

# 憲法と国際私法との関係に関する一考察

——人的不統一法国法指定の法律構成をめぐって——

山内惟介

- 一 はじめに
- 二 国際私法領域における理解
- 三 人際法と法の下の平等
- 四 近代憲法体制と宗教
- 五 結びに代えて

〃およそ隣接領域の縄張りを侵すような仕事には、一種のあきらめが必要である。……専門家的見地からは容易に気づかれぬような……問題を自分の仕事としてやってみるとき、その結果はきまつて不完全きままるものに終わらざるをえない……。\*〃

## 一 はじめに

一 畑尻剛教授<sup>(1)</sup>の新たな旅立ちを寿ぐ記念号への寄稿にあたり、前例<sup>(2)</sup>に倣い、同教授の専攻科目(憲法)と筆者の主専攻科目(国際私法)の双方に関わるテーマが取り上げられる。論点を明らかにするため、素材となる裁判例<sup>(3)</sup>の紹介から始めよう。

一九七七年一月二日、日本人女子X(二七歳)はイスラム教を信仰するインドネシア人男性Y(二四歳)と日本で適法に婚姻した。その後、一九七八年六月、一九八〇年九月および一九八四年八月、X・Y間にそれぞれ女兒が生まれた。しかし、X・Yは一九八〇年秋頃からYの麻薬常用行為等を契機として不和となったため、Yは一九八七年三月二日に単身でインドネシアに帰国した。翌一九八八年八月、Yは、Xとの話し合いを求めて来日し、直後の九月から三か月間に亘ってXに毎月二〇万円を送金していたが、以後、Yからの送金は途絶えたままであった。同年一月、再度話し合いの機会を求めたXが子どもとともにインドネシアにYを訪ねた際、Yが「Xらを迎えに行く」とその意思を明らかにしたため、Xは日本に帰国し、Yからの連絡を待ち続けた。しかし、Yからの連絡が皆無であったことから、婚姻関係の継続を断念したXは、一九八九年、Yとの離婚を求めるとともに、みずからを三人の未成年子の親権者に指定するよう求める訴えを東京地方裁判所に提起した。公示送達による呼出しが行われたが、Yは指定された口頭弁論期日に出頭せず、欠席判決が下された。

東京地方裁判所は、当時の法制(法例第一六条但書<sup>(4)</sup>)に基づいて日本法を離婚準拠法に指定し、日本民法第七七〇条第一項第五号所定の事由があるとして離婚請求を認容したうえ、親権者の指定につき、次のように判示した。

離婚に伴う親権者の指定については、法例二一条により、準拠法が定められるが、本件においては、原告と三人の子の本国法は同一ではなく、またインドネシアにおいては、宗教によつて適用される法令が異なるところ、被告と三人の子供の宗教は同一でないので、それらの間の本国法が同一であるということもできないから、結局、子の常居所である日本の法律が準拠法として適用される。そして、前記認定の事実によると、三人の子の親権者としては原告が適当であると認められる。

二 国際私法の分野では、必ずしも一致した理解とは言い得ないものの、かなりの文献において、この判決に示された諸論点中、特に人的不統一法国法が準拠法に指定されたときの法律構成如何に注目が集まっている。というのは、準拠法として指定された「本国法」が人的不統一法国法である場合、当該国のどの部分的法秩序（実質法）が「本国法」とみなされるべきかという論点を取り上げられ、当該国の人際法がこの点を規律すると理解されてきたからである。

それならば、国際私法領域においてこの判決はどのように評価されているか。右の大方の理解を前提とする限り、当該国の人際法規定がまず適用されていなければならないこととなる。いいかえれば、インドネシア国籍を有する本件各未成年子（判決時の年齢はそれぞれ二二歳、一〇歳および六歳であった）の宗教的帰属の有無、所属する宗教（宗派）を判定するために、成文であれ不文であれ、インドネシア国内の人際法規定が特定されたうえで、当該規定の要件および効果の解釈が行われ、彼女らの「本国法」が個別に決定されていなければならなかったはずである。しかるに、判旨にはそのような判断基準とその適用過程についての記述がまったく欠けている。それにもかかわらず、判旨では、人際法の適用結果が「原告と三人の子の本国法は同一ではなく……被告と三人の子供の宗教は同一でないので、それらの間の本国法が同一であるということもできない」と断言されている。こうみると、被告の本国法と三人の子

供の本国法との間に同一性がないとする判断の法的根拠を明示していない判旨はおよそ「法による裁判（日本国憲法第七六条第三項）」の名に値しないことが分かる。次に、「原告と三人の子の本国法は同一ではなく……被告と三人の子供の宗教は同一でないので、それらの間の本国法が同一であるということもできない」と述べられたこの文章を日本語文法に則して整理すると、接続助詞「ので」に先行する文章（原告と三人の子の本国法は同一ではなく）以下は理由を示し、「ので」の後に置かれた文章（それらの間の本国法が同一であるということもできない）は結論を意味するとみなければならぬ。しかし、表現に微妙な違いがあるにせよ、「ので」を挟む二つの文章の内容は同一であり、たんなる言い換えに過ぎないことが分かる。さらに、インドネシア法の解釈にも疑問の余地があることを考慮すると、この判決における実定法解釈の問題性（不当性）が明らかになろう。

三 しかし、この判決の法律構成における問題性は、はたしてこれらに尽きるのだろうか。この点を問うのは、国内裁判所が外国法を適用できるとする実定法上の最終根拠が憲法に求められるという視点を考慮する場合、日本国憲法（以下、「憲法」と略記する。）も人的不統一法国法の適用過程に対して関心を寄せざるを得ないようにみえるからである。

以下では、憲法学領域への情報提供を兼ねて、国際私法分野における従前の理解をまず確認しよう（一）。次いで、外国人国際法規定の適用過程に関わる憲法的評価の可能性について若干の試論を提示することとしたい。前半では、世俗法が宗教法を取り込む場合を前提として、憲法解釈に関わる諸点を取り上げられる（二）。後半では、右の前提自体の当否を問うという意味で、世俗法と宗教法との関係に関わる原理的な論点に言及される（三）。ここでの検討を通じて、憲法と国際私法との対話が少しでも促進されることとなるならば、畑尻教授に対する何よりの饞となろう。

## 二 国際私法領域における理解

一 涉外身分事件における「本国法」として人的不統一法国法が指定された裁判例はわが国でも稀ではない。<sup>(12)</sup> 人的不統一法国の適例とされるインドネシアでは、ヨーロッパ人、ヨーロッパ人と同化された者、現地人、現地人と同化された者、これら四グループのいずれに属するかに応じて、適用される身分法が異なる旨、指摘されている。<sup>(13)</sup> また、スリランカでも、キャンディ家族法がシンハラ族に、テサワラメー（固有慣習法）がタミール族にというように、民族ごとに異なる家族法が適用されている。<sup>(14)</sup> 「イスラム教を国教とするマレーシアでは、婚姻・離婚につき、宗教に係らずに連邦全体に適用される統一法としての婚姻・離婚法（Law Reform (Marriage and Divorce) Act, 1976）のほかに、各州のイスラム法、それにサバ州、サラワク州などの土着民それぞれのための慣習法が並存<sup>(15)</sup>」していた。さらに、インドでも、各法の名宛人（ヒンドゥー教徒とされる者）に関するそれぞれの定義のもとで、ヒンドゥー教徒間の婚姻や相続につき、ヒンドゥー教徒婚姻法（一九五五年）やヒンドゥー教徒相続法（一九五六年）が別異に適用されてきた。<sup>(16)</sup> 「慣習法がわが国の憲法および特に慣習法と関わるいずれかの国内立法のもとで適用される余地があるとき、裁判所は当該慣習法を適用しなければならない」旨（憲法第二二条第三項<sup>(17)</sup>）を定めた南アフリカ共和国も人的不統一法国に加えることができる。<sup>(18)</sup>

二 わが国では、明治三三年法律第九七号として公布された旧法例以降、法の適用に関する通則法に至るまで、一貫して、「本国法」が属人法の原則的決定基準（連結点）とされている。人的不統一法国法が「本国法」に指定された場合、準拠法所屬国のどの部分的法秩序が「本国法」と解釈されるかという点については、どの体系書でも、繁閑

の差はあれ、「人的不統一法国」や「人際法」という見出しのもとに、それぞれ解説が加えられている。<sup>(19)</sup>

「本国法」として人的不統一法国法が指定された場合、「本国法」上、人種、民族または宗教ごとに並存する部分的法秩序のいずれを適用すべきかという点については、複数の見解が主張されてきた。<sup>(20)</sup> 法例に明文規定が設けられていなかった時期には、どの部分的法秩序によるべきかを定める人際法規定（一方的抵觸規定）によるとする点で一致をみながら、わが国に潜在する、不文の人際法によるとする立場と準拠法所屬国の人際法によるとの立場が併存した。<sup>(21)</sup> 後者については、昭和二二年法律第二二三号による法例改正時に新設された第二七条第三項（地方ニ依リ法律ヲ異ニスル國ノ人民ニ付テハ其者ノ屬スル地方ノ法律ニ依ル）を類推適用するとの説明を採用するか否かという点での対立もあつた。今日、解釈論として頻繁に参照されているのは、次の二つの見解である。

(1) そのひとつは、前述の「二七条三項は場所的抵觸を解決するための規定であり、それとは問題の性質が異なる人的抵觸の解決のために同条を準用することについては、これを疑問視」し、「法の人的抵觸を準拠法所屬国の実質私法秩序内の問題と解する」見解である。次の引用は、その代表例とみられよう。

「同一国内での私法の抵觸は、……必ずしも空間的・場所的なものとは限らない。同一国の国民についても、人種、宗教などの差異によつて、適用される婚姻法等が相異なるに至ることもあり、かような状態は私法の人的な抵觸と呼ばれる。……しかし、かような私法の人的……抵觸の問題は、場所的なそれと性質を異にしており、同一平面で処理しえないものである。……かような問題の解決は、準拠される実質法秩序内の法の人的……な適用の問題として、それぞれの準拠法の属する国（法域）の法に委ねるほかはない。すなわち、準拠法として指定されたのが甲国の法律である場合に、甲国の人的に抵觸している法のいずれが適用されるものかは、甲国におけるかような法の抵觸の解決を目的としている法則に従つて決定される。……」<sup>(22)</sup>

右の引用文のほか、「一国内に『地域的に』複数の秩序が併存し、法が不統一の状態にある国家法の適用の問題」の解決を図るといふ表現が示すように、この見解では、「国際私法の任務は場所的な法の抵触を解決することに尽きており、人的不統一法国の場合に法廷地国際私法の立場から直接的に解決を図るのは国際私法本来の任務を逸脱したもの」<sup>(24)</sup>と考えられている。「国家と宗教の分離」といふ歴史的な流れの中で、西欧諸国の多くにおいて、国家法秩序と宗教法秩序が区別され、後者は、前者の一部として採用されるか、またはそこから駆逐された」結果、「法の属地性を基本原理として構成された西欧の国際私法理論は……近代主権国家の成立ならびに国家法の世俗化の上に形成されたもの……で……日本が継受した国際私法理論もまさにこの西欧理論だった」<sup>(25)</sup>という歴史的意義を重視する——特に留意されるのは、宗教法秩序が国家法秩序の「一部として採用され」とか、宗教法秩序が国家法から「駆逐され」という表現である（前者は「世俗法が宗教法を取り込む場合」（後述三）に当たり、後者は「世俗法が宗教法を取り込む」と言えるか否かを批判的に検討する場合（後述四）に相当する。）——この見解は、「場所的な法の抵触」の解決という文言を手掛かりに場所以外の諸要素（人種、民族、宗教等の人的要因）による法の抵触を国際私法の規律対象から排除し、「属人的宗教法の存在は、国家法秩序の側からは否定され」<sup>(26)</sup>ざるを得ないと述べることによつて、法廷地抵触規定の解釈上、人的不統一法国法中のどの部分的法秩序によるかという論点の存在を全面的に否定する。次の引用は、「本国法」の決定問題は生じないとする趣旨を端的に示す好例とされよう。

人的不統一とは実質法の要件の定め方として人的要素を区別の基準としていただけであつて、実質法上の問題にすぎない。……人的な適用関係を定める人際法といわれるものは、実質法の要件の部分と切り離して別個のルールの形にし

たものである……。……国際私法のような間接規範ではなく、実質法の一部なのである。要件部分を抜き出して別個のルール  
の形にすることは、時間的な適用関係を定める時際法でも見られるところであり（日本では附則という形で規定されるのが普  
通である）、時際法が実質法の一部にすぎないといわれているように、人際法もそうである。……人的不統一の問題を  
レベルの問題と位置づける以上、通則法三一条（法の適用に関する通則法第四〇条——筆者注）において、二八条三項と同じ  
ような規定の仕方をしていることは理論上問題であって、むしろ何らの規定も必要はないというべきであること、そして、そ  
のような立場から三二条を見ると、「その国の規則に従」うのが当然であって、「そのような規則がない場合」……ということ  
はあり得ず、敢えて言えば、これは外国法不明の場合にどうするかを定めていると解することになる……。<sup>27)</sup>

(2) 今ひとつの見解は、これとは逆に、「本国法」を決定するという法廷地牴触法（従属的牴触規定）上の関心事か  
ら、人的不統一法国法中のどの部分的法秩序によるかという論点を意識的に提示し、「地域的不統一法国に関する法  
例旧二七条三項を類推適用することでのこの問題を処理」しようとする。この見解を代表するのは、以下の説明であ  
る。

「……不統一法国の中には、人種や宗教によって適用される法律が異なる国もある。……不統一法国法が指定された場合の問  
題は、場合によっては指定された不統一法国に施行されている法律のうち、どれを適用すべきなのが分からないということ  
である。そのような場合には、指定された国の複数の法律の内いずれの法律が適用されるかをさらに決定する必要がある。  
その必要を満たすため、通則法は……人的不統一法国法が指定された場合の規定として四〇条を置いている。……人的不統一  
法国法が指定されたような場合には、連結点が国籍である場合のみならず、行為地、原因事実発生地、住所、常居所地など  
の場所の意味を有する連結点によって指定されるようなときにも問題が生じうる。しかしながら、通則法四〇条は、一項で本  
国法として指定された国が人的に法律を異にする場合について定め、二項では常居所地法および夫婦に最も密接な関係がある  
地の法律としてこのような国の法律が指定されるいくつかの場合について一項を準用しているにとどまり、行為地など他の連



結点を通じて指定される場合については定めていない。……<sup>(28)</sup>

(3) これら二つの見解がいずれも「法域の決定」という観点に立つのに対し、この観点自体を否定する見解も主張されている。たとえば、平成元年法律第二七号による改正に基づく法例第三一条（前述引用部参照）を「本国法等を絞り込むための規定というよりは、直接準拠法を特定するための規定として読む方が無理のない文言になっているのであるから、……扶養義務の準拠法に関する法律七条を廃止し、人的不統一法の指定に関する法例の規定を扶養義務について準用する旨」を明文で規定すればよいとする見解が<sup>(29)</sup>そうである（この指摘は、法の適用に関する通則法について——法域の選択か、それとも具体的規定の選択か——に起因している<sup>(30)</sup>）と説明されてきた。そうした法律構成上の相違は、法廷地独立抵触規定の規律対象の範囲をどのように捉えるか（地域的（場所的）不統一と人的不統一とを区別すべきか否か等）とかその規律目的をどのように設定するか（法域の選択か具体的規定の選択か等）とかというように、国際私法における規律の方法論をめぐる対立に還元されよう。

三 むろん今日では、部分的ではあるが、このような対立も立法により解決されている。佐野教授はわが国の立法史を次のように整理される。（縦書きのため、算用数字を漢数字に変換した（以下同じ）。）

（平成元年（一九八九年）改正前の法例には、法の人的抵触に関する明文規定は存在しなかったため、戸籍実務および裁判例の中には、特に根拠を示すことなく、当事者の本国における人際法に従うものが多かった（注7）。また、地域的不統一法国に関する法例旧二七条三項を類推適用することでこの問題を処理した裁判例も少数ながら存在した（注8）。しかし、二七条

三項は場所的抵觸を解決するための規定であり、それとは問題の性質が異なる人的抵觸の解決のために同条を準用することについては、これを疑問視する見解が有力であった（池原・総論一七二頁、山田録・全集七五頁、林脇トシ子〔判批〕涉外百選〔増補版〕二二七頁）。一方、わが国は、昭和三九年（一九六四年）、「遺言の方式に関する法律の抵觸に関する条約」（一九六一年）を批准し、「遺言の方式の準拠法に関する法律」（昭和三九年法一〇〇号）を制定したが、不統一法国に關しては、地域的な不統一の場合についてののみ規定が設けられた（六六条）。その後、昭和六一年（一九八六年）に、「扶養義務の準拠法に関する条約」（一九七三年）を批准する際に、条約二六条の規定に合わせて、「扶養義務の準拠法に関する法律」（昭和六一年法八四号）に人的不統一法国に關する規定が初めて明文化された（七条）。平成元年（一九八九年）の法例改正においては、法の人的抵觸についても明文の規定を設けることが適當であるとされ、すでに扶養義務の準拠法に關する法律に規定があることから、同法七条に倣って規定が新設された（法例三二条）。特に、改正法例では常居所地法および最密接關係地法が準拠法となること<sup>(31)</sup>から、それらの地の法が人的に不統一である場合についても、本国法の場合と同様の解決がとられることになった（同条二項）<sup>(32)</sup>。

法例の一部を改正する法律（平成元年法律第二七号による改正、平成二年一月一日施行）により新設された第三二条は、以下のように、表現されていた。

第三二条 当事者ガ人的ニ法律ヲ異ニスル国ノ国籍ヲ有スル場合ニ於テハ其国ノ規則ニ從ヒ指定セラルル法律若シ其規則ナキトキハ当事者ニ最モ密接ナル關係アル法律ヲ當事者ノ本国法トス

前項ノ規定ハ当事者ガ常居所ヲ有スル地方人的ニ法律ヲ異ニスル場合ニ於ケル当事者ノ常居所地法及ビ夫婦ニ最モ密接ナル關係アル地方人的ニ法律ヲ異ニスル場合ニ於ケル夫婦ニ最モ密接ナル關係アル地ノ法律ニ之ヲ準用ス。

この規定をみると、わが国の立法者が、属人法の決定基準として「本国法」等を連結点に採用したため、人的不統

一 法国法中のどの部分的な法秩序を「本国法」等とみなすべきかという課題の解決に迫られていたことが分かる。審議の結果、立法者は、第一項前段で当該国の国際法規定による旨（間接指定主義）の、後段で「最も密接ナル関係アル法律」を探求する旨（直接指定主義）の複合的構成を採用した。この規定は、平成十八年（二〇〇六年）の全部改正を経て成立した現行法、すなわち、法の適用に関する通則法（平成十八年法律第七八号）第四〇条に受け継がれている。その文言は、次の通りである。

（人的に法を異にする国又は地の法）

第四〇条 当事者が人的に法を異にする国の国籍を有する場合には、その国の規則に従い指定される法（そのような規則がない場合にあつては、当事者に最も密接な関係がある法）を当事者の本国法とする。

2 前項の規定は、当事者の常居所地が人的に法を異にする場合における当事者の常居所地法で第二五条（第二六条第一項及び第二七条において準用する場合を含む）、第二六条第二項第二号、第三二条又は第三八条第二項の規定により適用されるもの及び夫婦に最も密接な関係がある地が人的に法を異にする場合における夫婦に最も密接な関係がある地の法について準用する。

第一項の場合、口語体への変更を除き、法例第三一条との間に本質的な違いはない。第二項では、第一項を準用する範囲に限定が加えられている。佐野教授は、第四〇条の趣旨について、以下のように解説される。

本条は、改正法例三二条の規定を踏襲し、現代語化したものである。本条二項は、常居所地法について同項が適用される場合を列挙しているが、これは法の人的な不統一が問題となるのが一般に婚姻、親子などの身分法関係であることを明らかに

したものであり、改正法例の規律を変更する趣旨ではないとされている（小出・逐条解説三三三―三三四頁）。なお、法制審議会では、前述した学説の議論を考慮して、改正法例三一条を実質的に改正すべきか否かも議論されたが、実務上改正の必要が生じているわけではないことや、法の人的抵触を準拠法所屬国の実質私法秩序内の問題と解する立場に立つても、同条一項前段は注意規定として、後段は人際法の規則が内容不明の場合の指標として、一定の存在意義を認めることができるとの理由から、同条の規律が維持されることとなった（小出・逐条解説三六六頁）<sup>32)</sup>。

四 このように、わが国の立法では右の第二の見解が採用されている。それならば、法の適用に関する通則法第四〇条第一項はどのように解釈されているか。佐野教授によれば、この点は以下のように説明されている。

① 人的に法を異にする国 本条一項は、「人的に法を異にする国」の国籍を有する者について、その本国法を決定する方法を定めている。もともと、本条にいう「人的に法を異にする国」とはどのような国を指すかは、必ずしも明らかではない。一般には、「国内に数個の私法が属人的に併存する状態」（山田鐮八七頁）あるいは「国内に人種、宗教徒などの人的集団によって異なった法律が行われている国」（溜池・講義一八二頁）がそれに当たると解されている。これに対して、地域的な不統一法国との共通性を説く立場からは、法的内容的な相違の有無ではなく、法律の制定主体が異なることを基準とするの見解も主張されている（神前・前掲注5）四九頁）。しかし、今日では、属人的に適用される種族法や宗教法も各国の国家法の枠組みの中に取り入れられており、これらの法について一国内に複数の法制定主体が存在する国はほとんどみられない。したがって、本条の「人的に法を異にする国」とは、法制定主体の併存までを要求するものではなく、通説が認めるように、人種、民族、宗教などの属人的な基準によって異なる法の適用を認める法制を採用している国と解するのが妥当であろう。このような国としては、前述したインドネシア、マレーシア、インド、パキスタンなどの東南アジア諸国、イラン、イラクなどの中東諸国、エジプト、リビアほか一部のアフリカ諸国などがそれに該当する。

(2) 「その国の規則」 人的不統一法国に属する者の本国法は、まず「その国の規則」によって決定される。すなわち、人的

不統一法国の法が当事者の本国法として指定された場合には、その国の国内法上の規定により当事者が服する法が、その者の本国法となる。いわゆる間接指定主義の立場である。不統一法国に属する者の本国法の決定につき間接指定の方法をとる理由としては、主に次の二つの点が挙げられる。第一に、属人法として本国法を適用する趣旨からして、いずれの国が法廷地となるろうとも、およそ本国法として適用される法律が一定していることが望ましく、そのためには本国において属人法として適用されるのにふさわしいと認められている法を適用するのが合理的であること。また、第二に、本国内のいずれの法秩序が当事者にとつて最も密接な関係にあるかの認定は、当該国の法制や国情と無関係とはいえず、したがって、その本国の内部的な規則を尊重する方がより妥当な結果をもたらすことができると考えられることである（池原・総論一八〇—一八一頁、溜池・講義一八〇頁、櫻田九三頁）。しかし、これに対して、私法の人的抵触は、本来、準拠実質法秩序内の問題であると解する立場からは、その解決について本国の規則によることはむしろ当然である（山田録八九頁、澤木・道垣内・入門四四頁）、本条一項本文は、いわば注意規定にすぎないと解されることとなる。

間接指定の基準となる「その国の規則」とは、その国の内部に併存する私法の人的抵触を解決する人際法の規則である（山田録八九頁、溜池・講義一八三頁、澤木・道垣内・入門四四頁）。このような人際法の内容は多岐にわたり、また明文化されていないものも少なくないことから、その具体的な確定には困難を伴う。たとえば、インドには、人的抵触に関する統一かつ包括的な抵触規則は存在せず、ヒンドゥー教徒婚姻法やキリスト教徒婚姻法などの固有法に関する制定法および特別婚姻法などの個別分野の特別法の中にそれらの規則が散在しており、また、そうした明文の規則が存在しないときは、イギリス植民地時代からの特許状、命令などに依拠して、抵触が解決されるとされる。また、わが国の先例では、特定の宗教を信仰していることを根拠として、当該宗教社会の固有法を本国法として適用したものがみられる。いずれにしても、わが国自体が法的人的抵触を解決する規則をもたないことから、人際法の解明のためには、さらに比較法的な調査の蓄積が必要といえよう。<sup>(33)</sup>

五 ここでは、もっぱら憲法分野の関係者に向けて、人的不統一法国法が準拠法に指定された場合における法律構成と立法の変遷が概括的に紹介された。いずれの法律構成を採用すべきかという点はもとより論理の問題ではなく、政策判断事項に属する。このようにみると、前述のどの解釈論もひとまずは許容されるようにみえる。

しかしながら、人的不統一法国法における人際法規定の適用をめぐる生じるこの種の問題はたして国際私法分野に固有の論点なのだろうか。というのは、憲法のもとで国会により法の適用に関する通則法が制定されたという歴史的事実を考慮すると、個別事案における同法の解釈に関してもそのつど憲法との適合性の有無が審査されなければならぬはずだからである。確かに、法の適用に関する通則法が、具体的な涉外事件における各法律問題の準拠法としての資格を個別の外国法に対して直接に付与し得るという点については理論および実務を通じて一致がある。しかしながら、こうした説明が成り立つというためには、当然のことながら、外国法一般に対してわが国での法源性が、法形式上付与されているという前提が認められていなければならない。外国法に対して一般的な法源性を付与する旨を認める実定法上の最終的根拠を最高規範に求めざるを得ない以上、憲法に基づいてしかるべき権限を付与された「国権の最高機関」である国会が、憲法が定めた権限の範囲内で、「国の唯一の立法機関」としてなし得る役割は、憲法規範によつてすでに一般的法源性を認められた外国法を、国内法に代えて、いつ適用すべきかという点（適用の時期、条件、方法等）を決定することに限定されているはずだからである。<sup>34</sup>

このようにみると、人的不統一法国法上の人際法規定の適用をめぐる法律構成如何に関して、どのような主張が憲法に適合するかという点が改めて問われなければならないであろう。このような認識に立つ場合、一方の、「国際私法の任務は場所的な法の抵触を解決することに尽きており、人的不統一法国の場合に法廷地国際私法の立場から直接的に解決を図るのは国際私法本来の任務を逸脱したもの」とする主張と、<sup>35</sup>他方の、平成元年法律第二七号による改正に基づく法例第三一条（前述引用部参照）を「本国法等を絞り込むための規定というよりは、直接準拠法を特定するための規定として読む方が無理のない文言になっているのであるから、……扶養義務の準拠法に関する法律七条を廃止

し、人的不統一法の指定に関する法例の規定を扶養義務についても準用する旨」を明文で規定すればよいとする見解との間で、このような対立を解消することは、はたして国際私法上の解釈問題（法の適用に関する通則法の解釈論として裁判所が決定権を有するとみる理解）なのかという疑問が浮かび上がる。というのは、法の適用に関する通則法がどのような論点を解決するために立法されたのかを決定する主体は、立法行為の客体、つまり、法の適用に関する通則法それ自体（同法の解釈に従事する裁判実務や学理を含む）ではなく、同法を制定した立法主体、つまり、国会でなければならぬと考えられるからである。国会が「国際私法の任務」を「場所的な法の抵触を解決することに尽き」とみていたか、「直接準拠法を特定する」点にあると考えていたかという点の判断材料は、通例、立法の趣旨・目的を定めた規定に求められよう。けれども、法の適用に関する通則法第一条は「法の適用に関する通則について定める」と述べるのみで、右の二つの見解のいずれを採用したかを明らかにする素材を何も示してはいない。国際私法分野の従来の解釈論を維持しようとする立場からは、もしかすると、この点の判断権限が国会から無条件に裁判所等に委ねられたと主張されるのかもしれない。しかしながら、国際私法の任務を法域の選択とみるか具体的規定の選択と捉えるかという点は、たとえば、すべての外国法に対して無制限に一般的な法源性を付与するか、それとも、特定の外国法に限って一般的な法源性を認めるかという点で、憲法上定義される「外国法」の意味内容如何という論点と密接な関係にある。このことを考慮すれば、国際私法分野で主張されている諸見解のいずれを採用するかを決定する権限は、国会ではなく、憲法の立法者に留保されているとみる余地がある。このことは、準拠法として指定された人的不統一法国际上の人際法規定の適用をどのように説明するかという点について憲法の視点から改めて検討する必要性があることを意味しよう。カール・フリードリヒ・フォン・サヴィニイが「一切の学問について……時代というものを考え

ることができる」<sup>38)</sup>と述べていたように、どの立法もどの解釈論もそれぞれの時代の産物でしかない。この意味における歴史的制約に鑑みれば、憲法と国際私法との関連性如何という視点のもとで、ここでの主題に関する従前の解釈論の今日的意義を問い直し、現代的解釈の可能性如何を改めて探求することが必要となろう。

### 三 人際法と法の下の平等

一 人的不統一法国法上の人際法規定の適用過程を国際私法と憲法との関わりから検討する際の第一の視点は、世俗法が宗教法を取り込む場合に関わる。「世俗法が宗教法を取り込む」とは、世俗法の中心法源たる憲法において、宗教法の適用が全面的に是認される状況をいう。涉外身分事件の当事者として登場する外国人は、少なからず生育環境を反映したいずれかの宗教を信仰していることであろう。この点を考慮すると、日本国憲法においても、「外国の宗教法」（むろん、「外国」という形容表現が国家という世俗社会（公法上の団体）を考慮する場合のみ用いられる場合には、論理上、「外国の宗教法」という表現を使用すること自体に問題があるが、ここでは、便宜上、敢えてこの語を用いる）の適用が是認されているという場面が考えられなければならない。もとより、「宗教」という用語についても、それが特定の宗教のみを意味するか、あらゆる宗教を包含するかという点が同時に検討されなければならない。

憲法学の領域では、憲法第三章（国民の権利及び義務）において、「国民」を基本権保障の主体とする規定であっても、それらの権利が外国人に対してまったく否定されているわけではないと説明されている。<sup>39)</sup>それは、「日本国憲法は、前国家的な人間の権利を保障するという思想にもとづいて、基本的人権の規定を設けているのであるから、外



国人を保障の枠外に置くと解することは、憲法の精神に反する<sup>(40)</sup>と考えられていたからである。こうした理解については、「憲法によって立つ国際協和主義」から導かれるという説明も行われている<sup>(41)</sup>。

かくして、真の論点は、外国人（無国籍者を含む）に対しても基本的自由や基本的権利を認めるべきであるとする原則的理解との対比において、どのような自由（権利）をこの原則に対する例外とみるべきかに移行する。この点については、今日、概して、国籍離脱の自由（第二条第二項）、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利（第二十五条第一項）、教育を受ける権利（第二十六条第一項）、勤労の権利（第二十七条第一項）等が右の原則に対する例外をなし、外国人はこの種の自由や権利を享有できないと説明されている<sup>(42)</sup>。これに対して、法の下の平等、信教の自由を含む各種の精神的自由等はそうした例外には当たらず、外国人にも保障されると広く考えられてきた<sup>(43)</sup>。特に、「信教の自由については、日本国民との間に差別をもうけ、これを正当化する余地はほとんどない」とされながら、同時に、他方で、「法の下の平等は、権利内容が多様であり、具体的な問題にそくした検討が必要とされる」と留保を付す見解も主張されている<sup>(44)</sup>。こうした見方に立つ場合、「法の下の平等」が主張される個別的地位をさらに細分化したうえで具体的に検討することが必要となろう。

二 以上の理解を小稿の問題関心に引き付けていえば、人種・民族や身分の相違に依じて適用法規を区別する外国人際法規定の国内における適用それ自体が、また、そうした区別を含む外国宗教法の適用自体が、それぞれ、憲法第一四条第一項所定の「法の下の平等」に触れるのではないかという論点を、憲法解釈論として、検討する必要があるということになる。この点を問うのは、ヨーロッパ人、ヨーロッパ人と同化された者、現地人、現地人と同化された者、これら四つの人的グループのいずれに属するかに応じて適用法規を区別するインドネシア法やどの社会階層に属

するかによって適用法規を変更するインドのヒンドゥー法<sup>(46)</sup>のように、人種や身分を理由に適用法規の変更を認める外国法が準拠法とされる場合、当該外国法中のどの部分的な法秩序が適用されるかに応じて個別具体的事案における法的結論（婚姻の成否、離婚の可否、親権の帰属等）に差異が生じ得るからである。確かに、国際私法分野ではすでに、「法の下の平等」に触れるような外国宗教法の適用結果を法の適用に関する通則法第四二条所定の公序条項によって排除する法律構成がある<sup>(46)</sup>。しかし、ここで取り上げようとする論点は、このような国際私法的法律構成（準拠外国法の適用排除）の当否ではなく、国家法体系上この論点に先行する、憲法上の法律構成の可能性如何（国内裁判所等における外国人国際法規定・外国宗教法規定適用の能否）である。

もともと、「法の下の平等」とは、外国人を含め、「国民が法上差別されない」ということで、立法、行政、司法いずれの機関も国民を差別して扱うことを許さないことを意味する<sup>(47)</sup>。そこには、「法定立の平等」、すなわち、「すべての人に対し、平等な権利が定立されなければならない」こと、それに、「法適用の平等」、すなわち、「司法機関は、法の定めていないような差別をしてはならない」こと、これら二点が含まれていなければならない<sup>(48)</sup>。また、第一四条第一項の規範的内容を明らかにするために、(1)「法の下の平等」条項の名宛人、(2)「平等」の意味、(3)列挙事由の意義、これら三点の説明が必要であると指摘する論者は、以下のような解説を加えていた<sup>(49)</sup>。そのうち、まず(1)の「法の下の平等」を实践すべき名宛人については、すべての国家機関が該当し、「行政府や裁判所のみならず、立法府も同条項の拘束を受ける」と説明されており、わが国の裁判所がここに含まれることに問題はない。ただ、「法の下の平等」の規定が立法権をも拘束するか否かを問う場合<sup>(51)</sup>でも、涉外事件の準拠法として適用される外国法の立法者がそこにいる「すべての国家機関」に該当せず、わが国の「法の下の平等」規定に拘束されないことも明らかであろう。そ

れならば、そうした外国人際法規定を適用するわが国の裁判所は「すべての国家機関」に含まれるのだろうか。それが国内機関である点を考慮すると、この点は肯定されなければならない。他方、(2)については、「各人の事実上の差異に着眼してその差異に応じた法的取扱いをしようとする『相対的平等』の観念」が同条同項の「平等」の観念である」と指摘されており、「いかなる方法において、各人の差異に応じた取扱いがなされるべき」かの説明概念として、「法的取扱いの均等を意味」する「形式的平等」と「法的取扱いの結果の均等（事実次元の均等）を意味」する「実質的平等」という対概念が紹介されていた。しかし、そうした説明に続けて、「いかなる平等の観念が妥当するかということは、ケース・バイ・ケースにきめる必要がある」とする記述をみると、右の意味での外国人際法規定の適用に關して憲法がどのような解釈を優先的に採用しているかという点について明確な結論を読み取ることとはできない。(3) については、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」が例示的列挙に当たるか否かが論点とされているが、「人種」と「社会的身分」に着目する小稿ではこの点への言及は省略することができよう。

以上の説明を聞くと、どこでも複数の解釈を生み出す多義的表現が用いられているところから、わが国の裁判所が人種等を理由として適用法規を変更する外国人際法の規定を適用することが「法の下での平等」に反するか否かを「ケース・バイ・ケースにきめ」ざるを得ないと説明される事情が読み取れよう。このことは、「平等が問題となる領域は多様であり、平等・不平等観も社会意識の変化の影響を受けることは否定できないが、憲法は、平等思想の根源と過去の経験（過去の悲惨な差別、本人の努力によってはどうにもならない社会的汚名、等々）に鑑み、一定の事項（後段列挙事項）についてはとくに『差別』を警戒し、その事項に關してはやむにやまれざる特別の事情が証明されない限り『差別』として禁止する趣旨（『差別』につき疑わしい範疇）と解すべきである」とのやや積極的な指摘<sup>52</sup>がみられる場合

にもそのままあてはまる。

三 右の点をさらに深めるためには、人種や身分という言葉の内容の客観化が必要となる。この点については、一方で、「人種」とは、本来、人類学上の概念であるが、社会学上の概念である『民族』も、この『人種』に含めることができよう」と述べられ、他方で、「社会的身分」を「人が社会生活においてしめる一定程度継続性を有する地位」と、また「門地」を「家族的起源に着眼した家柄（華族・士族・平民など）をいう」と説明されてきた。<sup>(53)</sup> さらに、ある種の差別が違憲か合憲かを判断するための基準として、「合理的理由があるかどうか」という論点を掲げ、合理的理由の有無の判断基準として、「差別の目的が合理的か否か」（目的テスト）、「その差別が、その目的を達成するための手段として合理性をもつかどうか」（手段テスト）、これら二つの政策的評価の結果を考慮する指摘もある。<sup>(54)</sup> しかしながら、このような抽象的文言を羅列した判断基準の言い換えをいくら繰り返しても、客観性のある基準（「比較の第三項（*tertium comparationis*）」）が示されない限り、真の結論は得られない。このようにみると、わが国の裁判所が、人種に着目して適用法規を使い分けるインドネシアやスリランカの法制、ヒンドゥー教徒について身分に着目した差別制度を維持し、異なる身分（ヴァルナ）に属する者同士の婚姻を禁じるインドの慣習法（内婚集団制）<sup>(55)</sup>等を適用することが第一四条第一項で禁じられた、「人種」や「社会的身分」による「差別」に該当するか否かという点が実定憲法解釈論の次元で早急に検討されなければならないことが分かる。さらに人びとの国境を超えた移動がますます頻繁になりつつある地球社会の現状を考慮したうえで、現代の憲法学がどのような課題を果たすべきかという問いに真摯に答えようとすれば、この論点を無視することは許されないようにみえる。このような見方が成り立つとすれば、わが国の裁判所はという以前に、憲法の立法者が、「法の下の平等」規定に触れるという理由で、「人種」や「社会的身

分」による「差別」を前提とする外国人際法規定を適用する余地を当初から認めておらず、その法源性を否定していたとも考えられないわけではない。このようにみると、平成元年（一九八九年）改正前の法例に人的不統一法国法に関する明文規定が置かれていなかった事態を関係法規の欠缺と解する立場は否定されることとなる。

#### 四 近代憲法体制と宗教

一 人的不統一法国法上の人際法規定の適用過程を国際私法と憲法との関わりから検討する際の第二の視点は、国家法と宗教との社会的関係をどのように理解すべきかである。<sup>(47)</sup>この問いは「世俗法が宗教法を取り込む」という先の表現との対比でいえば、「世俗法が宗教法を取り込むことの可否」という前提的論点を批判的に問うことにほかならない。原理的評価に関わるこの疑問はいくつもの論点に細分化することができる。

そのひとつは、第二〇条で保障された「宗教の自由」をめぐる生じ得る。たとえば、外国人と日本人との婚姻等、涉外身分関係の成立および効力に関して外国宗教法を適用することが、第一項の「特権」に当たらないとか、第二項の「宗教上の行為……を強制されない」に含まれないとか、さらに、第三項の「宗教的活動」に含まれないとかいうように、特定の解釈が優先される実定憲法上の根拠はどこにあるのだろうか。

二 まず、同条にいう「宗教」の定義を確認しよう。「宗教の自由の保障の趣旨に照らして宗教の意味を求めるべきである」<sup>(58)</sup>とする説明からは具体的な内容を推測することができない。また、「憲法でいう宗教とは『超自然的、超人的本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拜する心情と行

為』をいい、個人的宗教たると集团的宗教たると、はたまた発生的に自然的宗教たると、創唱的宗教たるとを問わず、すべてこれを包含するものと解するを相当とする」旨を明示した名古屋高裁判決がしばしば引用されているが、「信教の自由の保障の趣旨」如何等、解釈を要する多義的表現がここでも繰り返し用いられている点からみて、この種の説明も定義の探求にとつて有用とはいえない。それならば、「信教の自由」の内容はどのように定義されているか。この点に関しては、「宗教上の行為」が掲げられ、当該行為の意味は「礼拝、祈禱、その他の宗教上の行為、祝典、儀式または行事を行ない、または参加し、もしくはかかる行為をしない自由をいう」とする説明がみられる。<sup>(61)</sup>しかし、ここでも、「その他の宗教上の行為」に外国人際法の適用が含まれるか否かを客観的に判定し得る指標は何も見出されない。わが国の裁判所が国会により制定された国内の宗教関連実定法規を適用することが「宗教的活動」に当たらないという点に疑いはないであろうが、わが国の裁判所が外国宗教法を適用する場合についても、このような説明がそのままではまると言えるのはなぜなのだろうか。この点を問うのは、個々の宗教団体がそれぞれに信奉する特定の宗教法の適用が「いかなる宗教団体も、国から特権を受け……てはならない」(第一項後段)という禁止規定や「国およびその機関は、……いかなる宗教的活動もしてはならない」(第三項)という禁止規定に抵触するのではないかとという疑念を払拭することができないからである。このことは、客観化できるほどの明確な定義が与えられていない「宗教団体」という文言についてもあてはまる。

宗教法人法第二条は、「宗教団体」を「礼拝の施設を備える神社、寺院、教会、修道院その他これらに類する団体」(第一号)または「前号に掲げる団体を包括する教派、宗派、教団、教会、修道会、司教区その他これらに類する団体」(第二号)であつて、同時に、「宗教の教義をひろめ、儀式行事を行い、及び信者を教化育成することを主たる目

的とする」と定義する。この定義の妥当領域は、もちろん、国内の宗教法人に限られ、外国の宗教法人には及ばないであろう。憲法上の「宗教団体」概念が宗教法人法上のそれよりも広いことを認める立場<sup>(62)</sup>において、外国の宗教法人が第一項の「宗教団体」に含まれるか否かはいかなる判断基準に基づいて決定されるのだろうか。ここでも、憲法分野のしかるべき説明が求められよう。このようにみると、世俗法に取り込まれる宗教法の範囲や宗教法を適用する行為の法的性質について、明確な指針が与えられていないことが分かる。このことは、管見の限りではあるが、外国宗教法の適用が、第一項の「特権」に当たらず、第二項の「宗教上の行為……を強制されない」に含まれず、第三項の「宗教的活動」に含まれないという解釈の実定憲法上の根拠が見当たらないことを意味しよう。

三 それならば、宗教法を適用する行為がそれ自体は憲法上どのように評価されているのだろうか。国内宗教法の適用に関しては、かなり以前に、単に宗教上の地位の確認を求めるとみなすという解釈を通じて、住職たる地位の確認を求める訴えを法律上の権利関係の確認を求めるとは異なるものではない、つまり、裁判所法第三条第一項にいう「法律上の争訟」に当たらないと述べて、当該訴えを不適法と判示した最高裁判決がある<sup>(63)</sup>。しかし、訴訟物（請求の趣旨および請求原因）をみる限り、渉外的な離婚請求事件、親権者指定申立事件等が「法律上の争訟」に該当することに疑いはなく、憲法上、わが国の裁判所が外国宗教法を適用する権限を有するか否かという点を正面から検討せざるを得ないようにみえる。

それでは、わが国の裁判所が外国の宗教団体が定めた固有の宗教法を適用しても、当該宗教団体が「国から特権を受け」ることにならないと言えるのはなぜか。政教分離（国家と宗教との分離）原則の趣旨を「一の宗教団体を他の宗教団体よりも優遇してはいけない……宗教団体を一般の他の団体よりも優遇してもいけない」という意味に捉えれ

ば、どの宗教団体に対しても公平になるように、それぞれの宗教法を適用すれば、格別の問題はないとも言い得る。しかし、ここでの論点は、各宗教法の「適用」が公平に行われるか否かという以前に、憲法上そもそも各宗教法の「適用」それ自体が認められるか否かである。たとえば、外国宗教法の適用行為が、「宗教的活動」<sup>(65)</sup>という文言の解釈に際して指針とされた「宗教の宣伝を目的とするすべての活動」という表現に当たらないと言える理由をこの定義自体から導くことはできない。このことは、「宗教的活動」を「特定の宗教の布教、教化、宣伝を目的とする行為のほか、祈禱、礼拝、儀式、祝典、行事等およそ宗教的信仰の表現である一切の行為を包括する概念」<sup>(66)</sup>という定義についても、同様に、あてはまる。この種の抽象的な文言で埋め尽くされた定義をいくら繰り返し返しても、右の問いに対する解答が得られないとすれば、逆に、外国宗教法を適用することが「宗教的信仰の表現である一切の行為」に当たると解釈する余地（無制限説）があるようにもみえる。たとえば、「宗教的活動」を「国およびその機関の活動で宗教とのかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく、そのかわり合いが……相当とされる限度を超えるものに限られる」といふべきであって、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為<sup>(67)</sup>と定義することにより、「宗教的活動」を限定的に捉える立場（制限説）を採るとしても、当該宗教それ自体の存在意義が肯定されていることからみて、内国裁判所による外国宗教法の適用行為「の目的が宗教的意義をも」つことに変わりはなく、これと同様の理由で、外国宗教法の適用行為を「その効果が宗教に対する援助、助長、促進……になるような行為」とみる余地がないとも言い得ないであろう<sup>(68)</sup>。このようにみると、第二〇条における外国宗教法の位置付けそれ自体について憲法分野の明確な解答が求められなければならないこととなる。

四 しかしながら、世俗法と宗教法との関わりに関しては、より根本的な疑問がある。それは、そもそも世俗法



（憲法）が宗教法の適用の可否等をなぜ決定できるのかという点である。憲法学分野の限定的理解とは大いに異なり得るが、「政教分離」の今ひとつの捉え方として、憲法に代表される世俗界と聖典に代表される宗教界とを相互に對等の社会と位置付ける場合、宗教法が世俗法の一部として取り込まれることがないという意味で、世俗法と宗教法とは互いに交わることがない。それは、憲法（判断の主体、決定者）も宗教（判断の客体、被決定者）もこの論点に関して当事者（利害関係者）に相当する地位にあるため、いずれも「比較の第三項」たり得ないという点からみて、憲法も宗教も、この点の判断を行う最終的資格を原理的に持ち得ないはずだからである。このようにみると、法廷地独立抵触規定により指定された準拠法所屬国（人的不統一法国）の宗教関連法（人際法）の適用という現象自体が生じ得ないこととなる。

国際私法の分野では、既述のように、かねてより人的不統一法国法上の人際法規定（宗教法規定を含む）の適用が肯定されてきた。それならば、右の疑問を憲法上の論点に置き換えるにはどのように表現すればよいのだろうか。ある意味で結論を先取りすることとなるが、たとえば、第二〇条にいう「宗教」を日本国憲法をも含む近代憲法体制<sup>(9)</sup>の枠内にある宗教（いわゆる「体制内宗教」）に限定すべきか否かと言え、この論点は憲法分野に受け入れられるのだろうか。確かに、憲法分野でもかなり早い時期に、池田教授により「宗教からみた憲法<sup>(7)</sup>」という表現で憲法と宗教との関わり方が取り上げられていた。そこでは、最後の項（『憲法と宗教』の法文化）を結ぶにあたり、「日本宗教」と人類の普遍原理<sup>(7)</sup>というテーマが掲げられていた。しかしながら、教授の問題関心がおそらくは「法文化」に収斂していたとみられるところから、小稿の関心事からみて重要な意味をもつ諸外国の宗教（宗教法を含む）の側で、近代憲法体制がどのように位置付けられていたか、逆に、わが国の憲法上、日本国憲法を含む近代憲法体制を前提と

していない特異な外国宗教がどのように位置付けられていたかといった諸点はここではほとんど触れられていなかったようにみえる。

五 以下では、この点を取り上げた社会学分野のある成果に示唆を得て、ひとつの仮説を考えてみたい。それは、近代憲法体制の存在を認め、——このことといわばコインの裏表の関係にある——近代憲法体制のもとで宗教の自由を享受する、いわば「体制内宗教」と、逆に近代憲法体制が掲げる前提（憲法（基盤的社会規範）改正の可能性を肯定する制度）それ自体を否定する、いわば「体制外宗教」とを区別すべきか否かという論点の認否に関わる。この点を取り上げるのは、近代憲法に相当する基盤的社会規範が宗教界に存在するという現象に着目し、近代憲法体制とキリスト教文明との間にある種の類似性があるとする指摘に接したことによる（むろん、法の下の平等を尊重する憲法の立場は、諸宗教間に区別を持ち込もうとするこうした疑問自体が、当初から平等（公平、均等）に反するとして一顧だにされないことと見込まれる）。

右の意味での「体制内宗教」として例示されるのはキリスト教である。橋爪教授によれば、イエス・キリストの主張は、ユダヤ教の主流派となつたパリサイびとの行動様式との対比において、次のように特徴づけられている。

「イエスは、ある意味パリサイ派の考え方を受け継ぎながら、犠牲の儀式も認めないし、法律を厳格に守ることの重要性も認めないという立場を打ち出した……。これがイエスのユニークな点で……キリスト教の性格を決定づけました。法律を守るといふのは、人間の行為です。……法律を……心ならずも守れない人……そういう人たちがこそ救われるべきだ、とイエスは言つて、法律を守らない彼らに手を差し伸べる。そのためには、法律を上回る価値がなければいけません。それは、法律を与えた神が、人間を救おうとしている「ほんとうの気持ち」（愛）である。そのほうが律法より、はるかに大事ではないか、と……」。

それを言い過ぎたので、ユダヤ教の指導者たちに警戒され……イエスが処刑されると、弟子たちも、散り散りバラバラになつた。……なぜイエスは……磔になつたのだらうと考える人びとが出てきた。そして、彼は実は神の子であつた……という説が出てきます。イエスは、人間でありかつ神である。矛盾しているようですが……要するに、神の独り子イエスが、人間になつてこのようなメッセージを与え、そして犠牲になつて、人間のために死んでしまつた。神の子であるイエス・キリストを信じれば神に救われる、こういう説が生まれた……こうなれば、ユダヤ教ではなくて、新しい別な宗教、キリスト教だと言つてよい。……ユダヤ教の律法は、神との契約で……人間がいやだと思つても、この律法を守っていく以外、神とつき合う道はない……。もしイエスが神の子であれば、契約を結んだ相手方（神）……がいいと言っているものを、何も人間が守らなくてもいい、という理屈になる。神の子イエスには、契約を破棄する権限があつた。こう考えたキリスト教徒は、ユダヤ教の法律……『旧約聖書』（ユダヤ教の言い方ではタナハ）は……もう無効である。その代わり十字架のイエス・キリストを信じればよい。こうなつて、ユダヤ教とキリスト教が分かれ……た。……キリスト教には独自の法律がありません。廃止してしまつたわけですから。……<sup>(76)</sup>

ここでは、ユダヤ教<sup>(77)</sup>における律法（憲法）に相当する基盤的社会規範、旧約聖書）がキリスト教において破棄されたことが示される。橋爪教授は、憲法という基盤的社会規範を「世俗化した神との契約」と位置付けていた。神との間で交わされた「契約を更改していい」という考えは、世俗社会において憲法の改正を認めるといふ主張に対応するよう<sup>(79)</sup>にみえる。それならば、キリスト教文明の場合、廃止された旧約聖書に代わる代替物——近代憲法体制における憲法規範に相当する実体、すなわち、「憲法の考え方」のもととなるもの——は何か。この点に関する教授の説明をみると、以下のように、その代替物はキリスト教固有の宗教法といった社会秩序ではなく、世俗法に求められていることが分かる。

……パウロ……が「ローマ人への手紙」で……「地上の権威には従いなさい」……、法律は守りなさい……と言った……。キリスト教は当時、ローマ帝国に広がっていた……。キリスト教徒が守るべきだとされた法律は、ローマ法でした。ローマ法は慣習法だったり、皇帝が発布したりしている……。キリスト教徒が従う法律は、世俗の法律で、しかもキリスト教徒ではない人びとが制定した法律ということになった……。月曜日から土曜日までそうした法律に従って異教徒とともに生活し、日曜日だけ集まって神のことを考える、これがキリスト教徒の最初のやり方で……。世俗的な国家と、日曜日に集まる教会、これが完全に分離していて、無関係だった……。ユダヤ教徒は、ローマ法ではなくユダヤ法に従って生活できるよう、自治権を要求……。します。……。キリスト教徒は、自治ができるほど強くなって、弱かった。これがキリスト教の原体験なのです。その後キリスト教徒はだんだん強くなりますけれど、キリスト教法を制定し、ユダヤ教やイスラム教のように、宗教的な原則にもとづいて社会を組織するということをついにしませんでした。<sup>80)</sup>

このように考えれば、キリスト教の場合、世俗の法律制度を全面的に受け入れているという意味において、近代憲法体制内にあることが分かる。こうみると、キリスト教を「世俗法が宗教法を取り込んでいる」例として捉え、近代憲法体制における信教の自由の枠内にキリスト教を位置付けることが可能となろう。

六 他方で、近代憲法体制が掲げる前提（憲法（基盤的社會規範）改正の可能性を肯定する民主的政治制度）自体を否定する「体制外宗教」の例とされるのがイスラム教<sup>(81)</sup>である。ここでも、橋爪教授による説明を参照しておこう。

……『クルアーン（コーラン）』という聖典が、法律の源泉、法源になり……。宗教が即、法律であるという点が、日本人の想像を超えています。……日本では宗教と法律は無関係ですけれども、イスラム世界では、宗教・即・法律で……。法律は宗教法です。法律に従うことは宗教的な意味があり、宗教上の義務……。です……。『クルアーン（コーラン）』は、完璧なたちで啓示されていて、そのごくわずかな一部も揺るがせにできない……。神の著作物で……。、その啓示を受けたムハンマドが、最後に最大の預言者であり、神の使徒である……。ので、今後、預言者が出てくることはありえない。……。この法律は、神が人間の

ためにこしらえた完璧なもので、……人間のありとあらゆる行為を……イスラム教の教えからして正しい行為、……間違つた行為、と……一義的に決まる。……人間の義務は、正しい行為をすること、間違つた行為はしないこと……これが宗教なのです。……違反すると……法律に従つて処罰されます。神様が出てきて裁判をすることと、……人間が代わつて行なう……。最初はムハンマドが行なつて……だが、ムハンマドが死んでしまったので、法律に詳しい法学者が行なう。……イスラム社会では、イスラム法に詳しい法学者を養成しなければならない、という要請がとて強いので、法学者を養成するための機関が必要になる。世界で最初に大学をつくつたのはイスラム教徒です。……誤審は避け難い。間違つた判決を受けたら、どうすればいいのか。ムスリム（イスラム教徒）はこんなふうと考えている……神アラーは人類の事を思って、地上で安楽に暮らせるように、そして将来、最後の審判のあと、天国で安楽に暮らせるように、考えてくださった。地上で安楽に暮らせるように、法律を決めてくれた。だから『クルアーン』にもとづくイスラム法を守つて、平和に暮らさない。そのご褒美として、天国に入れる。天国では法律と無関係に、安楽に暮らせます。もし間違つた判決が下されて、地上で安楽に暮らせるはずが、不幸になつてしまった人の場合、天国に入るのにボーナスポイントがある……これを「二重の幸福論」といいます。……キリスト教は二重の幸福論ではありません。……地上……はどうでもいいという考え方です。宝は天国に蓄えなさい、とイエスは教えている。パウロの手紙を読むと、いつ最後の審判があるか……わからないから、結婚はしないほうがいい、でも、我慢できない人はしたらいい、と書いてある。『聖書』にこう書いてあるので、カトリックの聖職者は結婚しない……。それは、地上の幸福論をとらないからなのです。<sup>(82)</sup>

この点は、内藤教授の場合、次のように解説されている。

……イスラームという宗教は、内面的な信仰の要素と、信徒とその社会に求められる行為規範の体系からなる。行為規範の体系とは、イスラームの言葉で言えば、法（シャリーア）である。スンナ派においては、神から預言者ムハンマドを介して人類に下された啓示を集めたコーラン（アラビア語では、アル・クルアーン）を最高の法源とし、預言者の生前の行動や習慣（スンナ）、イスラーム法学者の合意によつて得られたもの（イジュマ）、さらに上位の規範から論理的に類推できるもの（キ

「アース」という四つを基本の法源とする。イスラームは、内的思惟としての信仰と、外からみてもわかる行為規範としての「法」とを分離することはできない。しかも、行動規範としての法は、信徒のみならず、ムスリム社会を拘束する。<sup>(83)</sup>つまり、ムスリムによつて構成されている社会は、原理的には、イスラームの法、すなわち「神の法」に従わねばならない……<sup>(83)</sup>

それならば、このような宗教法は実社会でどのような姿を示しているか。橋爪教授はイスラム社会の構造的特質について、以下のような解説を加えられる。

「法律を共有するムスリムの共同体……ウンマ……イスラム法共同体をつくることで、地上の平和を実現します。ウンマはシャリーア（神の法、イスラム法）を共有して、同じ信仰、同じ礼拝、同じNGO活動（所得の一部を恵まない人びとのために提供するという喜捨）をします。イスラム教徒の社会は世俗社会でありながら、そのまま宗教共同体で……キリスト教のような、教会という考え方がない……。聖職者……も存在しません。法学者は、世俗の職業なのです。……イスラム教の理想によると、カリフという政治的指導者が、世界にただ一人いるのが正しい姿です。カリフは、ムハンマドが死んだ後、順番に四人ほど選ばれたのですが、暗殺などの政治的抗争が絶えず、その後はある系統で世襲され……ます。これがウマイヤ朝で……最後のカリフが死亡したあと、その王朝は途絶え……いまカリフはいません。カリフはイマームともいいます……カリフの代理人をスルタンと言います……あちこちのイスラム王国は、スルタンが支配していました。スルタンの……代理人をアミールと言います……アミールの支配する王国もある。ウンマは地上にひとつのほずですが、たくさん世俗的な王様が出てきます。……イスラムの原則は、政治的な支配者、権力者は、必ず法学者を顧問に迎えて、イスラム法学者と相談しながら統治を行なう。これが専制君主制と違うところです。法学者の権限や地位がとても高い。<sup>(84)</sup>

このような特質を有するイスラム社会でも、周知のように、近代化、西欧化の動きがみられ、憲法を制定する国も<sup>(85)</sup>現れている。ふたたび、橋爪教授によれば、この点は以下のように説明されている。

……イスラム法があると、ヨーロッパの制度を取り入れるのが非常に困難です。……日本は、ヨーロッパ文明と接触したとたん、いままでの政治制度……経済制度……法律制度を全部かたがけ捨て、たった五年か十年のあいだに、全部ヨーロッパ式にしてしまいました。……こういう変わり身の速さが、日本民族の特徴です。……日常生活のルールが、宗教的意味を持っていないから……簡単に捨てることができる。……ムスリムの場合、日常生活の一举一動に宗教的な意味があるわけで……、それを捨てることができない。……大事なところは、イスラム法に定められている。……イスラム法を重視するので、憲法とか議会とかいう考えが、なかなか馴染まない。憲法とは、人間が最高の法をつくるということですから、イスラム法との関係が問題となる。イスラム法より上位の法を人間がつくったということになると、反対する人が出てきます。イスラム法があるのに、なんで憲法が必要なのか。……それに「二重の幸福」論の関係で、世俗内禁欲・勤労のエートス（行動様式）の確立が困難です。自分は最大限の努力をしたのだけれども、神様の気まぐれで、約束が実行できなかった。だから私のせいではありません。という考え方は、契約絶対の原則と反します。近代社会ならば……契約自由の原則と契約絶対の原則があります。この契約絶対の原則が、神の法の前で相対化されてしまう。……近代的で合理的な社会をつくるのは、なかなか難しい。……無理やり近代化する国……たとえばトルコでは、初代大統領のケマル・アタチュルクが……一所懸命西洋化を進めました。……イランでは、アメリカの支持のもと、パーレビ国王が近代化を進めようと……すると保守派が、イラン・イスラム革命を起こす……。イスラム主義の原則にのっとった革命……これが「イスラム復興」なのですが、革命後のイランでは、保守派と改革派がいつも揉めている。……改革派といっても、敬虔なムスリムで、時間を守って毎日熱心に礼拝している。……改革派は、どういう考え方をしているか。日本で昔、天皇親政説と天皇機関説とが……論争しました。……天皇の権威と、憲法の権威のどちらが上か……天皇機関説は憲法の権威が上で、日本は立憲君主制の合法的な国家であり、憲法のもとでは天皇もまた一機関である。こういう考え方は、天皇親政説は……天皇は超法規的、超憲法的な存在なのだから、憲法の規定を超えて、親政するのが正しい姿である、日本陸軍、海軍は天皇に直属しているのだから……超法規的に行動しうる。こういう考えです。……実際の論争では……機関説が敗れ……た。イスラム世界では、イスラム法と憲法と、どちらが上位の法概念なのかということが、当然論争になる。かつての天皇機関説論争と、そっくり……です……。これがイランで起こっている論争で、それぞれが保守派、改革派と呼ばれているのです。……イスラム世界にはこういう法律があつて……それだけ行動が制限されるから、自由ではないように見える……がムスリムの人たちは、神の法は、神が私たちを守るために特別に授けてくれた法だから、私

たちはそれに喜んで従っている……習慣になつてから、むしろ自由を感じこそすれ、まったく不自由ではない、こう考え  
ている……<sup>(87)</sup>

以上の説明が示すように、イスラム教は、明らかに、近代憲法体制が認める憲法（基盤的社会規範）の枠外に位置する。このことは、近代憲法体制自体を否定する宗教法を世俗界の憲法がそのまま無批判に受け入れることの是非という根本的な疑問を浮かび上がらせることであろう。

七 このようにみると、ここで取り上げた世俗界の法が宗教界の法をそのまま受け入れることの是非という第二の論点についても、国際私法分野および憲法分野を通じて、改めて検討する必要性のあることが分かる。前述のように、一方には、宗教法のみによつて規律される宗教界と世俗法ののみによる規律を考慮する世俗界（国家）との概念的かつ制度的な分離を認め、内心においては宗教法を尊重しながら、行為については世俗社会の立法を尊重するキリスト教のような「体制内宗教」がある。これに対し、他方には、宗教界と世俗界との概念的かつ制度的な分離を認めず、宗教上の戒律をそのまま（あるいはもっぱら）世俗の法源として承認し、世俗界で新たに憲法が定められる場合であっても、イスラムの諸原理を憲法に導入する点において、近代憲法の観念や内容とは相当に齟齬がみられるイスラム教のような「体制外宗教」がある。小稿で検討したのは、「体制内宗教」と「体制外宗教」を憲法上同列に取り扱うことの可否という原理的な論点であった。このようにみると、わが国の裁判所が適用する外国宗教法の範囲を「体制内宗教」に限定し、「体制外宗教」を除くという解釈もあり得よう。このことは、世俗界の憲法は、そもそも、世俗界と宗教界との制度的分離を基本的に認めないような宗教も当該宗教界に固有の事象も、みずからの規律対



象としておらず、それゆえ、世俗の裁判所で当該宗教法を適用する余地はないとみる理解（制限説）へと通じよう。制限説の採否に関する判断はもとよりひとつの政策判断事項である。<sup>89</sup> それゆえ、当然のことながら、他方には、世俗の裁判所でも宗教法を適用し得るとする見解（無制限説）も存在し得る。仮にこのような制限説が憲法分野で受け入れられる可能性があるとするならば、前述（三の末尾）のように、平成元年（一九八九年）改正前の法例に法の人的抵触に関する明文規定が置かれていなかった点についても、従来のと異なる説明が可能となろう。すなわち、明文規定の不存在を立法規定の欠缺とみる理解に代えて、特別の規定を設ける必要がなかったとする構成である。その場合、イスラム教のような「体制外宗教」に属する外国宗教法には、憲法上、適用可能性が最初から認められないため、「本国法」の名において人的不統一法国法が準拠法に指定される余地がない。いずれの見解についても、それぞれの主張が、近代憲法体制の枠内で、どのような法的論理のもとに可能なのかという点が明らかにされていないければ、外国宗教法の適用過程を説明することはできない。これらの理解の当否に対する憲法的評価が求められる所以である。

## 五 結びに代えて

一 小稿では、断片的な資料に基づいてひとつの試論が提示された。はじめに、不統一法国法が準拠法として指定された場合における人際法規定の適用過程に関する国際私法分野の理解が、立法の変遷とともに、確認された。すなわち、法律構成上の違いを残してはいるものの、準拠法として指定された人的不統一法国法上の人際法規定の適用が

概ね認められ、公序条項により当該国実質法規定の適用が結果的に排除される場合があるとしても、その前提を成す外国宗教法の適用可能性については異議なく肯定されていたという点である。しかしながら、既述<sup>(9)</sup>のように、憲法が外国法に対して一般的法源性を付与すると考える場合、国際私法分野の従前の理解の当否とそれに対応した新たな法律構成の可能性について憲法の視点から改めて検討する契機が生じ得る。

二 それならば、準拠法として指定された不統一法国法の人際法規定および宗教法規定の適用過程はわが国の憲法上どのように説明されるのだろうか。むしろ思い付きの域を出るものではないところから、小稿の検討対象は想定可能な若干の観点に限定されている。

第一に、人種・民族や身分の相違に依じて適用法規を区別する外国人際法規定の適用それ自体が、また、そうした区別を含む外国宗教法の適用自体がそれぞれ憲法第一四条第一項所定の「法の下での平等」に触れるのではないかという点が検討された。むしろ、国際私法分野では、異教徒間の婚姻を禁じたエジプト法の適用が公序条項により排除された先例<sup>(9)</sup>を含め、外国宗教法（実質法）の適用結果が法の適用に関する通則法第四二条にいう「公の秩序又は善良の風俗」に反するとして、当該規定の適用が排除され得るという主張は、確かに、ある。しかし、右の疑問の真意は、「外国人際法規定がわが国でも適用される」という司法行為それ自体が憲法上も是認されるか、そして、これが肯定される場合、憲法上この点がどのように説明されるか、これらを問い直すことにある。

第二に、憲法第二〇条にいう「宗教的活動」に外国宗教法の適用が含まれるか否か、外国宗教法の適用は「政教分離」に触れるか否かという点を取り上げられた。管見ではあるが、参照された憲法分野の体系書では、この点について明確な指針は示されていないようにみえる。国家という世俗界と聖典を中心とする宗教界との法制上の分離を認め

るか否かという前提的論点をめぐって肯定説（キリスト教社会他）と否定説（イスラム教社会他）とが対立している現状をも併せ考慮する場合、肯定説と否定説の双方を含むような包括的パラダイムが関係者間の協力により協働して探求されなければならない。その場合の法は、いずれか特定の国家法でも宗教法でもなく、諸国家の世俗法や各宗派の宗教法を超越した「より上位の第三の法源」に求められなければならない。このことは、「国家法のもとで宗教法を適用する」というこれまで当然視されていた説明方法に一定の限界があるのではないかという疑問に通じ得る。

第三に、同条にいう「宗教」が、（日本国憲法も属する）近代憲法体制の枠内にある、「体制内宗教」に限られるか否かという点が検討された。それは、ドイツの法哲学者、グスタフ・ラートブルフ（Gustav Radbruch）の言葉になぞらえていえば、神との約束を文章化した聖典を墨守し、人間がそれを変更する余地を認めないという意味で、近代憲法体制それ自体を正面から否定するような宗教に対しても、「信教の自由」の名のもとに、寛容な態度を採り続けるとすれば、そのことを通じて近代憲法体制の維持が難しくなる事態が懸念されるからである。このような理解が正鵠を射ているとするならば、憲法分野との真摯な対話を通じて、国際私法分野におけるこれまでの体系的理解のあり方が改めて検討されなければならないこととなる。

三 右に指摘した三点に対する解答の探求は何よりもまず憲法分野の討議に委ねられなければならない。日本公法学会の歴史を顧みると、すでに三〇年ほど前に、「憲法と宗教」というテーマが掲げられていたが、そこでの研究対象は、概して、伝統的な憲法解釈学の枠内の主題（信教の自由、政教分離等）に限られていた。<sup>(93)</sup>「憲法からみた宗教」に代えて「宗教からみた憲法」という視点を取り上げられた池田教授の場合でも、小稿の主題に触れられることはなく、その後も憲法分野で小稿の主題が正面から取り上げられることはなかったようにみえる。<sup>(94)</sup>それは、憲法分野にお

いて、概して、憲法が外国法に対して一般的法源性を付与するという観点自体がおよそ考慮されていなかったからではないかとも推測される。

周知のように、法制度は、政治制度や経済制度と並んで、諸国の社会制度を構成するひとつの要素にすぎない。こうした歴史的現実を考慮すれば、専門分野の如何を問わず、法形成の場面（立法論）でも法適用の現場（実定法解釈論）でも、法に内在する論理以上に、社会環境に関わる外部的諸要素を優先的に考慮することの必要性和その重要性が明らかになろう。小稿の主題に即していえば、一国の法制度の中にあらゆる宗教を取り込むという「法制度中心主義（世俗法がすべての宗教法を取り込む）」とみる立場）から一度は離れ、国家という枠を超越し、それぞれの宗教制度の中に法を位置付けるという「逆転した発想（世俗法がすべての宗教法を取り込むことの可否）を問う批判的視点」に立つこともひとつの選択肢となり得るのではなからうか。自然地理的および経済社会的な環境に制約されたそれぞれの地域に長きに亘って集い、歴史を作り上げてきた多くの人々の社会行動文法の多様性に着目するこのような文化論的アプローチの可能性については、遺憾ながら、わが国の場合、きわめて断片的にしか論及されていない。<sup>(95)</sup> 小稿で取り上げた諸点は、「宗教と法との関係如何」という巨大な問題複合体にも関わるものであり、容易に結論に至り得ないことは十分に自覚されている。それでも、わが国における研究史の空白を少しでも埋めようとするれば、憲法学を含め、現代世界の法学がこの問題をどのように受け止めるべきかという点に一致して触れざるを得ないであろう。<sup>(97)</sup> 小稿が今後の課題解決に向けたひとつの捨て石となるならば、何よりのことと言わなければならない。

\* マックス・ウェーバー（尾高邦雄訳）『職業としての学問』（岩波書店、一九八〇年）二二頁以下。

(1) 畑尻剛教授の業績については、本号末尾六五七頁以下掲載の著作目録参照。

(2) 山内「国際私法における両性平等について——イタリアにおける展開——」法学新報九六卷十一・十二号（橋本公巨先生古稀記念号）六七七頁以下（山内『国際公序法の研究』（中央大学出版部、二〇〇一年）一八一頁以下所収）、同「国際私法と憲法との関係に関する一考察——公序条項の法律要件解釈をめぐる素描的検討——」（法学新報二二〇巻一・二号（長尾一敏先生古稀記念号）七一五頁以下（山内『国際私法の深化と発展』（信山社、二〇一六年）一八七頁以下所収）。

(3) 東京地裁平成二年二月七日判決（判例時報一四二四号八四頁①事件）。その評論・解説として、河野俊行「法例二一条の適用につき、親と子がともにインドネシア国籍を有する場合、宗教により適用法令を異にするため、本国法が同一であるとはいえない」とされた事例「私法判例リマックス一九九三年（下）一六五頁、信濃孝一「離婚に伴う親権者指定の準拠法につき、同一国籍の親と子が宗教によって適用法例を異にする場合の本国法の同一性（消極）」判例タイムズ八二一号一六四頁、岡本善八「人的不統一法国に属する者の本国法」（池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選』第三版）（別冊ジュリスト一三三三号、一九九五年）一六頁以下（7事件）、伊藤弘子「人的不統一法国」（櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』（別冊ジュリスト一七二二号、二〇〇四年）一八頁以下（8事件）、伊藤弘子「人的不統一法国」（櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』新法対応補正版）（別冊ジュリスト一八五号、二〇〇七年）一八頁以下（8事件）、織田有基子「人的不統一法国」（櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』第2版）（別冊ジュリスト二一〇号、二〇一二年）一八頁以下（8事件）。

(4) 法例第一六条本文（第十四条ノ規定ハ離婚ニ之ヲ準用ス）に続く但書では、「但夫婦ノ一方ガ日本ニ常居所ヲ有スル日本人ナルトキハ離婚ハ日本ノ法律ニ依ル」と規定されていた。この内容は、法の適用に関する通則法第二七条本文（第二十五条の規定は、離婚について準用する。）に続く但書（ただし、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、離婚は、日本法による。）のそれに対応する。法例の規定内容と法の適用に関する通則法のそれとの同一性は、次の引用部分で参照された法例第二条（親子間ノ法律関係ハ子ノ本国法ガ父又ハ母ノ本国法若シ父母ノ一方アラザルトキハ他ノ一方ノ本国法ト同一ナル場合ニ於テハ子ノ本国法ニ依リ其他ノ場合ニ於テハ子ノ常居所地法ニ依ル）および法の適用に関する通則法第三二条（親子間の法律関係は、子の本国法が父又は母の本国法（父母の一方が死亡し、又は知れない場合

憲法と国際私法との関係に関する一考察（山内）

にあつては、他の一方の本国法」と同一である場合には子の本国法により、その他の場合には子の常居所地法による。」に ついてもあてはまる。

(5) 判例時報一四二四号(前注(3)) 八五頁。

(6) 奥田教授はこの点について次のように説明される。人的不統一法国とは、一国の中で宗教や種族などにより法律を異にする国のことである。たとえば、インドでは、ヒンズー教徒、イスラム教徒、キリスト教徒、パーシー教徒など、宗教により適用される家族法が異なる。このように各宗教に固有の法は、成文法として存在することもあれば、判例法しかないこともある。さらに、宗教にかかわらず適用される「特別婚姻法」も存在する。またフィリピンにおいても、宗教にかかわらず適用される「フィリピン家族法」があるが、そのフィリピン家族法中に、少数民族間の婚姻については、慣習法による婚姻を認める規定が存在し(三三条)、とくにイスラム教徒については、「イスラム身分法」が制定されている。(奥田安弘『国際家族法』(明石書店、二〇一五年) 四八七頁以下)

(7) 鳥居教授によれば、「人際法」は「一国内で、宗教、人種、または民族ごとに異なる法律による規律が行われる人的不統一法 国において、これらの並存する法律の間の抵触を解決する法律……一方的抵触規定」と定義されている(鳥居淳子「人際法」(国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年) 四九六頁)。ここでは、「人際法のうち、複数の宗教法間の抵触を解決する(宗) 教際法は特に重要である」旨も指摘されている。人際法については、澤木教授の先駆的研究(澤木敬郎「国際私法における人際法上の若干の問題」立教法学一四号四三頁)のほか、伊藤弘子教授(国際私法における人際法の研究——とくにインドの場合(1)~(3)——)愛知学院大学論叢法理学研究四一卷三号一頁、同四号一頁および同四二巻一―二号一頁他)、大村芳昭教授(『国際家族法研究』(成文堂、二〇一五年))他の諸研究等が参照されなければならない。

(8) 人際法については、欧文の国際私法体系書における概括的な記述に加え、Vincent Schröder, Die Verweisung auf Mehrrechtsstaaten im deutschen Internationalen Privatrecht - unter besonderer Berücksichtigung der Verweisung auf die Vereinigten Staaten von Amerika - Tübingen 2007, SS.35-59 (4b) Interpersonales Kollisionsrecht<sup>4)</sup> 他参照。

(9) 判旨では、「三人の子供の宗教は同一でない」と記されていた。この表現からは、裁判所が、三人の子がそれぞれに信仰するいずれかの宗教、それぞれが属する宗派等が実在することを認定した結果、それらの相違が確認された旨が読み取れる。これに対して、河野教授の評論では「宗教をもたない子」と表現されているが、子らの宗教的帰属が否定されていると判断

された根拠は示されていない（河野・前掲評論（前注（3））一六六頁）。

(10) 河野・前掲評論（前注（3））一六八頁、伊藤・前掲解説（前注（3））一九頁、織田・前掲解説（前注（3））一九頁。

(11) 山内「国際私法と憲法との関係に関する一考察——公序条項の法律要件解釈をめぐる素描的検討——」（前注（2））七一頁以下、同「国家法体系における外国法の位置付け——憲法と国際私法との接点を求めて——」（比較法雑誌五二巻四号）七一頁以下、同「国家法体系における外国法の概念について——憲法と国際私法との役割分担をめぐって——」（比較法雑誌五三巻三号）一頁以下、「国家法体系における外国法の解釈について——憲法と国際私法との対話のために——」（法学新報一二七巻五・六号（新井誠先生退職記念号））七三頁以下参照。

(12) この点についての包括的な解説として、佐野寛「第四〇条（人的に法を異にする国又は地の法）」（櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』（有斐閣、二〇一一年））二九四頁以下がある。

(13) 大村・前掲書（前注（7））一二五頁、一七六頁以下。なお、研究の時期や参考文献の相違によるためであろうが、河野教授の研究では、「伝統的にインドネシアでは私法の領域に関する限り、ヨーロッパ系の者、アジア系の者、インドネシア土着の系統に属する者の三つのグループに大別した上で、それぞれに異なる法規を適用してきた」と記されている（河野・前掲評論（前注（3））一六七頁）。

(14) 大村・前掲書（前注（7））一三〇頁および一八〇頁。スリランカについては、杉本良男「スリランカのシンハラ仏教法と国家」（湯浅道男・小池正行・大塚滋編『法人類学の地平』（成文堂、一九九二年））一二七頁以下）他参照。

(15) 鳥居・前掲解説（前注（7））四九六頁）。そこでは、「同様な問題は、ヒンドゥー教徒、キリスト教徒、イスラム教徒、インドゾロアスター教徒などが混在し、それぞれに異なった婚姻法、後見法、相続法などが存在するインドや、前記マレーシアのように、イスラム教徒の多い東南アジア、アフリカ、あるいは中近東の諸国にみられる。」旨も指摘されている。このほか、鮎京正訓編『アジア法ガイドブック』（名古屋大学出版会、二〇〇九年）、マレーシアについては、萩原宣之「マレーシアの社会と法」（『法社会学講座 10 歴史・文化と法 2』（岩波書店、一九七三年））二〇九頁以下）他、ミャンマーについては、土佐桂子「宗教と正義」——ミャンマーにおける仏教徒女性婚姻法制定をめぐって——」（細谷広美・佐藤義明編『グローバル化する「正義」の人類学——国際社会における法形成とローカリティ——』（昭和堂、二〇一九年））三〇九頁以下）他、イスラームについては、福島小夜子「イスラーム社会」（『法社会学講座 9 歴史・文化と法 1』（岩波書店、一九七

- 三年（二二七頁以下）、湯浅道男「現代イスラーム法」（湯浅道男・小池正行・大塚滋編『法人類学の地平』（成文堂、一九九二年）二二九頁以下）他参照。
- (16) 鳥居・前掲「人際法」（前注（7））四九六―四九七頁。インドについては、黒木三郎「インド」（『法社会学講座 10 歴史・文化と法 2』（岩波書店、一九七三年）一九三頁以下）、安田信之「サティ殺人事件と反サティ法——ヒンドゥー法の潜勢力」（湯浅道男・小池正行・大塚滋編『法人類学の地平』（成文堂、一九九二年）一八七頁以下）、大村・前掲書（前注（7））一六九頁以下、ニリマ・チャンディラマニ（伊藤弘子訳）「インド家族法（二〇一七―一八年版）（1）」（8・完）」戸籍時報七六一号一三頁、七六四号二頁、七六五号三五頁、七七九号一四頁、七八〇号一三頁、七八三号一九頁、七八四号二六頁および七八六号一〇頁、Katharina Parameswaram-Seiffert, Das indische Rechtssystem - ein Überblick, RIW 2019, 480 他参照。
- (17) 原文では「The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law.」と表記されている（<http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/chp12.html>）（二〇一九年九月三〇日確認）。
- (18) このほか、ガーナの部族法、たとえば、エヴェ族の場合、父系血統社会で祖先崇拜という特徴を有する一方で、母系制の特色をも併せ持つこと等が指摘されている（<https://journals.openedition.org/africanistes/2829>）（二〇一九年九月三〇日確認）。
- (19) 池原季雄『国際私法総論』（有斐閣、一九七三年）一七二頁以下、山田鎌一『国際私法』第3版（有斐閣、二〇〇四年）八七頁以下、溜池良夫『国際私法講義』第3版（有斐閣、二〇〇五年）一八二頁以下、道垣内正人『ポイント国際私法総論』第2版（一九二頁以下、櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』（有斐閣、二〇一一年）二九四頁以下（佐野寛執筆）、櫻田嘉章『国際私法』第6版（一〇三頁以下、横山潤『国際私法』（三省堂、二〇一二年）五九―六七頁、中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法』（有斐閣、二〇一四年）九四頁、九八頁以下、出口耕自『論点講義 国際私法』（法学書院、二〇一五年）六七頁以下、澤木敬郎・道垣内正人『国際私法』第8版（有斐閣、二〇一八年）四〇頁以下、神前禎・早川吉尚・元永和彦『ポイント国際私法総論』第4版（有斐閣、二〇一九年）七二頁、七六頁以下、松岡博編『国際関係私法入門』第4版（有斐閣、二〇一九年）四九頁他。
- (20) 右の裁判例の解説を担当された織田有基子教授は、この点について、次のように説明されていた。



日本の裁判所において、当事者の本国法として人的不統一法国の法が指定された場合、その国の法のうちいずれの法が当該問題に適用されるべきであろうか。平成元年（一九八九年）改正前の法例は人的不統一法国の国籍を有する者の本国法の決定に関して明文規定を持たなかったため、この問題については、法廷地の不文の国際法により処理すべきとの立場（解説として、伊藤弘子・本百選〔新法対応補正版〕一八頁参照）と、国際私法を適用し本国（国籍国）の国際法により準拠法を決定する立場とに分かれ、多数説である後者の中でもさらに、地域的不統一法国に関する法例旧二七条三項の規定（地方ニ依リ法律ヲ異ニスル國ノ人民ニ付テハ其者ノ屬スル地方ノ法律ニ依ル）（法例（昭和六一年法律第八四号による改正）——筆者注）を準用すべしとする見解（たとえば東京家審昭和五〇・三・一三三月二八巻四号一二二頁、岡本善八・昭和五一年度重判解（ジュリ六四二号）二六二頁）と、人的抵触は当該国の実質法秩序内の問題であって場所的抵触とは性質を異にするから同項の準用は適切ではないとする見解（たとえば、池原季雄『国際私法（総論）』一九七三—一七二頁、山田・前掲八八—八九頁、鳥居淳子・ジュリ六四七号一五二頁、林脇トシ子・涉外判例百選（増補版）二一七頁）とが対立していた。平成元年（一九八九年）の法例改正にあたり、「扶養義務の準拠法に関する法律」七条に依つて、人的不統一法国に関する法例三一条が新設された（南敏文『改正法例の解説』一九九二—二〇三頁、基本法コンメンタール国際私法（別冊法七）一五六—一五八頁（佐藤やよひ））。現在の通則法四〇条も実質的には同じ内容を有するものと解される（櫻田嘉章『道垣内正人編『注釈国際私法（2）』二〇一一—二九八頁（佐野寛）参照。なお、通則法制定時の法制審議会における法例三一条の修正の要否に関する議論については、小出邦夫編著『逐条解説法の適用に関する通則法』二〇〇九）三六五—三六六頁）。織田有基子「人的不統一法国」（櫻田嘉章・道垣内正人編『涉外判例百選〔第2版〕』（前注（3））一八頁以下（8事件））

(21) 岡本善八「人際法」ジュリスト六四二号（昭和五一年度重要判例解説）二六二頁、岡本善八「人際法」（池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選〔第二版〕』（別冊ジュリスト八七号、一九八六年）二〇頁以下（7事件）、岡本善八「国際私法と人際法」〔澤木敬郎・坪場準一編『国際私法の争点（有斐閣、一九八〇年）九頁、岡本善八「国際私法と人際法」〔澤木敬郎・坪場準一編『国際私法の争点新版』（有斐閣、一九九六年）一二頁、大村芳昭「日本人・パキスタン人間の離婚及び親権者指定の準拠法」ジュリスト一〇四八号一一一頁以下、特に一二二頁他参照）。

(22) 池原・前掲書（前注（19））一七二頁。こうした理解は、山田・前掲書（前注（19））八八頁他にもみられる。

憲法と国際私法との関係に関する一考察（山内）

- (23) 澤木・前掲論文(前注(7)) 四三頁以下。
- (24) 河野・前掲評論(前注(3)) 一六七頁。
- (25) 澤木・前掲論文(前注(7)) 四五頁。
- (26) 澤木・前掲論文(前注(7)) 四五頁。
- (27) 道垣内正人『ポイント国際私法総論〔第2版〕』(有斐閣、二〇〇七年) 一九二頁以下。
- (28) 神前・早川・元永・前掲書(前注(19)) 七〇―七二頁。
- (29) 大村・前掲書(前注(7)) 九一頁他。
- (30) 織田・前掲解説(前注(3)) 一九頁。
- (31) 佐野・前掲解説(前注(12)) 二九七―二九八頁。なお、本文中の引用個所のうち、「注7」では、大村芳昭「国際家族法と人際法」中央学院大学法学論集一〇巻一号(二九九六) 六七―七〇頁、東京家裁審判昭和四九年一月二七日家裁月報二七卷一〇号七一頁(マレーシア)、横浜地裁判決昭和五八年一月三〇日判例時報一一一七号一五四頁(インドネシア)、浦和地裁判決昭和五八年二月二日家裁月報三七卷二号一五六頁(パキスタン)、名古屋地裁岡崎支部判決昭和六二年一月二三日判例時報一二八二号一四三頁(パキスタン)、これらが参照され、また、「注8」では、東京家裁審判昭和五〇年三月一三日家裁月報二八卷四号二二頁(インド)、東京家裁審判昭和五八年四月二五日判例時報一一二三号一〇六頁(マレーシア)、岡本善八・昭和五二年度重要判例解説二六三頁が、それぞれ参照されている。
- (32) 佐野・前掲解説(前注(12)) 二九八頁。
- (33) 佐野・前掲解説(前注(12)) 三〇〇―三〇五頁。このような理解に対して、大村教授は、法の適用に関する通則法第四〇条第一項の前身たる法例第三一条の解釈に関して、「当事者の属人法を特定するためではなく、当該法律関係に適用される準拠法自体を特定するための規定として適用されるべき」旨、そして「当事者の本国法を特定するための規定から、当該法律関係に適用すべき部分的法秩序を指定するための規定へと改めるべき」旨を主張されていた(同・前掲書(前注(7)) 八二頁以下、一一三頁、二〇四頁以下他)。尤も、大村教授の立場にあっても、準拠法決定に関する独立抵触規定の解釈を補充するという意味で、当該規定が従属抵触規定と位置付けられることに変わりはない。

(34) 前注(11) 参照。

- (35) 河野・前掲評論(前注(3))一六七頁。
- (36) 大村・前掲書(前注(7))九一頁他。
- (37) この点は、櫻田嘉章「第一条(趣旨)」(櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』(有斐閣、二〇一一年)六四—六七頁にも当てはまる。
- (38) 河上倫逸「多神教世界における日常の法」(晃洋書房、二〇〇五年)二四四頁参照。
- (39) 宮澤俊義「憲法Ⅱ」(法律学全集4)(有斐閣、一九七一年)二四二頁、橋本公巨「日本国憲法」(有斐閣、一九八〇年)一三四頁、佐藤幸治「憲法」(第三版)『現代法律学講座5』(青林書院、一九九五年)四一七頁、長尾一紘「日本国憲法」(第3版)『世界思想社、一九九七年)九二頁、辻村みよ子「憲法」(第4版)『日本評論社、二〇一二年)二二六頁、工藤達朗・畑尻剛・橋本基弘「憲法」(第5版)『不磨書房、二〇一四年)七三頁以下他。
- (40) 橋本・前掲書(前注(39))一三四頁。
- (41) 佐藤・前掲書(前注(39))四一七頁。
- (42) 宮澤・前掲書(前注(39))二四二頁、橋本・前掲書(前注(33))一三五頁、佐藤・前掲書(前注(39))四二〇頁、辻村・前掲書(前注(39))一二八頁他。
- (43) 宮澤・前掲書(前注(39))二四二頁、橋本・前掲書(前注(33))一三五頁、佐藤・前掲書(前注(39))四二〇頁、辻村・前掲書(前注(39))一二八頁他。
- (44) 長尾・前掲書(前注(39))九三頁。
- (45) 紀元前一五〇〇年頃にアーリヤ人が移住したインドでは、征服層が三つのヴァルナ(varna、「色」を示す言葉に起因するこの語は身分による区別を表す)を設け、先住民(ドラヴィダ人)を下位のヴァルナとして、カースト制度(「血統」という意味のポルトガル語に由来する)を発足させた。ヴァルナの最高種族「バラモン」はヒンドゥー教やバラモン教の司祭としてヴェーダ聖典を語り伝え、呪術的な力を世襲し、その権威と利権を守るべく宗教的支配者階級を構成した。第二位の種族「クシャトリア」(「権力を持つ者」の意)は、バラモンと並んで支配者階級を構成し、政治や軍事を担当し、第三位の種族「ヴァイシヤ」(「クシャトリアによって喰われるもの」の意)は、クシャトリアへの物納品を提供すべく農耕、牧畜、手工業等に従事した。バラモン教のヴェーダ聖典を学べる特権を有するこれら三つの上位種族に対し、バラモン教の学習を禁

じられた最下位の種族「シユードラ」は被支配者階級とされたが、奴隷売買の対象ではなく、家族や私有財産を認められていた。後にヴァイシヤがもっぱら売買に従事するようになると、シユードラが農業や牧畜などの生産活動を担うようになる。身分による区別を意味するヴァルナに、「出自」・「生まれ」・「家柄」を意味するジャーティ (Jati) が加味された結果、カースト制度 (ヴァルナとジャーティ) は職業別に三〇〇〇種類以上の集団に細分化されることとなった。ヒンドゥー教については、M・B・ワング著 (山口泰司訳) 『ヒンドゥー教 改訂新版』(青土社、二〇〇四年) 他参照。

- (46) このことに加え、この法律構成に対するひとつの対案が考えられることについてはすでに触れたことがある (山内・前掲論文「国際私法と憲法との関係に関する一考察」(前注(2)) 七一五頁以下、同・前掲論文「国家法体系における外国法の概念について」(前注(11)) 比較法雑誌五三巻三号一頁以下)。

(47) 橋本・前掲書(前注(39)) 一九八頁。

(48) 橋本・前掲書(前注(39)) 一九九頁。

(49) 長尾・前掲書(前注(39)) 一四六頁以下。

(50) 長尾・前掲書(前注(39)) 一四六頁以下。

(51) 橋本・前掲書(前注(39)) 一九八頁。この点については、「法の下の平等は、国民からすると、不当な差別を受けない権利を意味するが、国家機関から見ると、不当な差別を内容とした法を制定しないこと、不当な差別に当たるとする法適用を行わないことが義務づけられていることになる」との説明もみられる(佐藤・前掲書(前注(39)) 四七一頁)。

(52) 佐藤・前掲書(前注(39)) 四七一頁。

(53) 長尾・前掲書(前注(39)) 一四八頁以下。

(54) 長尾一敏『日本国憲法「第4版」』(世界思想社、二〇一一年) 八二頁以下。

(55) 男性が女性よりも上位の身分に属する場合、異なる身分間の婚姻が稀に認められることもあったのに対し、逆に女性の身分が男性よりも上位の場合、異なる身分間の婚姻は認められなかった (<https://www.compathy.net/magazine/2015/12/14/the-caste-system-and-the-state-of-india/> (二〇一九年九月三〇日確認))。

(56) 前注(45)。

(57) 最近の言及として、エーラーズ(松原光宏・村山美樹訳)「ドイツにおける国家的共同体・宗教的共同体——相互関係と

発展——」(エーラーズ著(松原光宏編訳)『エーラーズ教授名誉学位授与記念講演集 教会・基本権・公経済法』(日本比較法研究所翻訳叢書76)(中央大学出版部、二〇一七年)一頁、特に一五以下)。

(58) 橋本・前掲書(前注(39)) 一三三頁。

(59) 名古屋高裁昭和四六年五月二四日判決(「津地鎮祭事件」)、行政裁判例集二二卷五号六八〇頁。

(60) 橋本・前掲書(前注(39)) 二三三頁、佐藤・前掲書(前注(33)) 四九〇頁。

(61) 橋本・前掲書(前注(39)) 二三四頁。

(62) 佐藤・前掲書(前注(39)) 四九一頁。

(63) 最高裁(第一小法廷) 昭和四四年七月一〇日判決(「銀閣寺事件」)、民集二三卷八号一四二三頁。

(64) 宮澤・前掲書(前注(39)) 三五六頁。

(65) 橋本・前掲書(前注(39)) 二三九頁。そこでは、後述する最高裁(大法廷) 昭和五二年七月一三日判決における多数意見(民集三二卷四号五三三頁以下、五四一頁)「のようによめるて解すると、憲法の所期した国家と宗教との分離の原則そのものが崩壊するおそれがある」と指摘されている。

(66) 名古屋高裁昭和四六年五月一四日判決(「津地鎮祭事件」)、行政裁判例集二二卷五号六八〇頁。その上告審である最高裁

(大法廷) 昭和五二年七月一三日判決における反対意見(民集三一卷四号五三三頁以下、五五〇頁)も同旨。佐藤・前掲書

(前注(33)) 五〇二頁。

(67) 最高裁(大法廷) 昭和五二年七月二三日判決における多数意見(民集三一卷四号五三三頁以下、五四一頁)。

(68) この点に関して、「国の行為が二〇条三項の『宗教的活動』にあたるかという点については、第一に、当該行為において『宗教性』が——その程度のいかんを問わず——認められることを必要とする……第二に、当該行為における宗教性の程度が一定の限度をこえたものであることを必要とする」とする解説もある(長尾・前掲書(前注(39)) 一九六頁および一九八頁)。しかしながら、論者の場合、いずれの要件についても、当該基準を用いるすべての者が同一の結論に至るという意味での客観性を備えた判断基準が示されていない。その理由は、おそらく、ここでも「ケース・バイ・ケースにきめる必要がある」(同書一四八頁)という点に求められよう。

(69) ここで「近代憲法体制」という言葉で想定されている実体は、阪口教授の言葉を借りれば、以下のように述べることで

憲法と国際私法との関係に関する一考察(山内)

きる。

リベラル・デモクラシーにおいては、民意は絶対的ではない。「民意＝多数者の支配」として、「デモクラシー」の名の下に正当化される政治権力の行使も、それが個人の「人権」を侵害するものであるならば許されない……これが「近代立憲主義」という考え方であり、それを制度的に担保しているのが、多数者の意思を体現する議会によって制定された法律であっても、それが憲法によって保障された基本的人権を侵害するものであれば、裁判所によって違憲無効とされる、「違憲審査制」というシステムである。(内藤正典・阪口正二郎編『神の法と人の法——スカーフ論争からみる西欧とイスラームの断層——』(日本評論社、二〇〇七年) 三二頁以下)

なお、橋爪教授の場合、この点については、「憲法違反ができるのは、……政府とその職員」であり、「ふつうの法律は人民に向け」られているのに対し、「憲法……の宛て先は政府」と考えられている。ここでは、「自然法思想に従って……政府が存在する前からあった……人権や自由を制限し、踏みこむような立法は無効で……それは法律ではない。そう宣言している」「民主主義は、憲法を必要とする。政府が、勝手に人民の利益を損なわないように、憲法という約束を定めて政府に守らせる。こういう役割のもの」と説明されている(橋爪大三郎『人間にとって法とは何か』(PHP新書268、二〇〇三年) 六七―七二頁)。

(70) 池田政章『憲法と宗教』の歴史心理——法文化論への誘い——」(公法研究五二号(一九九〇年) 三〇頁以下)。

(71) 池田・前掲論文(前注(70)) 五二頁以下。

(72) 橋爪・前掲書(前注(69)) 六七―七二頁。

(73) 橋爪・前掲書(前注(69)) 六七―七二頁。キリスト教文明、ユダヤ教、さらには古代オリエントの慣行にみられるこのような憲法の考え方がその他の地域に見られないという点について、橋爪教授は、以下のように説明されている。

……憲法の考え方は……アジアには……インドにも、アラビアにもありません。元をたどるとキリスト教文明なのですが、キリスト教文明をさらにたどると、ユダヤ教に行き着く。ユダヤ教が、今から三千年くらい前に憲法の考え方を発明し……ユダヤ教の考え方が流れ流れて、近代法の、憲法の考え方になりました。ユダヤ教は一神教で……エホバとかヤハウェとかよびます……唯一の神……がユダヤ民族を選んだ。「私と契約を結ぶと……私は責任をもつて、あなたたちを守ってあげます。そしてこの契約を守れば、あなたたちは栄える……。この契約を守らなければ、あなたたちは

破滅します」……そういうメッセージを伝えた。ユダヤ教では、契約が宗教そのもので……契約が法律そのもの……すなわち、宗教＝契約＝法律、という等式が成り立つ。……神との契約という考え方の発想の元をたどっていくと……ユダヤ人の独創というより……古代オリエントの慣行に行き着くかもしれない。

古代オリエントには、バビロニア、アッシリアなどの大きな帝国ができあがって、その下にさまざまな民族の都市国家を従え……それら都市国家とのあいだに、「宗主権契約」なるものを結びました。この契約の内容は、戦争になったら宗主国に軍隊を提供する。普段は税金を納める。そのかわりに宗主国は独立を保障し、保護を与える。……古代ではこういう外交条約はわりと普遍的で、たいていの都市国家は、どこか大きな帝国と契約を結んでいた……。ところが、ユダヤ人は民族主義的で……エジプトとかバビロニアとか、よその民族の帝国と、そういう契約を結ぶのはどうしてもプライドが許さなかった。そこで民族自立のため、ユダヤ人だけを守ってくれる架空の存在、唯一神を考えて、その神様と契約を結ぶことにした……。……神との契約というユダヤ教のアイデアは、古代オリエントの国際慣行を真似たものだったと考えられる……。

この考え方で、神様をなしにしてしまうと、それが憲法です。神様の代わりに、自分たちの代表である、人間がつかっている政府を置く。政府に対しては絶対的服従ではなく、条件的服従になります。政府は神と同じように、絶対的な存在であるけれども、憲法をあいだにはさま、政府が憲法を守るかぎり、という条件つきで服従する……。 (橋爪・前掲書(前注(69))七六―七九頁)

(74) キリスト教については、S・F・ブラウン著(秦剛平訳)『キリスト教』(青土社、一九九四年)他参照。  
(75) 橋爪教授は、この点について、次のように解説されている。

「キリスト教がユダヤ教から分かれ……。イエス自身は、キリスト教徒ではなく、ユダヤ教徒……。ユダヤ人である、ということとは自明……。ですが、キリスト教徒は忘れがち……。です。『新約聖書』……特に福音書に……。何回も出てくるけれどもわかりにくい……。のは、律法……。ではないかと思えます。……。『聖書』には「うびと」「うびと」というのがたくさん出てくる……。『パリサイびと』『サドカイびと』というのは人種ではなく、社会集団の名前で、パリサイ派の法学者たち、サドカイ派の祭司たち、という意味……。で……。エッセネ派(人里離れた場所で祈りの生活を送り、終末を待ちのぞむ人びと)もいて、全部で三つのグループがあった……。エッセネ派は『聖書』にはあまり出てきません。……そ

憲法と国際私法との関係に関する一考察(山内)

- 他の「ーびと」というのはたいてい民族で、「ヘテびと」というのはヒッタイト人。「サマリアびと」……はユダヤ教を信じてはいた……が、差別され、北方に住んでいた民族……このように、たいていは民族名なのです。……「パリサイびと」は、ユダヤ教内部の改革派として登場しました。キリスト教から見ても、保守的でどうしようもないと考えられているパリサイ派自身が、改革派なのです。……律法とは……ユダヤ人にとつての法律、すなわち、ユダヤ法……ユダヤ教の宗教法のことなのです。パリサイびとは、ユダヤ教の法律を厳格に守ろうという運動をくり広げた。なぜそういう運動をくり広げたかという点、守旧派のサドカイびとに反対するためだった。ユダヤ教は非常に古い宗教……で……、部族制を基盤にしていた。神とのコミュニケーションを掌り、儀式を行なうのは族長……で……祭祀を執り行なう権限があった。羊や牛を犠牲にして、薪の上にくべ……その煙が天に昇っていく……儀式……によって神と交流する……ことは、世界中の古代宗教や未開宗教にあるもので、ユダヤ教も……たいへん原始的な信仰です。……都市に生活している人びとは、部族制なんてもう古い、神に対する信仰を、個人が実現すべきである。族長が主宰するセレモニーではなく、直接一人ひとりの服従の気持ち……行為で表さなくてはならない。それは……神の与えた契約に絶対に従うことである、と考えた。……祭儀には、いっさい価値を置きません。その代わりに、法律に大きな価値を置く。ユダヤ社会の変貌に応じて、共同体にもとづくのではなく、個人にもとづくユダヤ教の再生を提案した……サドカイびとは、祭祀権を独占している……。王権が確立した時代、族長たちの行なう祭祀と別に……建設された……神殿で、祭祀を行なう権限を血縁で世襲しているのが彼らで……エルサレムの神殿において、人びとの寄付を募って、優雅に暮らしていた。パリサイびとは、……律法を守るためにはまず『聖書』(タナハ)を読み……シナゴークという学校をつくり……すべての人が『聖書』を読めるように勉強し……正しい生活を送りましょうと……義務教育運動を始め……法律にもとづいて、全民族が神の僕として生活をする、というスタイルをつくった。……(橋爪・前掲書(前注(69)) 八七—九二頁)
- (76) 橋爪・前掲書(前注(69)) 九二—九四頁。
- (77) ユダヤ教については、M・モリスン／S・F・ブラウン著(秦剛平訳)『ユダヤ教』(青土社、一九九四年)他参照。
- (78) 橋爪教授は、この点について、次のように解説されている。
- ……社会や国家は、世俗のものでいい。世俗の法律を、教会とは無関係に、自分たちでつくりましょう。それは信仰



と分離していい……— こういうシステムができた。このことに加えて、議会の機能が変化したということがあります。これが近代国家です。これがもつとも純粹なかたちでできたのがアメリカです。アメリカでは、信仰を守るために国家をつくり、法律をつくりました。それは、世俗の国家、世俗の法律です。だから、どういふ信仰を持っていても、大丈夫なのですね。この考え方がもつと世俗化し、宗教と無関係なかたちで表明されたのが……啓蒙思想の社会契約説です。理性によつて法律を発見し、社会をつくればいい、という考え方です。そして神との契約によく似た国家の契約、つまり憲法というものが出てきます。憲法は、世俗化した神との契約なのです。日本人には神との契約という考え方がないから、憲法と言つてもピンとこない……。憲法は、キリスト教徒の考え方です。第一に、人間が法律をつくつていい……という考え方が基本になっている。ユダヤ教、イスラム教は、人間の手による立法、人間が神と無関係に国家をつくる、という発想に乏しい……。第二に、契約を更改していい、と考える。これもキリスト教に特有です。キリスト教に『新約聖書』と『旧約聖書』があることからわかるように、イエス・キリストを境目にして、契約が更改されたと考える。ユダヤ教、イスラム教には、そうした考え方はなく、啓示を受けたらそのままです。神の子という考えがないのですから、契約を改めようがない……。以上のふたつの要素によつて、憲法ができあがっています。……これは、キリスト教徒にしか思いつけない考え方なのです。(橋爪・前掲書(前注(69))一〇二—一〇三頁)

(79) 橋爪教授は、これに続けて、近代国家における「議会」について解説される。その説示は、以下の通りである。「もともとヨーロッパには、キリスト教とも近代法とも、まったく無関係に議会がありました。議会は、イギリスにありました。フランスにありました。フランスでは、『三部会』という名前前で、何年も開かれなかつたのですが、いちおうあつたのです。フランス革命のときに、三〇〇年ぶりに開かれています。それから、ポーランドにもあつた。いろいろな場所に議会があつた……。議会について……要点をくり返しておきましょう。議会は、封建領主や貴族が集まつた合議体で、国王を牽制するためのものでした。安全保障上の必要もあつて、国王がいないと困るけれども、あまりのさばられても困る。そこで、税金を取つてもいいが、議会の同意を得てからにしてほしいと、国王に約束させた。議会は、国王の税金をまけさせるための団体です。国王は税金を取る金額を、ここに提案します。予算です。議会で同意した場合に限つて、税金を徴収していい。……この議会が、あとになつて、人民の代表という資格を帯びるようになりました。貴族とは別に、納税者、人民の代表を選挙で選んで下院議員にすれば、民主制です。こういうシステムができあがつたのも、やはりキリスト教ならでのことで

す」(橋爪・前掲書(前注(69))一〇三—一〇四頁)。

(80) 橋爪・前掲書(前注(69))九五—九六頁。

(81) イスラム教については、M・S・ゴードン著(奥西峻介訳)『イスラム教』(青土社、一九九四年)他参照。なお、湯浅教授はイスラーム法の特徴を次のように説明される。

「……イスラームとは『自己そのもの、ないし自己の全人格をもって神の前に]服すること』を意味する。そして、イスラームを信仰する者は、予言者ムハンマド(マホメット)によって啓示された規定を受け入れ、唯一神アッラー……の企てに「帰依した者」、つまり、アラビア語でムスリム……とよばれる。このように、イスラームとは神への絶対服従を意味し、予言者によって啓示された「神の言葉」であるコーラン……(アル＝クルアーン)の命ずる法律に服することである。この聖典コーランを根本規範とするイスラーム法……はその信仰の柱である。……ムスリムにとって正義とはこのシャリーアにしたがうということであり、この理念を至上命題とする理想の共同体……(ウンマ)をこの地上に建設することにある……。ムスリムは聖なる領域において敬虔であるばかりでなく、世俗の領域においてもその理想の共同体を正義にしたがって建設・運営しなければならぬ。……イスラーム法は、何が善であり悪であるのか、という判断は人間には不可能か困難である、ということを前提としている。それは、神の啓示によって認識可能となる「天啓の法」だということであろう。」(湯浅・前掲論文(前注(15))二二九頁以下)

なお、イスラーム原理主義の位置付けについて、橋爪教授は、以下のように記されている。

「イスラーム原理主義……というものは存在しない。原理主義は、キリスト教徒が勝手につけた名前で、誤解の産物だ……。原理主義は、……Fundamentalism……プロテスタントの分派のひとつです。アメリカの南部にバイブル・ベルト(聖書地帯)とよばれる地域があり……。『聖書』を熱心に読む……。サザン・バプティストという教会グループをつくつ……。『聖書』を熱心に、自己流に読むグループを……。ファンダメンタリズムとよぶ……。これはキリスト教特有のもので、どうしてかと言うと、ユダヤ教の聖典やイスラム教の聖典の読み方は、ユダヤ法の法学者やイスラム法の法学者、つまりプロが長年、研究に研究を重ねてきたので、特定の読み方がある、シロウトが太刀打ちできないのです。だからプロの読み方のおりに読みます。ところがキリスト教徒は、長いあいだ『聖書』を読んでこなかった。ルターが『聖書』を読みましようという運動を始めて、それから『聖書』が各国語に翻訳されて、ここ数百年

やっと『聖書』を読むようになったのです。ところがキリスト教の骨格はその前にできてしまっていた。たとえば、「三位一体説」。父と子と聖霊が、三つ別々のものでも、実体としては一つだという、なかなか理解するのがむずかしい考え方です。これは学説で、『聖書』のなかには書いてありません。いろいろな考えがあるのを、信者の代表が集まる公会議で大論争して、やっと決めたものです。ですから『聖書』を自己流に読んだのでは、「三位一体説」にならない可能性が高い。こんな感じで、キリスト教徒であるためには、本当は、『聖書』以外にもいろいろな知識がいるわけです。でも、ルターに言われたからというので、『聖書』を自己流に読んでしまう。そうすると、自己流の考え方がいろいろ出てきます。たとえば、血を飲んではいけないという規定があります。それを、輸血をしてはいけないと自己流に解釈して、その解釈をもとに新しい信者のグループをつくってしまう。本人たちは、『聖書』に書いてあることがそっくりそのまま正しいと信じているつもりである。これがファンダメンタリズムである。でもそうすると、ユダヤ教やイスラム教は、全部ファンダメンタリストに見えてしまいます。何しろ聖典を、文字どおりに信じているのですから。実際は、キリスト教のなかだけにだけそういうグループがあるのですね。同じようなものだからと、イスラム教徒にあだ名をつけるのは、キリスト教の勝手ですが、正確ではない……（橋爪・前掲書（前注(69)）一一一―一一八頁）

(82) 橋爪・前掲書（前注(69)）一〇六―一一〇頁。

(83) 内藤・阪口・前掲書（前注(69)）一四頁。橋爪教授はコラーンに続くイスラム教の法源について、次のように述べられる。  
「二番目の法源……スナナ……は、ムハンマドが裁判などをするときに、こういうふうに行った、こういうふうに行動した、という記録……最初は文字記録ではなく、伝承だった……をまとめたもので……スナナから、スナニ派というグループの名前がとられています。三番目にイジュママー……があります。『クルアーン』にも書いていないし、スナナにも定めのない、新しい事態が発生し……た……ときには法学者が相談をして、全員一致の結論が得られれば、それを法律につけ加えてしまうというやり方です。……法学者の一致した判断……が、法判断の根拠、法源になります。それが以後、人びとの法判断を拘束していく。……四番目の法源……キヤース……は三段論法のことです。たとえば『クルアーン』にブドウ酒を飲んではいけないとはつきり書いてあります。では、ナツメヤシ酒はどうなのか。ナツメヤシ酒については、『クルアーン』に明文の規定がないので、それを飲んでいるムスリムがいたとすると、法判断に困ってしまう。……なぜブドウ酒を飲んではいけないのかと推論するのです。それはアルコールが入っていて、

憲法と国際私法との関係に関する一考察（山内）

酔っ払うからだと考えます。酔っ払うと理性を失い、神のことを忘れてしまう。神のことを忘れてはいけないので、慈悲深い神は、人間がそういう状態にならないようにブドウ酒を飲むことを禁止した。……ナツメヤシ酒にもアルコールが入っていて、同じ作用が起こるので、これも禁止されていると考えるべきだ。……こういうふうには推論して、法判断を下す……。とても論理的ですが、これはローマ法の影響を受けているとも考えられています。(橋爪・前掲書(前注

(69) 一〇一—一三頁)

橋爪教授によれば、これらの法源のうち、特に第二の法源(スンナ)の理解の仕方から、イスラム教にも分派が生じたことが示される。その説明は以下のように行われている。

ムスリムには、いろいろな派があり……シーア派とスンニー派が分かれ……スンニー派のなかにも、四つの大きなグループ(法学派)があります。これらの違いは、細かい法律のバージョンの違いで……『クルアーン』は同じですが、スンナ(第二法源)が違います。イジュマー(第三法源)が違います。ですから、同じ裁判ができません。そこで裁判所がグループごとに別々になっています。……バラバラになりそうですが——ここはキリスト教徒と違うところで……——メッカ巡礼というものがあり、シーア派もスンニー派も、世界中のムスリムがメッカに集まります。……イスラム世界がひとつにまとまっていくために、メッカ巡礼……は、とても大事な仕組みです。キリスト教には、こうした仕組みはなく、東方のギリシャ正教と西方のローマ教会とが喧嘩別れしてしまいました。……いまでも別々な団体のままですね。それからカソリックとプロテスタントも分裂してしまっただけで、プロテスタントもたくさんに分かれています。こういう現象はムスリムにはありません。キリスト教は……宗教組織が弱いので、世俗社会をかえって発展させた。それに対してイスラム教は、宗教組織が強力すぎて、世俗社会が発展しにくいという面がある。(橋爪・前掲書(前注(69) 一—五—一六頁)

(84) 橋爪・前掲書(前注(69) 一一三—一一四頁)。

(85) 湯浅教授はムスリム国家を形式的に類型化され、「第一類型」シャリーアを基本的な法とし、程度の差はあっても、ほぼ完全な形でシャリーアが適用されてきた国々……サウジ・アラビア、モリタニア、アフガニスタン等……〔第二類型〕シャリーアは完全に廃棄され、それに代わって世俗法が適用された国々……トルコ……〔第三類型〕中洋諸国のほとんどのムスリム国家……イスラーム法の近代化の典型……第一類型・第二類型の折衷……一般的には、ムスリム家族法だけが残存

……」と説明される(湯浅・前掲論文(前注(15))二二二頁)。また、内藤教授によれば、「ムスリムの国というイスラーム法が支配していると思われやすいが、実際に、法の体系をイスラームに依拠している」国はほとんどない。日本では用語の混乱がみられるが、イスラーム国家とは、国家の法体系がイスラームに依拠する場合をいう。自らイスラームの宣教国家を名乗るサウジアラビア王国や、イランなどごく少数である。」(内藤正典・阪口正二郎編・前掲書(前注(69))七頁)

- (86) たとえば、一九七九年一〇月二四日制定のイラン・イスラーム共和国憲法の冒頭部は「The constitution of the Islamic Republic of Iran is a declaration of the social, cultural, political, and economic foundations of the Iranian society based on Islamic principles and norms that reflect the heartfelt desire of the Islamic community」と表現されている。これについては、<https://www.wipoint/edocs/lexdocs/laws/en/ir/ir001en.pdf> (二〇一九年九月三〇日確認)、二〇〇五年一〇月一日制定のイラク共和国憲法については、[https://www.constituteproject.org/constitution/Iraq\\_2005.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Iraq_2005.pdf?lang=en) (二〇一九年九月三〇日確認)。サウディアラビア王国では、統治基本法が憲法であるとされているものの、統治基本法第一条(国家)では「サウディアラビア王国は、アラブ・イスラームの主権国家であり、その宗教はイスラームであり、その憲法はクルアーンおよびスンナとする。また、言語はアラビア語を使用し、首都はリヤドに置くものとする。」と明記され、クルアーンとスンナが「憲法」に相当することが読み取れる。これらについては、<https://www.legal-tools.org/doc/8942f2/pdf/> (二〇一九年九月三〇日確認)；[https://www.jetro.go.jp/ext/images/world/middle\\_east/sa/law/pdf/basic\\_01.pdf](https://www.jetro.go.jp/ext/images/world/middle_east/sa/law/pdf/basic_01.pdf) (二〇一九年九月三〇日確認)。二〇一二年二月二七日のシリア・アラブ共和国の憲法については、<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/91436/106031/F391434246/constitution2.pdf> (二〇一九年九月三〇日確認)参照。

(87) 橋爪・前掲書(前注(69))一一八―一二三頁。

(88) 前注(86)。

(89) こうした問題意識を示すことが、そのまま直ちに、憲法第二〇条が保障する信教の自由を体制外宗教に対して認めないという解釈にそのまま直結するわけではない。

(90) 前注(11)。

(91) 東京地裁平成三年三月二九日判決(家裁月報四五卷三号六七頁、判例時報一四二四号八四頁②事件)。その評釈・解説として、出口耕自「エジプト法により婚姻無効とするのは公序に反する」といううえで、離婚は認容した事例「ジュリスト一〇

五七号一一九頁、村重慶一「異教徒間の婚姻を禁止するエジプト法の適用を公序条項によって排除した事例」戸籍時報四三二号四四頁、信濃孝一「異教徒間の婚姻を禁止するエジプト法の適用を公序条項によって排除した事例」判例タイムズ八二一号一六四頁、早川吉尚「公序(1)」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』第2版』二〇〇頁他。

(92) 「民主主義を根本から破壊するような立場は認めないということになれば、相對主義はもはや相對主義ではなくなってしまう。……それは、とりもなおさず、相對主義の自己否定である。相對主義は寛容の精神であるが、自己の立脚地を粉砕するような立場に対してまで寛容であることができようか」尾高朝雄・碧海純一著『ラートブルフ著作集別巻 ラートブルフの法哲学』(東京大学出版会、一九六〇年)一〇五頁以下。

(93) 日本公法学会「公法研究」第五二号(一九九〇年)

(94) 池田政章『法文化論序説(上)』(信山社、二〇一八年)まえがきi頁。

(95) 野田良之「比較法文化論の1つの試み」『比較法と外国法早稲田大学比較法研究所創立20周年記念講演集』(早稲田大学比較法研究所、一九七九年)一九頁以下、池田政章『法文化論序説(上)(下)』(信山社、二〇一八年)他参照。

(96) 竹下賢・角田猛之編『マルチ・リーガル・カルチャー——法文化へのアプローチ——』(晃洋書房、一九九八年)一四二頁以下他参照。国際私法分野でも、比較法に造詣の深い澤木教授により宗教と法との密接な関係が早期に指摘されていたが、それでも、憲法規範との関連性にまでは触れられていない(澤木・前掲論文(前注(7))四四頁)。

(97) その一端については、山内『地球社会法学への誘い』(信山社、二〇一八年)においてすでに触れたことがある。

(本学名誉教授)

(二〇一九年一〇月一八日脱稿)