の問題とせず、法廷地の国際私法の下に確保しておくことは、準拠法の解釈における恣意防止のための量的な制限としての機能を果たすことができると考えられ、十分合理性があるものといえるのではないだろうか¹²⁶⁾。

126) 「個々の権利」発生のための特別な条件によって「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされた場合に、国際私法によって肯定された「等価性」が不正な解釈をチェックする基準となることで、準拠法の解釈の正統性と信頼性を確保することができる。それはどういうことかという、たとえ結論としては、その「実質法上の法律関係」が内国法上成立した場合にはある「個々の権利」が与えられ、外国法上成立した場合には与えられないことがほとんどであったとしても、国際私法によって「等価性」が肯定されることによって、両者に課される「個々の権利」発生のための条件自体は同じものとなり、その限りでは両者は同じ扱いを平等に受けているといえることができる。そして、このように同じ一般的な規範に服することの帰結として、外国法上成立したものに対してだけでなく、内国法上成立したものに対しても普遍主義的な制約が効いてくることになるのである。つまり、ある「実質法上の法律関係」で内国法上成立したものがその条件を満たさないような事態が、通常はあまり考えられないのかもしれないが仮に起こったときには、外国法上成立したものと同じように、その「個々の権利」については与えないという結論になるはずであり、そのような結論を受忍する覚悟があつて初めて、「準拠法の閉鎖的な解釈」が行われたはずなのである。もしそうでなければ、その解釈は、正義に反するダブル・スタンダードであるという批判を免れない。以上を、「準拠法の閉鎖的な解釈」における正統性と信頼性の確保の必要性という視点から照らしてみると、ある「実質法上の法律関係」について、それが内国法上適法に成立したものであったとしても、そのような条件を満たさない場合には問題となっている「個々の権利」は与えられないと考えた場合にのみ、解釈者は「準拠法の閉鎖的な解釈」を行うことができると考えられる。そして、このように内国法上成立したものまでもが制約される場合があるということであれば、その解釈が恣意的であるという批判は、かなりの程度弱められるといえる。つまり、法廷地の国際私法によって「等価性」が認められることを前提として、内国法上成立したものと外国法上成立したものとが同じ条件に服しており、前者についてもその条件を満たさない場合があることが現実的なこととして論じられるならば、その「準拠法の閉鎖的な解釈」は正統といえ

(2) 本問題の準拠法と先決問題の準拠法の関係について

成立と効力の各準拠法の関係は、いわゆる本問題と先決問題の関係にあると考えられる。しかし、以上で論じてきた成立と効力の各準拠法の関係が、本問題と先決問題の各準拠法の関係一般にそのまま当てはまるわけではない。「法律関係」の成立が先決問題となっている点は変わらないが、「法律関係」の効力が本問題ではない場合には、二つの準拠法間の共同作業的な性格は弱くなる。例えば、先決問題準拠法上成立した「実質法上の法律関係」に対して、本問題の準拠法が、本問題に限っては「個々の権利」を何も与えなかったとしても、それだけでは疑わしい区別であると考えすることはできない。なぜならば、純粹国内事案においても、先決問題準拠法への送致範囲に入るような法規において用いられている特定の法律概念と、本問題準拠法への送致範囲に入るような法規において用いられている特定の法律概念とは、たとえ同じ言葉が用いられていたとしても、両者の意味は異なると解釈される可能性があり（概念の相対性）、本問題と同じ準拠法によって成立が肯定された「実質法上の法律関係」ですら、本問題に限っては「個々の権利」を何も与えられていないということもありえることだからである。

しかし、「抵触法的な等価性」が認められる内外の「実質法上の法律関係」に対して、本問

題準拠法が異なる扱いをしているならば、それは疑わしい区別といえるだろう。ここでも、先決問題の準拠法上成立が肯定された「実質法上の法律関係」については、本問題準拠法所属国の法上の「実質法上の法律関係」の中のどれかと「抵触法的な等価性」が国際私法によって認められると考えるべきである。そして、前者と後者は同じ扱いを受けるべきであって、本問題の準拠法によって前者に対して「個々の権利」が何も与えられないとすれば、それは後者に対しても与えられない限りにおいて、つまり単一法秩序内にも存在する概念の相対性の範囲内においてであると考えべきだろう¹²⁷⁾。

(3) 「相続と養子の事例」再論

以上は、「相続と養子の事例」における結論を、直接左右することになるわけではない。なぜならば、折茂教授の学説も、インド法上の養子とフランス法上のそれとの間の「抵触法的な等価性」は認めつつも、本問題準拠法であるフランス相続法上の相続権発生条件として、養子となったときに養親に嫡出子がいなかったこと、という条件が要求されていると理解することができたからである。

そして、この場合の効力発生条件の疑わしさについては、微妙なところであると思われる。フランス法を養子縁組準拠法として成立した養親子関係については、同じ条件が既に養親子関係の成立の要件とされているから、このような効力発生条件を満たしていないものは通常は考

るものとなり、一応信頼しうるものとなるのである。

127) これまでの議論では、「等価性の問題」と「個々の権利」発生のための特別な条件の問題とを区別してきた。つまり、後者の問題については、法律概念の内容の問題という形では捉えて来なかったが、そう捉えるか捉えないかは見方（または説明の仕方）の問題に過ぎないと思われる。これまでは、このような特殊な見方を利用して考えを明確に整理して来たわけだが、ここでは敢えて、後者についても法律概念の内容の問題という形で捉え直してみることにしたい。そうすると、次のようになる。「相続と養子の事例」について言えば、最終的に得たい結論は、〈インド法上の養子〉と〈フランス法上の相続権を持つ養子〉との間の「等価性の問題」である。しかし、これを直接、一足飛びに問うべきではない。そうしてしまうと、問題は一気に難解になってしまうからである。そこで、まず〈インド法上の養子〉と〈フランス法上の養子縁組問題における養子〉——フランス法上の実質法規範の中で、仮に国際私法上の第二段階の性質決定がなされたならば、養子縁組準拠法の送致範囲に入ってくることになる法規範において規定されているフランス法上の養子——との間の「等価性」が問われることになる。そして、ここでは国際私法による「等価性」判断がなされることによって、「等価性」を肯定することができる。次に、〈フランス法上の養子縁組問題における養子〉と〈フランス法上の相続権を持つ養子〉との間の「等価性の問題」が問われることになる。そしてここで問われることは、外国の法律概念が関わって来るような難問ではなく、一国の法秩序内において通常生じる概念の相対性の問題であるということである。このように、〈フランス法上の養子縁組問題における養子〉を中継として用いることによって、より正確な概念の連絡が可能になっているといえるのではないだろうか。

えられず、外国法を養子縁組準拠法として成立した養親子関係を狙い撃ちした条件ではないかとも疑われる。そして、疑わしいとされる理由がそのようなものであるとすると、このような効力発生条件を満たしていないけれども、フランス法を養子縁組準拠法として成立してしまった養親子関係というものを想定してみるという思考実験が有益ではないかと思われる。

例えば、対世効を持った判決によって、フランス法上の養親子関係の成立が肯定されてしまっていたが、養親の相続権を争う訴訟において、縁組ときに養親に実は嫡出子があったことが認定された場合を考えてみよう。その嫡出親子関係成立の先決問題として、婚姻または離婚の有効性が争われており、その判断が裁判所ごとに分れた（争点効は働かない）ということであれば、多少は現実味のある教室設例といえるのではないかと思われる。折茂教授の学説によれば、この場合のフランス法上の養親子関係についても、養親子関係の無効または遡及的な取消しを待つまでもなく、フランス法上の相続権が否定されなければならない。これを肯定し、インド法上の養子の相続権だけを否定するような法解釈は、普遍化不可能な内外差別といわざるをえず、「正義への企て」としての「法」の解釈とはいえないと強く推定される¹²⁸⁾。逆にいえば、いわば「他者に課した制限に自らも拘束される」という覚悟をもって、裁判官が法を解釈するのであれば、インド法上の養子の相続権を否定する解釈も、正当なものであるように思われる。

そして、以上のような覚悟を要求された上で、どちらの道を選択するかということが、準拠法であるフランス法の価値判断に委ねられた問題ということになるだろう。

3 国際私法による「等価性」判断の射程

(1) 国際私法による「等価性」判断の射程の一般論

法廷地の国際私法による「等価性」判断は、その基盤を、民事法上の「法律関係」に限って、準拠法を選択するという決断をしたときに、その決断に内在していた「法律関係」の「抵触法的な等価性」を肯定する価値判断に持つ。また、その構造は、「法律関係」の成立の準拠法が「実質法上の法律関係」の成立を肯定した後で、その「実質法上の法律関係」が他の国の法の下で問題となったときには、当該他国法上の「実質法上の法律関係」の中のどれか一つのもので、法廷地の国際私法によって「等価性」が認められ、その後は、その「等価性」を認められた当該他国法上の「実質法上の法律関係」と同じ条件に従って同じ取り扱いを受ける、というものである。そうであるとする、国際私法による「等価性」判断の射程または限界としては、国際私法によって準拠法が選択されて成立が認められた「実質法上の法律関係」と、本問題の準拠法で前提問題となっている「実質法上の法律関係」の間の「等価性の問題」に限って、法廷地の国際私法の視点から、法廷地国際私法が主体的に「等価性」を肯定できるということにあると考えられる。

(2) 国際私法による「等価性」判断の射程の具体例

そうすると、その射程外の事項としては、以下のようなものが考えられる。例えば、内外の公証人、裁判所、身分戸籍吏の行為や、弁護士過誤訴訟において守秘義務の存否が問題となったときの国などによる弁護士資格の付与といった、「内外国家行為」の間の「等価性の問題」は、それらは準拠法選択の対象である「法律関係」ではないから、国際私法による「等価性」判断ではなく、それらを要件として要求する各準拠

128) 井上・前掲注31)19頁以下の二重基準についての記述を参照。

法の視点から、各準拠法の純粋な解釈問題として、要件事実の存否の判断がなされることになる。

また、内縁の準拠法をめぐる議論が非常に興味深いものとして見えてくると思われる。内縁について、「法律上問題となるのは不当破棄や相続の局面であり、それぞれ、不法行為の準拠法（通則法一七条・二〇条・二一条・二二条）、相続の準拠法（三六条）によれば足りると解される。……そのような関係にある者の保護の問題は、それぞれの局面に適用される準拠法の判断に委ねるべきであり、通則法上に存在しない婚約や内縁という単位法律関係にあたるか否かをあえて問題とすることは適当でない¹²⁹⁾」とする説¹³⁰⁾に対して、多数説は内縁という身分を国際私法上の独立の「法律関係」と考えて、その成立の準拠法を選択するとしている¹³¹⁾。本稿の立場からすると、両説の間の決定的な違いは、各国法上のいわゆる内縁に対応する「実質法上の法律関係」の間の「等価性」を肯定するか否か、つまり国際私法による「等価性」判断の射程が及ぶか否かにあると考えられる¹³²⁾。国際私法による「等価性」判断の射程が及ぶとすれば、つまり多数説をとった場合には、内縁の成立が先決問題となって、その後、内縁の不当破棄——内縁の効力の問題と性質決定する以

外にも、不法行為の問題と性質決定することも可能だと思われる——や相続などのあらゆる本問題の準拠法上、本問題準拠法所属国の内縁と同じものと（法廷地の国際私法によって）みなされ、同じ条件に服して同じ扱いを受けることになる。国際私法による「等価性」判断の射程が及ばないとすれば、不法行為や相続の問題の準拠法が、要件の一つとして内縁を要求している場合に、その内縁関係があるかどうかは、不法行為や相続の準拠法の解釈問題であるということになり、本問題ごとに、ある国の法のところの内縁であるとされたり、別の国の法のところの内縁ではないとされたりすることになる。

さらに、「多数説のいう内縁に登録パートナーシップが含まれるとすることは可能であると思われる¹³³⁾」とする学説があるが、本稿の立場からこの学説に従うとすると、登録パートナーシップに関する規定を欠く現行の日本法上は、司法による実質的な法創造によって登録パートナーシップに関する日本法上の法規範を見出さないのであれば、外国法上の登録パートナーシップは日本法上の内縁と同じものとして扱われ、その不当破棄や相続における問題に解答が与えられるということになると考えられる^{134) 135) 136)}。

129) 澤木ほか・前掲注3)118頁。

130) 河野俊行「判批」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選』（有斐閣、2004）114頁、115頁もこの立場に賛成する。

131) 山田・前掲注3)442頁、溜池・前掲注3)482頁、木棚ほか・前掲注3)191頁、神前ほか・前掲注3)174頁を参照。

132) 法例の改正をめぐる議論において、婚約・内縁・婚姻外の登録パートナーシップについて新たな規定を設けるべきかが検討されていたが〔法例研究会『法例の見直しに関する諸問題（4）』別冊NBL 89号（商事法務、2004）52頁以下〔中西康〕を参照。〕、そこでは、「実務上最も問題となるのはその不当破棄の場合における損害賠償の問題であるので、これについて、現行法の少数説（内縁を独立の問題として準拠法を考えるのではなく、それが問題となる個々の問題、ここでは不法行為の準拠法による説）と、現行法の多数説である内縁を独立の問題として身分関係の一つとして準拠法を考えていく説とで、結論がどの程度異なるかを整理してみる」（法例研究会・同63-64頁）として、もっぱら連結点がどう違ってくるかを検討している。説によっては内縁の成立が先決問題となることは指摘されているものの、結果的に準拠法が違わなければ意味がないと考えているのだとすると、そのような平面的な理解では、本稿の立場からは物足りないものが感じられる。

133) 林貴美「同性カップルに対する法的保護の現代的動向と国際私法」国際私法年報6号138頁、152頁（2004）。

134) ただし、前掲注49)最判平成12年1月27日は、「旧法例一七条によれば、子が嫡出かどうかはその出生当時の母の夫の本国法によって定めるとされており、同条はその文言上出生という事実により嫡出性を取得する嫡出親子関係の成立についてその準拠法を定める規定であると解される。そうすると、出生以外の事由により嫡出性を取得する場合の嫡出親子関係の成立については、旧法例は準拠法決定のための規定を欠いていることになるが、同条を類推適用し、嫡出性を取得する原因となるべき事実が完成した当時の母の夫の本国法によって定めるのが相当である」としており、「出生という事実により嫡出性を取得する嫡出親子関係の成立」と「出生以外の事由により嫡出性を取得する場合の嫡出親子関係の成立」とを、別個の「法律関係」と位置付けているようにもみえるが、両者は事柄の性質上連結点を異にするだけで、両者の間の「等価

4 「等価性」の判示としての最判平成12年1月27日

最判平成12年1月27日¹³⁷⁾の判示を、視点を変えて、もう一度引用してみたい。

「渉外的な法律関係において、ある一つの法律問題（本問題）を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その

前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合、その前提問題は、本問題の準拠法によるのではなく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである。」（傍点筆者）

最判平成12年1月27日¹³⁸⁾は、先決問題である身分関係準拠法と本問題である相続準拠法が異なることになった当事者については、そ

性」は肯定されると考えるべきであると思われる。

135) 現代における同性婚や登録パートナーシップなどをめぐる各国の立法動向は、「等価性の問題」に対して、難問を投げかけることになるとと思われる。神前ほか・前掲注3)174-175頁〔神前〕は、「この点について外国では、成立と効力、解消といった問題に分けることなく、全て成立の準拠法によって判断する例が見られる。これらの関係においては各国法の類似性あるいは交換可能性といった、婚姻には妥当する前提がなく、成立の準拠法と効力等の準拠法を別に解することは困難であろう。また、成立の準拠法と効力の準拠法とを別とする場合、効力の準拠法上婚姻あるいはそれに類似する制度が複数存在する場合そのいずれを適用するのかの判断が困難となるという事情もある。もっぱら成立の準拠法によるとしているのはそういった理由によるのであろう」と指摘している。しかし、少なくとも相続権の有無については相続問題と性質決定せざるをえず、同性婚や登録パートナーシップを国際私法上の「法律関係」と考える限り、先決問題準拠法と本問題準拠法を常に一致させることはできないと思われる。

136) 同性婚の是非が重大な政治問題となっている米国において、婚姻 (marriage) と "civil union" の間の「等価性」を否定したと考えられる判例として、ジョージア州の控訴裁判所における *Burns v. Burns*, 253 Ga. App. 600, 560 S.E.2d 47 (Ga. App. 2002) がある。この事案においては、まず離婚がなされ、三人の子供につき、夫を監護権者とし、妻には面会権があるとされたが、その後、面会権を修正する裁判所の同意判決 (consent order) が出された。そこでは、「何れの当事者も、法的な婚姻相手または二親等以内の親族ではない成人と、同棲または同宿している間は、子供と面会も同居も禁止する。((t) here shall be no visitation nor residence by the children with either party during any time where such party cohabits with or has overnight stays with any adult to which such party is not legally married or to whom party is not related within the second degree.)」とされていた。その後、元妻は連れ女性とヴァーモント州へ行き、「civil union の認可証明書 (LICENSE AND CERTIFICATE OF CIVIL UNION)」を得た。そして、元妻が女性の愛人と同棲している間に面会権を行使したのが、裁判所の命令に違反するとして、元夫が裁判所侮辱を申し立てた (filed a motion for contempt)。これに対して、元妻は、"civil union" がなされたから、法的な婚姻の要求には従っていると反論した。裁判所は、以下のように判示した。元妻と連れ女性、ヴァーモントで婚姻したのではなく、代わりに "civil union" の関係に入った。ヴァーモント州の法律は、定義の節で、婚姻——法的に承認された男女の結合——と "civil union" ——この章に従って二人の適格者の間に設定された関係——を明示的に区別する。次の節ではこの区別を強調し、適格者は同性であるため本州の婚姻法から排除された者でなければならないことを要求している。実際に、ヴァーモント "civil union" 法の制定に付随する立法機関の調査研究は、"civil union" のシステムは婚姻の地位を与えるものではない、としていた。さらに、仮にヴァーモント州が同性婚を合法化していたとしても、法廷地ジョージア州においては同性婚は公序に反するため承認できないとされており、「十分な信頼と信用 (full faith and credit)」を与える必要もない〔連邦婚姻擁護法 (28 U.S.C. § 1738C) 参照〕。元妻のプライバシー侵害の主張は、同意判決の形成過程における彼女の役割を無視している。そのような権利が仮に存在したとしても、彼女が同意判決に同意したときに放棄されている。実際に、もし彼女が "civil union" が婚姻と同じように認められることを確保したかったら、同意判決自体の中にその趣旨の文言を入れておかなければならない。元妻とその連れ女性、ヴァーモント州において法的に婚姻していないし、ジョージア州法下でも明らかに法的に婚姻していないのだから、元妻の行為は同意判決に違反し、(裁判所) 侮辱にあたる。ジョージア州最高裁判所によって、2002年7月15日、裁量上訴 (certiorari) の申立も却下されている (2002 Ga. LEXIS 626)。以上においては、いわば日本の国際私法における先決問題準拠法に相当するヴァーモント州法の解釈も、結論を導くにあたって重要な論拠とされていると考えられる。また、他州の同性婚の承認拒絶を認める連邦の婚姻擁護法 [Defense of Marriage Act (DOMA)] について、"civil union" や "domestic partnership" を結んだ者に対して、その違憲性を争う適格 (constitutional standing) があるか否かが争われた訴訟においても、婚姻との「等価性の問題」が提起されている。例えば、*Bishop v. Okla. ex rel. Edmondson*, 447 F. Supp. 2d 1239; 2006 U.S. Dist. LEXIS 58107 を参照。ここでもヴァーモント州の "civil union" は婚姻として扱われないことを理由に、原告には連邦婚姻擁護法 § 2 を争う適格はないとされた。

137) 前掲注 49) 最判平成12年1月27日。

138) 前掲注 49) 最判平成12年1月27日。

もそも先決問題の準拠法である日本法によって親子関係の成立が否定されてしまい、両準拠法がともに韓国籍となった当事者については継母子関係の成立と相続権がともに認められた事案であり、結論を導くために「等価性の問題」を検討する必要はなかった。そのため、いわゆる先決問題の後に残された「等価性の問題」について、最高裁が意識して判示したのかは疑わしい。最判平成12年1月27日¹³⁹⁾は、いわゆる先決問題をめぐる論点に対して、いわゆる本問題準拠実質法説をも否定しているが、ここでなされた本問題準拠実質法説の否定が、その後の「等価性の問題」の不発生までも含意していると即断してしまうことは安易というべきかもしれない¹⁴⁰⁾。とはいえ、文理の上では、本問題準拠法上の前提問題は、いわゆる先決問題の「準拠法によって解決」までもがなされてしまうとされており、その後に「等価性の問題」は発生しないとしていると読むことも不可能ではないと思われる。本稿の立場からその理由を補うとすれば、それは国際私法による「等価性」判断がなされるからだということになる。

そして、以上のように、先決問題の「準拠法によって解決」することが可能な場合については、一定の限定がなされているということが出来る。すなわち、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」に限られるということである。逆にいえば、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」ではない場合については、「本問題の準拠法による」解決がなされる、つまりは国際私法による「等価性」判断はなされず、「等価性の問題」は準拠法の解釈の問題になる、ということになるのではないと思われる。

以上のように、最判平成12年1月27日¹⁴¹⁾

は、本稿が論じてきた国際私法による「等価性」判断の構造や、射程または限界と整合的なものとして理解することができると思われる。

5 まとめ

第一に、国際私法による「等価性」判断をなぜ行うことができるのかについて議論した。

その最大の根拠は、狭義の国際私法、すなわち準拠法選択という法技術が、そもそもあらゆる国の法の間「等価性」と代替可能性を前提として成り立っているということである。言い換えると、あらゆる国の法の間「等価性」を認めるという価値判断がなされて初めて、その中から準拠法を選択するという発想が生まれると考えられるのである。そして、この準拠法を選択するという価値判断に内在する「等価性」を、本稿が議論の対象としてきた各準拠法の規定する「実質法上の法律関係」の間「等価性の問題」に対しても、適用することができないだろうか。

第二に、国際私法による「等価性」判断がどのようなものかについて議論した。

ほとんどの国の法は外国法との接合までを予定して作られてはいないため、法の欠缺ともいえる状況が不可避免的に生じるが、それはモザイク的規律を行おうとする法廷地国際私法にも責任の一端がある。そうであるとすると、第一次的に法の欠缺を埋める役割を果たす準拠法の解釈以外にも、準拠法の解釈における営為を阻害しない範囲内で、法廷地の国際私法においてもその役割を果たす法技術的枠組を用意しておくべきではないだろうか。国際私法による「等価性」判断は、この役割をうまく果たすことができると考えられる。すなわち、モザイク的規律を宿命とする国際私法において、あらゆる二つ

139) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

140) 調査官解説である尾島・前掲注62)202頁-203頁は、「本問題準拠法説は、『先決問題は、本問題準拠法を適用する過程で生ずる問題であるから、本問題準拠法のみを適用すればよい。』という立場である。簡明な考え方であるが、現在その支持者はない。先決問題は、本問題準拠法所属国でも涉外事件としてその国の国際私法によって準拠法が決まるはずであるから、単純に本問題準拠法を適用すればよいというわけにはいかないからである」とする。

141) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

の異なる国の法と法との間の優れたインターフェイスの役割を、国際私法による「等価性」判断は果たすことができる。なぜならば、法域の数だけ存在する外国法上の法律概念をそれぞれのように扱うかという難問に頭を悩ませる必要がなくなり、それらと等価な内国法上の概念の扱いだけを考え、同じ扱いをすれば済むことになるからである。そしてその際に、準拠法の解釈として法律効果発生のための特別な条件の有無の問題が残されているため、準拠法の望む結論を曲げることもないからである。

またそれだけではなく、国際私法による「等価性」判断は、「個々の権利」発生のための特別な条件について「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされた場合に、内国法上成立した「実質法上の法律関係」もそれと同じ条件に服して同じ扱いを受けるといふ普遍主義的な制約がかかってくるという意味で、不正な解釈をチェックする基準を提供することができる。別の見方をすれば、その準拠法解釈の正統性と信頼性を確保することにも資するといえるのである。「準拠法の閉鎖的な解釈」の真の問題の所在が解釈の恣意性にあるとするならば、これは特に重要であると思われる。

第三に、国際私法による「等価性」判断は、どのような場合になされ、どのような場合になされないのかについて議論した。これについては、上の二つの議論の帰結として、国際私法上の単位法律関係を構成している場合であるということになる。言い換えると、国際私法によって成立の準拠法が選択されて、その結果として成立が認められる「実質法上の法律関係」に対して、それと等価なものがあらゆる準拠外国法において必ず一つずつ存在する、ということになる。一方、国際私法による「等価性」判断がなされない場合とは、内外国家行為の間の「等価性」が問題となった場合などの、成立の準拠法が選択されて成立が認められる「実質法上の法律関係」ではなく、ただ効力の準拠法の法律

効果発生要件としてのみ意味を持つ法律概念の「等価性」の場合である。この場合には、その法律概念を要件として要求する準拠法の解釈として、「等価性」が探求されることになる。

第四に、国際私法による「等価性」判断と、既存の国際私法についての判例理論との整合性について指摘した。特に、最判平成12年1月27日¹⁴²⁾と国際私法による「等価性」判断とは、より整合的に理解することができるのである。

V. 結びに代えて

1 結びにあたって

本稿の国際私法による「等価性」判断の枠組みについての論証は、読まれた方が満足されるようなレベルのものとはとてもいえないだろう。しかし、この筆者の未熟さ故のものとは別に、準拠法の解釈に委ねられるとされてきた「等価性の問題」に対して、法廷地の国際私法が何かをしなければならないのではないかと、それは国際私法の存立基盤とも関係するのではないかとという「問い」自体の持つ重要性——これは、「相続と養子の事例」における「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険を回避する試みの必要性を見出す論者との間で共有されている「問い」であると筆者は信じている——を受け止めていただけたならば、本稿の目的は果たせたのではないかと思う。

さて、本稿のこれまでの検討を前提として、本稿の問題意識の出発点であり、冒頭で紹介したにもかかわらずそのままにしてある日立製作所事件最判平成18年10月17日¹⁴³⁾に対する簡単な分析を加えて、本稿の結びに代えることにしたい。

142) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

143) 前掲注1) 最判平成18年10月17日。

2 準拠法の選択と解釈との交錯と最判平成 18 年 10 月 17 日

(1) 特許独立の原則、属地主義の原則の抵触法上の意義

「我が国の特許法が外国の特許又は特許を受ける権利について直接規律するものではないことは明らかであり（……工業所有権の保護に関する 1883 年 3 月 20 日のパリ条約 4 条の 2 参照）」、そのことから考えなければならないことは、準拠法選択において特許の保護国法を選択しなければならないということである。「特許法 35 条 1 項及び 2 項にいう『特許を受ける権利』が我が国の特許を受ける権利」にしか適用がないことは準拠法選択によって担保されるべきことであって、準拠実質法の解釈として「特許法 35 条 1 項及び 2 項にいう『特許を受ける権利』が我が国の特許を受ける権利を指すものと解」する必要は全くなかったと思われる。残念ながら、特許独立の原則と属地主義の原則が準拠法選択に対して持つ意味——抵触法上の意義——についての、最高裁の理解の甘さが、ここでも引き継がれてしまっており、議論の出発点からつまづいてしまっているといわざるをえない¹⁴⁴⁾。

BBS 並行輸入事件最判平成 9 年 7 月 1 日¹⁴⁵⁾において判示された、特許に関する属地主義の

定義——「各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められる」——は、その後のカードリーダー事件最判平成 14 年 9 月 26 日¹⁴⁶⁾に一字一句変わらず受け継がれ、下級審裁判例も文理上それに従っている。そして、上記の定義は、権利関係を規律する法についての前半部分と、効力の領域限定についての後半部分に、一応は分けて考えることができる。本来は、この定義の後半部分の効力の領域限定についても、特許の保護国法——その保護の要求された領域の法——を準拠法とするという、抵触法上の意義がある。ただし、残念ながらカードリーダー事件最判平成 14 年 9 月 26 日¹⁴⁷⁾においては、その抵触法上の意義は見出されることなく、属地主義の原則は実質法の一つである日本の特許法の採用する実質法上の原則にすぎないものであるかのような判示がなされてしまった¹⁴⁸⁾。しかし、権利関係の規律についての定義の前半部分については、抵触法上の意義を持つことを、日立製作所事件最判平成 18 年 10 月 17 日¹⁴⁹⁾自身が認めているのである。すなわち、日立製作所事件最判平成 18 年 10 月 17 日は以下のように判示している。

「なお、譲渡の対象となる特許を受ける権利

144) 石黒一憲「米国特許権に基づく日本国内での行為の差止めの可否とパリ条約——わが最高裁・学説の混乱した理論の克服といわゆる属地主義（特許独立の原則）——（上・中 - I・中 - II・中 - III・中 - IV・中 - V・中 - VI・下）」貿易と関税 52 巻 3 号 58 頁，52 巻 4 号 56 頁，52 巻 5 号 51 頁，52 巻 6 号 55 頁，52 巻 7 号 51 頁，52 巻 8 号 54 頁，52 巻 9 号 52 頁，52 巻 10 号 56 頁〔石黒一憲『国境を越える知的財産—サイバースペースへの道程と属地主義』（信山社，2005）所収〕を参照。

145) 最判平成 9 年 7 月 1 日民集 51 巻 6 号 2299 頁。

146) 前掲注 26) 最判平成 14 年 9 月 26 日。

147) 前掲注 26) 最判平成 14 年 9 月 26 日。

148) すなわち、「我が国は、特許権について前記属地主義の原則を採用しており、これによれば、各国の特許権は当該国の領域内においてのみ効力を有するにもかかわらず、本件米国特許権に基づき我が国における行為の差止め等を認めることは、本件米国特許権の効力をその領域外である我が国に及ぼすのと実質的に同一の結果を生ずることになって、我が国の採る属地主義の原則に反するものであり、また、我が国とアメリカ合衆国との間で互いに相手国の特許権の効力を自国においても認めるべき旨を定めた条約も存しないから、本件米国特許権侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことに米国特許法を適用した結果我が国内での行為の差止め又は我が国内にある物の廃棄を命ずることは、我が国の特許法秩序の基本理念と相いれないというべきである。〔改行〕したがって、米国特許法の上記各規定を適用して被上告人に差止め又は廃棄を命ずることは、法例 33 条にいう我が国の公の秩序に反するものと解するのが相当であるから、米国特許法の上記各規定は適用しない」とされていた。

149) 前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日。

が諸外国においてどのように取り扱われ、どのような効力を有するののかという問題については、譲渡当事者間における譲渡の原因関係の問題と区別して考えるべきであり、その準拠法は、特許権についての属地主義の原則に照らし、当該特許を受ける権利に基づいて特許権が登録される国の法律であると解するのが相当である。¹⁵⁰⁾ (傍点筆者)

属地主義の原則の根拠がどこにあるのかについては、学説も諸説に分れている¹⁵¹⁾。ただし、それは、最高裁の定義の後半部分の効力の領域限定についての議論であって、定義の前半部分の権利関係の規律が、パリ条約4条の2の定める特許独立の原則にその根拠があることは明らかと思われ、むしろ特許独立の原則そのものといえるかもしれない。つまり、最高裁の立場か

らしても、特許独立の原則は抵触法上の意義を持つものとして、理解されるはずなのである。

(2) 準拠法の解釈としての特許法35条の解釈

特許独立の原則により、準拠法選択において特許の保護国法が適用されるため、特許法35条1項2項が外国の「特許を受ける権利」に適用されないことになるのであって、準拠実質法の解釈として、日本の特許法35条1項2項がいう「特許を受ける権利」の文言が、日本の「特許を受ける権利」に限られていると解釈する必要はない。同様に、準拠法である特許法35条3項4項5項の解釈として、そこでいう「特許を受ける権利」とは、日本の「特許を受ける権利」に文理上限られると解釈する必要もない¹⁵²⁾。そう解釈する利点もないと思われる。

また、仮に、日本の特許法が、日本の特許（を受ける権利）だけ規律するという、実質法とし

150) 前掲注1) 最判平成18年10月17日民集60巻8号2857頁。特許の保護国法を準拠法として選択すべきことの根拠として、属地主義の原則を援用しており、属地主義の原則に抵触法上の意義を見出している最高裁の判示として、注目すべきであることを重ねて強調しておきたい。

151) 特許についての属地主義の原則の根拠については、パリ条約2条の内国民待遇の原則から導かれるとする見解、パリ条約4条の2の特許独立の原則のコロラリーとする見解(石黒・前掲注144)を参照。)、パリ条約の暗黙の前提とする見解(木棚照一「国際的な知的財産紛争の準拠法」L&T16号53頁(2002)を参照)、パリ条約成立以前からのいわゆる公法の属地主義の原則と同じ国家実行に沿革があるとする見解(横溝・前掲注35)を参照)などがある。

152) 西谷・前掲注88)は、前掲注1)日立製作所事件最判平成18年10月17日に鑑定意見書として提出されたそうである(西谷・前掲注88)269頁)。そこでは、「わが国の実定法規である特許法三五条三項の解釈論としては、従業者の対価請求権は、わが国で特許を受ける権利だけを規律対象としているものと解される。理論的観点からも、職務発明における従業者の対価請求権又は補償請求権は、特定の特許を受ける権利の使用者への譲渡又は原始的帰属を原因として法律上発生する請求権であると見ることができ、当該権利を規律する各国法によるべき問題である」(西谷・前掲注88)264頁)とし、実質法である日本の特許法の35条3項の解釈論を展開しているのか、国際私法上の性質決定について論証しているのか、理解に苦しむ。この結論を導く理由として西谷・前掲注88)263頁以下が挙げているのは、以下の四点である。第一に、日本の特許法に明文の規定がなく、立法資料でも言及がない。第二に、「特許法三五条三項の規定は実質法上、『片面的強行法規』であるとされており、……またドイツ従業者発明法九～一二条及びオーストリア特許法八～一一条は……(中略)。これらの規定に鑑みれば、従業者の対価請求権は、国際私法上、単純な当事者間の契約の問題に還元すべきでなく、むしろ、特定の特許を受ける権利の処分にもなって法律上発生する請求権として、特許を受ける権利の規律と密接に関係している」(西谷・前掲注88)263頁)とされる。第三に、外国には特許を受ける権利を使用者に原始的に帰属させる国もあるから、そこでは「特許法三五条が本来予定するような『特許を受ける権利』の譲渡に対する対価請求ではありえず、論理的整合性に欠けるといわざるをえない」(西谷・前掲注88)263頁)とされる。第四に、特許法35条1項「の規定は、特許に関する『属地主義の原則』に照らすと、わが国の特許権だけを対象としていると解さざるをえない」(西谷・前掲注88)264頁)とする。第一の理由は、準拠実質法の解釈論である。第二の理由は、比較法的な検討をしているので、国際私法の解釈論なのであろうか。第三の理由は、各国特許法の差異に対応するためには、対価請求についても各国特許法に委ねた方が整合性がとれるという、国際私法上の性質決定の議論であらうか。第四の理由は、それが実質法である特許法35条3項4項の解釈に影響があるということは、実質法の解釈論のつもりなのであろう。以上のように、西谷・前掲注88)262-265頁全体の論証においてすら、実質法の解釈論と国際私法の議論の混同・混乱があるのではないかと疑わざるをえないため、そこでなされた第四の理由の内容についても、特許法35条1項2項が外国の特許に関する問題の送致範囲には入ってこないという国際私法上の議論と、準拠法である特許法35条の解釈の問題との混同・混乱があったのではないかと強く推認されるのだが、もしそのような混同・混乱が存在し、それが影響して、この部分を最高裁が採用してしまったのだとすれば、非常に残念に思われて仕方がない。前掲注88)も参照。

ての適用意思しか持っていなかったとしても、本稿の立場からすると、日本法において、日本の特許（を受ける権利）とは区別されたものとして、外国の特許（を受ける権利）が「実質法上の法律関係」として規定されているとは考えられない以上、法廷地の国際私法による「等価性」判断がなされる。そして、日本の特許（を受ける権利）と外国の特許（を受ける権利）は、その間の「等価性」が日本の国際私法によって肯定される「法律関係」であると考えられる¹⁵³⁾。なぜならば、「特許（を受ける権利）」の成立、移転という「前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」であるため、「その前提問題は、本問題の準拠法〔譲渡契約の準拠法〕によるのも……なく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法〔各特許の保護国法〕によって解決すべきである」からである。

そして、特許法 35 条 3 項 4 項 5 項は、1 項 2 項のように特許の保護国法への送致範囲にで

はなく、譲渡契約の準拠法の送致範囲に含まれるのであるから、外国の特許を受ける権利の承継という生活事実関係に対して適用される。そして、そこでは、日本の特許を受ける権利と外国のそれとは、同じ条件に従って、同じ扱いを受けることになる。ただし、「特許を受ける権利」という「法律関係」に対して、特許法 35 条 3 項 4 項 5 項は、「個々の権利」として「相当な対価の支払いを受ける権利」を与えていると考えられるから、「個々の権利」の発生する条件として、日本の特許を受ける権利の「承継¹⁵⁴⁾」に限るという条件がついているかどうかが一応は問題となるかもしれない。そして、このような条件がついているかどうかについては、日本の特許法の解釈の問題として、その実質的な理由を大いに議論すべきことである。しかし、結論については、最高裁が特許法 35 条 3 項 4 項の類推適用の可能性を論じている部分と同じ理由から、ないと考えるべきだと思われる^{155) 156)}。

153) 石黒一憲「国際課税と抵触法（国際私法）（中 - 1）」貿易と関税 53 卷 10 号 53 頁、60 頁（2005）が、「つまり、ここで再度想起すべきは、本号分で既述の東京地判昭和六〇年五月一三日判タ五七七号七九頁が、所得税法一六一条七号のイの、『工業所有権その他の……使用料……』との文言につき、複数国での特許（出願中のものを含む）をも一括して『本件特許権』とし、そのロイヤルティ支払いにつき、我が国の源泉課税を、それらの全体について正当に (!) 認めたことである。……特許権の場合には、前期パリ条約の存在ゆえに、各国特許権の制度的な『同質性・等価性』が、いわば条約によって担保されている。それゆえに、『工業所有権』との租税法上の規定の文言が外国の法制度を包摂するということが、ごく自然に理解出来る」とすることも参照。

154) 本稿の立場からすると、西谷・前掲注 88) 263 頁のいうとおり、「英国、フランス、スイス、イタリアのように、職務発明にかかる権利が原始的に使用者に帰属している国との関係では、そもそも従業者から使用者に対する権利の譲渡が存在しないため、対価請求権の対象がないことになってしまう」と考えられる。特許法 35 条 3 項 4 項 5 項を形式的に当てはめて「特許を受ける権利を承継」していなのだから「相当の対価の支払を受ける権利」は生じないと解されるとするならば、適応問題の範囲を広く考える立場からすると、「これらの国の法は——スイス法を除いて——いずれも従業者が適切な補償を受けることを認めている」（西谷・前掲注 88) 263 頁）ことと比べて、ここには適応問題が生じているということになると思われる。本稿の立場からすると、国際的事案の特殊性を考慮した柔軟かつ創造的な法解釈が、その準拠法所属国の法解釈としてどこまで可能かという問題として位置づけられる。そして、日本法の解釈としては、「承継」に従業員発明によって使用者が特許を受ける権利を取得した場合というように、広く解釈することが考えられる。また、外国法が従業員への補償を認めている場合と、スイス法のように認めていない場合とで、使用者への原始的な帰属の性質を異なるものと考えて、両者を区別して扱うような解釈も考えられるかもしれない。もちろん、使用者に原始的に帰属する以上、従業者には「相当の対価の支払いを受ける権利」は生じないと判断されたとしても、それだけで不当と断じることにはできないだろう。もし、最高裁が、使用者に原始的に帰属する「特許を受ける権利」には特許法 35 条 3 項 4 項は直接適用できないことを念頭におきつつ、それでもどの国の「特許を受ける権利」についても「相当の対価の支払いを受ける権利」が従業者には与えられるべきだと考えた上で、一部のものについてはどうせ必要となる類推適用という法律構成に統一したのだとすれば、直接適用可能な外国の「特許を受ける権利」をわざわざ除く必要性は理論的にはないとは思われるが、現実の処理の仕方としては、簡明かつ合理的なものだったといえるのかもしれない。

155) ただし最高裁は、以上のような論理をとらず、「等価性」を否定しているように見える。これを国際私法による「等価性」判断がなされるという立場と整合的に理解しようとするならば、日本の実質法上、日本の特許を受ける権利とその他の外国の特許を受ける権利とが別個の類型の「実質法上の法律関係」として存在しており、外国準拠法上の特許を受ける権

最高裁の結論に限れば、もとより正当であると思われる。また、類推適用か直接適用かは、単なる形式の問題にすぎず、現実の法の運用においては重要ではないことなのかもしれない。しかし、結論を導く過程において、準拠法を選択するということは何を解決することであり、そこではどのような価値判断がなされるのかに思いをめぐらすことなく、国際的事案における法の解釈がなされてしまっているように思われて、国際私法の魅力に惹かれて学んでいる者からすると、物足りないものが感じられてならない。

(くにい・としあき)

利は後者との間に「等価性」を肯定されたと考えるしかないだろう。そして、日本の特許法は前者について規定し、後者については規定しないのだが、特許法 35 条 3 項 4 項に限っては類推適用が可能であるということになる。

しかし、このようにどのような結論に対しても後付けでそれと整合的なものであると考えることができるとすれば、そのような理論には何の意味も価値も力もないのではないと思われるかもしれない。これに対しては、国際私法による「等価性」判断という視点があることで、次のようなことが初めて指摘できるようになるということができる。すなわち、そもそも、それについて言及する既存の法規範がほとんど存在しないような「実質法上の法律関係」の類型を、外国準拠法上成立した「法律関係」の受け皿として作り出すことには疑問がある。そうであるとする、少なくとも、このときに法規範の不存在を法律効果付与の否定であると安易に推定するべきではなく、類推適用などの法技術を駆使して法の欠缺を埋める努力が積極的になされなければならないのではないだろうか。国際私法による「等価性」判断を導入することによって、前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日における類推適用の決断に対しても、このように理論的な援護を行うことができると考えられる。国際私法による「等価性」判断と相容れないように見える前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日にとっても、国際私法による「等価性」判断という新たな法技術的枠組みが提供する視点は、無駄ではないと思われるのである。

156) なお、「等価性の問題」に関する重要と思われる論点として、次のものがあることを指摘しておきたい。すなわち、江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣、2006) 640-641 頁の注 10) は、「外国会社(会社二条二号)は、会社(会社二条一号)ではないから、たとえ日本国内で『社債』と称する債権を発行しても、それは会社法という社債ではなく、会社法上の社債管理者の設置義務(会社七〇二条)、社債権者集会(会社七一五-一七四二条)等の規定は適用されない」とする。この論点に対しては、前掲注 155) の指摘が意味を持つかもしれない[ただし、そもそも国際私法によって「会社」と「外国会社」の間の「等価性」を肯定する余地も検討の必要があるのではないだろうか。とはいえ、明治期の法典編纂作業において、企業についての規律には「外人法・抵触法の一元的把握」(石黒・前掲注 4) 299 頁) がなされていたことからすると、本稿がこれまで検討してきた「等価性の問題」の一般理論を踏まえるだけでは足りず、それを越えた国際企業法に固有の問題の検討が不可欠だろう]。また、この論点についてだけでなく、特許法 35 条 3 項 4 項 5 項についても、法廷地の絶対的強行法規としての適用の問題があるのだが、本稿においては検討の対象外であることを確認しておく。これに対しては、「社債」等の定義規定を設けた会社法が制定される以前の論文ではあるが、石黒一憲「円建て外債とわが商法(会社法)規定の適用関係——KEPCO社債権者集会事件への疑問(上・下)——」貿易と関税 41 巻 4 号 126 頁(1993)、41 巻 5 号 54 頁(1993)(石黒・前掲注 34)『新制度大学院用 国際私法・国際金融法教材』29 頁所収)を参照。