

国際私法と刑法との関係に関する一考察

——刑法第一条ないし第四条の二の適用規範性をめぐる断章——

山 内 惟 介

- 一 はじめに
- 二 刑法第一編第一章の諸規定——抵触法上の一方主義
- 三 実質規定と抵触規定
- 四 結びに代えて

※新しい考え……は、砂漠から……繰り返しでしかない議論の喧騒と興奮に浸っていない人たちによって生み出される……※

一 はじめに

一 敬愛する同僚、斎藤信治教授の古稀を寿ぐ特集号への寄稿にあたり、その専攻分野（刑法）と筆者の主専攻領域（国際私法）との関わりについて少しく考えてみたい。幸いにも、斎藤教授の体系書『刑法総論』中に、次の一文

国際私法と刑法との関係に関する一考察（山内）

が見出される（以下、諸文献の引用にあたり、原典中、横書きのため算用数字で記された個所をすべて漢数字に変換する）。

刑法の（いわゆる）場所的適用範囲に関する法（刑法一条—四条の二等）を「国際刑法」と呼ぶこともある（一応、「国際私法」に対応するものといえる^①）。

斎藤教授のほかにも、刑法第一条の趣旨について、「本条は、刑罰法規の場所的適用範囲に関する規定である^②」とか、「本条は、刑法の場所的適用範囲に関する基本原則を定めるもの^③」とか、また「本条は、刑法の場所的適用範囲の基本原則である属地主義の原則を明らかにする^④」とかというように、ほぼ同旨の説明が行われている。ここでは、刑法第一条についての説明のみが断片的に確認されたにすぎないが、これらを踏まえ、第二条以下の諸規定に関わる説明等をも併せ考えれば、刑法第一条以下の関連諸規定においてわが刑法の場所的適用範囲が定められていると一般的に考えられてきたものと推測することができよう。斎藤教授の場合、——慎重な配慮に基づいて——「一応」という留保が付されているものの、右の引用箇所で「対応する」という表現が用いられていることに着目すると、わが刑法の場所的適用範囲を定める第一条以下の諸規定との対比において、あるいは、わが民法等の「場所的適用範囲に関する法」がわが国の国際私法であると考えられていたのかもしれない。このような推測は、はたして斎藤教授の真意に添うものなのだろうか。このような推測がまったくあてはまらないとすれば、右の「対応関係」という表現はどのような意味で理解されるべきか。

二 小稿では、このような問題意識のもとに、国際私法分野における一般的な理解を手掛かりとして、国際私法と

刑法との間にどのような関係があるか（どのような関係が存在するかを問う場合（疑問詞型争点）と、具体的な表示を伴った、ある種の関係の有無を問う場合（二者択一型争点）とは、表現形式を異にするものの、その実質においては一致する）という体系的課題に取り組むこととしたい。より具体的にいえば、以下で検討されるのは、齋藤教授が言及された刑法第一条ないし第四条の二を素材として——「適用する」という述語を共有するという点で——これら六カ条に共通する適用規範性の意味内容の探求である。この点を取り上げるのは、国際私法分野に固有の課題（準拠法指定）を解決するため

に設けられた抵触規定にも、その機能という点で、やはり適用規範性が見出されるからである。ここでの検討を通じて国際私法と刑法との間に何らかの「対応関係」が見出されるとするならば、そのことを通じて、齋藤教授の所説についての部分的な補強が可能となろう。

二 刑法第一編第一章の諸規定——抵触法上の一方主義

一 はじめに、該当の諸規定を確認しよう。以下、六カ条の間にみられる異同を明らかにするため、比較対照表の形式が採用される。

刑法第一条ないし第四条の二（対照表）

犯罪地	法源	身 分	人的範囲
	国内犯		
国外犯	刑法による	すべての者	国民
	国民	国民	公務員
	国民以外の者		
	条約による	すべての者	
	国内犯	第一条 この法律は、日本国内において罪を犯したすべての者に適用する。	
	国外犯	第二条 この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯したすべての者に適用する。	
	国民	第三条 この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯した日本国民に適用する。	
	公務員	第四条 この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯した日本国民以外の者に適用する。	
	国民以外の者	第三条の二 この法律は、日本国外において日本国民に対して次に掲げる罪を犯した日本国民以外の者に適用する。	
	条約による	第四条の二 第二条から前条までに規定するもののほか、この法律は、日本国外において、第二編の罪であつて条約により日本国外において犯したときであつても罰すべきものとされているものを犯したすべての者に適用する。	
		一 削除	
		二 第七十七条から第七十九条まで（内乱、予備及び陰謀、内乱等幫助）の罪	
		一 第一百八条（現住建造物等放火）及び第一百九条第一項（非現住建造物等放火）の罪、これらの規定の例により処断すべき罪並びにこれらの罪の未遂罪	
		二 第一百九条（現住建造物等浸害）の罪	
		一 第一百一条（看守者等による逃走援助）の罪及びその未遂罪	
		二 第一百五十六条（虚偽公文書作成等）の罪	
		一 第七十六条から第七十九条まで（強制わいせつ、強姦、準強制わいせつ及び準強姦、集団強姦等、未遂罪）及び第八十一条（強制わいせつ等致死傷）の罪	
		二 第九十九条（殺人）の罪及びその未遂罪	

<p>三 第八十一条(外患誘致)、第八十二条(外患援助)、第八十七条(未遂罪)及び第八十八条(予備及び陰謀)の罪</p>	<p>三 第五百五十九条から第六十一条まで(私文書偽造等、虚偽診断書等作成、偽造私文書等行使)及び前条第五号に規定する電磁的記録以外の電磁的記録に係る第六十一条の二の罪</p>	<p>四 第四百四十八条(通貨偽造及び行使等)の罪及びその未遂罪</p>	<p>三 第九十三条(公務員職権濫用)、第九十五条第二項(特別公務員暴行陵虐)及び第九十七条から第九十九条の四まで(受贿、受託受贿及び事前受贿、第三者供賄、加重受贿及び事後受贿、あつせん受贿)の罪並びに第九十五条第二項の罪に係る第九十六条(特別公務員職権濫用等致死傷)の罪</p>	<p>五 第五十四条(詔書偽造等)、第一百五十五条(公文書偽造等)、第一百五十七条(公正証書原本不実記載等)、第五十八条(偽造公文書行使等)及び公務所又は公務員に</p>	<p>三 第二百四十四条(傷害)及び第二百五十五条(傷害致死)の罪</p>
<p>四 第六十七条(私印偽造及び不正使用等)の罪及び同条第二項の罪の未遂罪</p>		<p>四 第二百二十条(逮捕及び監禁)及び第二十一条(逮捕等致死傷)の罪</p>		<p>五 第二百二十四条から第二百二十八条まで(未成年者略取及び誘拐、営利目的略取及び集誘拐、身の代金目的略取等、所在国外移送目的略取及び誘拐、人身売買、被略取者等</p>	
<p>五 第七十六条から第七十九条まで(強制わいせつ、強姦、準強制わいせつ及び準強姦、団強姦等、未遂罪)、第八十一条(強制わいせつ等致死傷)及び第八十四条</p>					

<p>よって作られるべき電磁的記録に係る第百六十一条の二（電磁的記録不正作出及び供用）の罪</p>	<p>六 第六十二条（有価証券偽造等）及び第百六十三条（偽造有価証券行使等）の罪</p>	<p>七 第六十三條の二から第六十三條の五まで（支払用カード電磁的記録不正作出等、不正電磁的記録カード所持、支払用カード電磁的記録不正作出準備、未遂罪）の罪</p>	<p>八 第六十四条から第六十六条まで（御璽偽造及び不正使用等、公印偽造及び不正使用等、公記号偽造及び不正使用等）の罪並びに第</p>
<p>（重婚）の罪</p>	<p>六 第九十九条（殺人）の罪及びその未遂罪</p>	<p>七 第二百四條（傷害）及び第二百五條（傷害致死）の罪</p>	<p>八 第二百四條から第二百六條まで（業務上墮胎及び同致死傷、不同意墮胎、不同意墮胎致死傷）の罪</p>
	<p>六 第二百三十六條（強盜）及び第二百三十八條から第二百四十一條まで（事後強盜、昏醉強盜、強盜致死傷、強盜強姦及び同致死）の罪並びにこれらの罪の未遂罪</p>		
<p>所在国外移送、被略取者引渡し等、未遂罪）の罪</p>	<p>六 第二百三十六條（強盜）及び第二百三十八條から第二百四十一條まで（事後強盜、昏醉強盜、強盜致死傷、強盜強姦及び同致死）の罪並びにこれらの罪の未遂罪</p>		

					百六十四条第二項、 百六十五条第二項 及び百六十六条第 二項の罪の未遂罪
	十三 第二百三十五 条から第二百三十六	十二 第二百三十条 (名誉毀損)の罪	九 第二百十八条 (保護責任者遺棄等) の罪及び同条の罪に 係る第二百十九条 (遺棄等致死傷)の罪	十 第二百二十条 (逮捕及び監禁)及 び第二百十一条 (逮捕等致死傷)の罪	十一 第二百二十四 条から第二百二十八 条まで(未成年者略 取及び誘拐、営利目 的略取及び誘拐、 身の代金目的略取 等、所在国外移送目 的略取及び誘拐、人 身売買、被略取者等 所在国外移送、被略 取者引渡し等、未遂 罪)の罪

二 右の比較対照表にも反映されているが、第一条から第四条の二までの六カ条（但し、第一条第二項を除く）すべてにおいて、「この法律は……に適用する」という表現形式が統一的に採用されている。末尾に置かれた、「適用する」という他動詞に着目してそれらに適用規範性を認め、どの規定についても、それが「法規の適用範囲に関する規定」、いいかえれば、日本法を準拠法として指定する一方的独立抵触規定であると説明する方法もひとまずは了解されよう。

しかし、このことの確認だけでは、これらの規定が「場所的適用範囲に関する規定」であると包括的に表現できるか否かという点についてはまだ決断することはできない。法規を構成する二つの基本的単位、すなわち、「法律要件（刑法では犯罪構成要件と表記される）」および「法律効果」に着目すると、右の理解は、当該法規を適用するか否かという二者択一の争点のひとつに答えたにすぎないという意味で、当該規定に盛り込まれた内容のすべてをカヴァーしてはいないことが分かる。主節に相当する法律効果部分の内容は、そこに明示された主語、述語および直接目的語によって表されるものだけに限定されているわけではない。「適用する」という他動詞を手掛かりとすると、ここでは、誰が（主語）、誰に対して（間接目的語）、何を（直接目的語）、いつ（時間的区分）、どこで（空間的（場所的）区分）、どのように（態様）「適用する」のかというように、いくつもの疑問詞争点を考えることができよう。もとより、法文中、「この法律は」という形式主語が直接目的語に対応することはすぐに了解されよう。また、明記されていないが、「適用する」という行為の主体が刑法を實際に運用する警察機関やこれを適用する裁判所を指し示していることも容易に認識できる。他方で、従属節（条件節）に当たる法律要件部分をみると、右の説明では触れられていないが、法源（国家法、条約）、犯罪地（国内、国外）、人的範囲（国民、国民以外の者、名宛人、間接目的語）、身分（公務員たる地位）、

実行段階（既遂、未遂）等に言及されている。第一条から第四条の二までの諸規定は、これら複数の要素を種々組み合わせ、場合分け（類型化）した結果を示したカタログとして理解することができる。

このようにみると、右の諸規定を概括的に表示する場合でも、従来の解説で繰り返されていたような、わが刑法が国内で適用されるか否かという二者択一型の論点に対する解答のみを繰り返すだけでは足りないことが分かる。誰に對して適用されるのかという疑問詞型争点（その解答として用意されているのは、「国民」、「国民以外の者」、「公務員」または「すべての者」、これらである）を人的適用範囲に関わるものとみれば、場所的適用範囲に関する規定という表現に代えて、これらの規定を人的適用範囲に関する規定と位置づけることもできないわけではない。むしろ、当該諸規定を人的適用範囲に関する規定であると説明する場合も、「適用の有無」という視点に限れば、その適用規範性が維持されるのかもしれない。これに對し、第二条各号等に示された個別的犯罪類型ごとに可罰性の有無（二者択一型争点）が問われる場合には、可罰性があるとかないとかというように、その結果が直接的に表現されているところから、これらをもむしろ実質規定とみることができよう。つまり、適用規範性を考慮しない立場である。また、ある種の犯罪に對して第一条が適用されるのか、それとも第二条が適用されるのかという点を定める上位の基準が特別に設けられていないところから、この点の解釈結果は、第一条における「日本国内」および第二条における「日本国外」という文言の統一的解釈基準（両者が互いに補充関係に立つように調整された（第一条および第二条とはまったく異なる）別個の基準）の内容とその適用結果に全面的に左右されることとなる。このように、右の「日本国内」および「日本国外」という文言の解釈に関わる別個の基準（実質規定、適用基準）が当該規定（第一条または第二条）の中に不文のかたちで追加的に包含されていると考える者にとっては、当初の規定は「判断基準」それ自体と「この判断基準の要件部分（日本国内」

および「日本国外」の解釈を行う適用基準」との双方を含む複合的な規定であると説明することであろう。むしろ、適用規範か否かを決定する基準が個々の規範の機能にある（実質主義）のか、それとも表現形式にある（形式主義）のかという点について一致した理解はまだない。それでも、右の諸規定をこのような複合的規範とみる理解が成り立ち得るとすれば、刑法第一条ないし第四条の二をわが刑法の「場所的適用範囲に関する規定」として説明する（適用規範性を肯定する）だけでは、これらの規定の規律内容を説明し尽くしてはいないこととなろう。

三 次に、これらの規定の法的性質ないし機能が確認されなければならない。刑法第一条以下の法的性質如何という点について、刑法の領域では、これまで格別に取り上げられていなかったようにみえる。他方、国際私法分野にあっては、準拠法指定のために設けられた諸規定の法的性質との対比において、時として刑法上の右の諸規定に触れられていた。法規の場所的適用範囲の決定方法如何が論じられる場合がそうである。その好例は、「抵触法上の一方主義」という法規の存在形式に関して行われた、横山潤教授の次の解説である。

〃抵触法上の一方主義〔仏〕Unilateralisme 内国の抵触法は外国の実質法を指定せず、内国の実質法の適用範囲だけを画定すべきであるとする立場。この立場の下では、たとえば、行為能力に関する抵触規定は、外国法の指定をも任務とする「一人の能力はその本国法による」という内容の規定であつてはならず、「日本の行為能力に関する実質法は日本人に適用される」ということだけを定めなければならない。その意味では、わが刑法第一編第一章「法例」が日本の刑法の適用範囲だけを画定するに等しい。⁽⁵⁾〃

右の引用文でも、小稿の冒頭に引用した刑法分野の一般的理解と同様に、わが刑法第一編第一章の諸規定は「日本

の刑法の適用範囲だけを画定する」と説明されている（なお、右の説明で「法例」と表記されている箇所は、現在、「通則」という表現に変更されている）。このような説明が行われるのは、刑法第一条から第四条の二までの六カ条において統一的に採用された表現形式（「この法律は……に適用する」中に、適用規範性が見出されていることによるものと推測される。すなわち、どの規定においても、「この法律」が適用されるか否かという論点が中心の問題とされているという認識である。

しかしながら、よく考えてみると、国際私法における問題状況と刑法におけるそれとの間には、本質的な違いがあることが確認されなければならない。国際私法にあつては、複数の法秩序（その典型が国家法である）が互いに自国法の適用を主張し合う積極的牴触の場合も、互いに自国法の適用を否定し合う消極的牴触の場合も、国家法の牴触という状態を認めることが前提とされている。すなわち、諸国の国家法秩序相互間での等価性（内外国法の平等性を肯定する理解）を承認する構成である（もちろんこの原則にも、内国強行法規の特別連結、公序条項（法の適用に関する通則法第四条）等という例外がある）。法の適用に関する通則法第四条以下、各則の諸規定が適用される場合において、外国法が準拠法として選択されるのは、このように内外国法を等価値のものとみてそれらの中からいずれかひとつを選択するという構成が採用されているからにはかならない。これに対し、行政法、刑事法等を含む公法の場合には、一般的説明によれば、このような複数の国家法の適用可能性が当初から否定され、自国法の適用可能性しか考えられていない（適用される法は内国法のみであり、法の牴触という事態はまったく念頭にない）。そのことを示すのが「属地主義」（公法の属地性）という表現を含む）という概念である。この点については、次の説明が参照されよう。

。渉外的生活關係の法的規律にあたり語られる原則の一つであるが、その内容は必ずしも一義的ではない。これまで属地主義がしばしば論じられてきたのは、渉外的生活關係への「公法」の適用の仕方との関連においてである。いわゆる「公法」の属地性の原則である。その原則についてはこれまでおよそ二つの理解が示されていたといわれている。一つは、一国の「公法」はその国の領土内において生じたすべての事実關係を規律するが領土外において事実關係を規律しない、という理解である。他の一つは、一国の「公法」はその国の裁判所によってのみ適用され、一国の裁判所は外国の「公法」を適用しない、という理解である。しかし、比較法的にみて、いずれの意味においても、当該原則は厳格なかたちで通用しているのではなく、例外を伴うのが実情である。そのような若干の例外の存在にもかかわらず、当該原則がしばしば語られるのは、一国の「公法」はその国の「国家」政策（「国家」的利益）の実現に直接的に関わるからである。つまり、国際社会の組織化が十分でない現状においては、各国は、原則として、少なくとも自国の領土内においては自国の「国家」政策の貫徹を最優先させるべきである、という考えであろう。

「公法」の諸規定の中には、上記原則とその例外について明文でもって定めているものがあるが、そうでないものも少なくない。その場合には、当該原則をそのまま認めるべきであるのか、それともそれに何らかの例外を認めるべきであるのか、という問題が提出される。その問題は、結局において、個別的・具体的に当該の「公法」規定の趣旨や目的に照らして判断されるべきこと⁽⁶⁾になる⁽⁶⁾。

横山教授の「抵触法上の一方主義」に関する先の説明の第一文では、「内国の抵触法は」という表現でその主語が示されていた。ここでは、国際私法上原則とされてきた「内外国私法の併存（価値的同等性）」という状態が前提とされていたのである。この点では、右の説明の場合、外国法の適用可能性を当初から排除する刑法とは前提を異にしていたことが分かる。確かにその第三文において「わが刑法第一編第一章『法例』が日本の刑法の適用範囲だけを画定するのに等しい」と述べられているが、ここでは、国内法だけが適用されるというその結果に重点が置かれていたも

のと考えられよう。このことは「その意味では」という限定的表現によって明確にされているものと推測することができる。これは、刑法第一条ないし第四条の二の法的性質を独立抵触規定と解する立場ではなく、これら六カ条は「適用規範」とは言い得ないとする理解である。

推測すると、横山教授の右の解説の場合にあつても、刑法の関連諸規定は必ずしも「抵触法」として捉えられていたわけではないようにみえる。「この法律は……に適用する」と定めるわが刑法の諸規定は、わが国の刑法が適用されるか否かという点のみを述べており、外国刑法がわが国で適用されるか否かという法選択の局面にはまったく触れていないはずだからである。わが刑法の立法者の関心は、あるいは、わが国の主権の行使範囲（行使対象事項のカタログ）を明示するという点にあつたのかもしれない。確かに、この点はわが国の主権の行使として説明することができ。すなわち、わが国の主権が関心を有するのは内国法が適用されるか否か、つまり、内国法による規律の対象とすべきであるか否かという点であり、外国の刑法を内国で適用すべきであるか否かを論じることが当該外国の主権に対する介入となるという理解である。この点は、刑法が公法に属するというその分類に着目し、公法については属地性の原則に服する（公法の属地的適用）という表現で説明されることがある。すなわち、公法については、当該法規を定めた国家のみが関心を有し、当該立法を行っていない国はそのことについて関心を持ってはならないという意味で、そこには法規の抵触はないとする立場である。このように考える場合、第一条ないし第四条の二を独立抵触規定とみることができない。いいかえれば、右の諸規定に適用規範性はないという説明である。

けれども、こうした主権的理解が常に成立するわけではないことは、国際私法分野の常識に属する。公法と私法との区別の基準自体、諸国の実情に応じて異なり得る。すなわち、公益をどの程度まで公権力の行使により実現すべき

であるかという点は政策的評価の対象とされ、一義的に決定されるわけではない。どの国においても、国有化および民営化を通じて、公法と私法との境界は変動する余地がある。硬直化した公務員体質が問題視される場合には、民間の活力を活かして競争市場に参入することが望ましいとされ、公法人が私法人に移行することがある。これとは逆に、民間資本だけでは経営が成り立たないという場合（二〇一四年に顕在化したマレーシア航空の経営破綻等）には、国有化というかたちで公的資本が投入され、私法人から公法人へと法形式が変更される余地がある。国有化されていない場合であっても、相当の比率で国庫補助金が投入される事業体は、法人形式としては私法に属していても、公法に基づく行為規制が行われることであろう。このようにみると、ある法規が、法規の牴触を前提としない公法に属するか、それとも法規の牴触を前提とする私法に属するかという点の判断は解釈者の主観に帰する余地があることが分かる。

四 それでは、刑法第一条以下の諸規定について適用規範性を否定する場合、わが刑法の「場所的適用範囲に関する規定」であると、これまで説明されてきた諸規定の法的性質ないし機能をどのように理解することができるのだろうか。

まず生じるのは、刑法第一条第一項において、わが刑法を内国で「日本国内において罪を犯したすべての者に適用する」とわざわざ説明するのはなぜかという疑問である。確かに、司法業務を担当する諸機関がわが刑法を内国で適用するか否かという二者択一の争点に的を絞るならば、肯定説を採用することに異論はないであろう。しかしながら、一方における、このような理解と、他方における、わが刑法が内国で適用されるという趣旨を述べた「場所的適用範囲に関する規定」であるというように右の諸規定を説明することとの間には、必ずしも直接的な因果関係があるわけではない。見方によっては、わが国の立法者が内国における犯罪を処罰するために自国の刑法を内国で適用する

という説明はそもそも刑法という法典を制定した立法目的それ自体を別の言い方で表現したものと考えることもできよう。このような理解が成り立つとすると、たとえば刑法第一条第一項を、場所的適用範囲に関する法であるとする説明に代えて、「この法律は、日本国内において罪を犯したすべての者に適用するために定められる」という趣旨の目的規定であると説明することもできるのではなからうか。罪刑法定主義に立脚する刑法の場合、もしかすると、そうした制定目的を明文で規定しておかなければ、罪に問えないという政策的配慮がその根底にあるのかもしれない。右の理解が成り立つとすれば、刑法第一条の条文見出しが「国内犯」と表現されている点には違和感が生じることとなる（第一の疑問）。

また、第一条ないし第四条の二の規律内容をみると、犯罪地、人的集団、身的等を組み合わせて類型化し、類型ごとに適用を要する罰条規定を対応させていることが読み取れる。このように整理することができるのであれば、特に第一条だけを取り出して「場所的適用範囲に関する規定」と説明するのはなぜかという点も問われることになる（第二の疑問）。

三 実質規定と抵触規定

一 刑法第一条ないし第四条の二について、わが刑法の適用規範性を定めた規定であるとする見方に対する筆者の疑問は刑法専攻者の側でどこまで受け入れられるのだろうか。この点について検討しようとするれば、「比較の第三項」を求めて、法規の種類に関する一般的説明に立ち返らなければならない。以下では、法規の性質に関する主要な用語

の意味を改めて確認することとしたい。

二 まず法規の性質に関わる大分類として、実質法（ないし実質規定）と抵触法（ないし抵触規定）との明確な区別が想起されなければならない。

そのうち、実質法については次のような説明がある。

。実質法〔独〕materielles Recht, Sachnorm〔仏〕droit matériel, droit substantiel 国際私法の別名である抵触法に対立する概念。各国の民法や商法のように法律関係を直接に規律する法律をいい、事項規定とも呼ばれる。国際私法は、狭義には、準拠法として渉外的生活関係を直接規律する、いずれかの国の法律を指定する法律であつて、法律の適用関係を定める規範である。国際私法が対象とする法律関係は、民法や商法が問題とするそれと同じであるが、渉外性のある点で異なる。……⁽⁷⁾

他方、抵触法および抵触規定については、次の二つの説明が参照されよう。

。抵触法〔英〕conflict of laws, conflicts law〔独〕Kollisionsrecht 抵触法とは、国際私法（private international law）の代称の一つであり、国際私法と同義に用いられることが多い。

……conflict of lawsを直訳すると法律の抵触ないし衝突となる。この語句が国際私法の名称として用いられるのは、国際私法が法律の抵触問題の解決を中核的な任務とする法に他ならないからである（したがって、英文においてconflict of lawsとあれば、「法律の抵触」という問題それ自体を意味する場合と、「抵触法」という名称を意味する場合とがある。もつとも、前記スローリーの著書が、民事事件のみならず刑事事件をも対象としていたことからわかるように、そもそも、法律の抵触問題は私法の抵触問題に限られるわけではない。国際私法学の始祖とされるバルトルスも、民事・刑事も含めて広く法律の抵触を扱っていたといわれる。したがって、抵触法は、ふつうは国際私法と同義に用いられるが、この両者が完全な同義語というわけ

はない。国際私法が、国際的私法関係における準拠法選択の問題 (choice of law problem) を中心とするのに対し、抵触法は、より一般的に法律の抵触問題を対象としている。ドイツにおいて、経済抵触法 (Wirtschaftskollisionsrecht) という言葉が用いられることがあるが、この場合の抵触法も国際私法の同義語と見るべきではないであろう。⁽⁸⁾

。抵触規定 [独] Kollisionsnormen [英] conflicts rules, rules of conflict of laws 衝突規則と呼ばれることもあり、法令の適用関係を定めた規定である。同種・同一あるいは関連の事柄に適用される法令が複数あり、かつ内容を互いに異にしている場合を法律の抵触あるいは衝突状態ととらえ、その抵触状態を解決するために設けられた基準である。その解決のため、抵触状態にあるいずれかの法律を選ぶ方法 (法選択的アプローチ) をとるときは、法律の選択・決定がこの種の規定の機能となり、そのかぎりでは、法律の選定に関する規定 (choice of law rules) である。法令の適用根拠を与える機能面からは、法的基準力・法源性付与規定と解され、法源法規 (Rechtsquellennorm) と称される。また、法令の適用範囲画定機能に着目すれば、適用規範・(適用) 限界画定規範 (Anwendungsnorm: Grenznorm) とも呼ばれ、適用すべき法令 (準拠法) を指示・指定するところでみれば指定規範 (Verweisungsnorm) である。いずれも抵触規定の多様な機能の一面を表している。

抵触の態様に応じて次のような各種のものがある。(i) 新法と旧法との時間的抵触状態に関する時際法 (intertemporal law)、(ii) ある地域の法令と他の地域のそれとの空間的抵触に関する地際法 (interterritorial law)、(iii) 所属する集団によって各人に適用される法令が異なる場合に関する人際法 (interpersonal law)、などがある。……(ii) の地域的抵触は国家連合・連合国家・連邦国家に一般的であるが、中でも国家を構成する領邦・州の法律相互の適用関係を規律する準国際私法、国家法の相互の抵触関係に関わる国際私法が重要である。この地域的適用範囲の画定にあたり、その画定の対象を自州・自国の法律のみに限定するものを一方的 (unilateral, einseitig) 抵触規定 (仏・民法三条など)、自州・自国の法律のみならず他州・外国の法律をも対象とするものは双法的 (bilateral, allseitig) 抵触規定という (日・法例三条一項、二二条一項、二二六条など)。この後者の規定のうち、自州・自国と何らかの関係のある場合だけを規定したものを不完全双法的 (unvollständig allseitig) 抵触規定と呼ぶことがある (独・民法施行法旧一五条など)。⁽⁹⁾

これらの説明から引き出されるのは、以下の諸点である。第一に、個別具体的事案において現れる種々の法律問題（その形態はおおむね二者択一型争点（契約の成否ほか）と疑問詞型争点（損害賠償算定基準如何ほか）とに二分される）について直接に解答を付与する規定を実質規定と、そしてそうした実質規定の体系的まとまりを実質法とそれぞれ呼ぶことができる。第二に、ある実質規定が適用されるか否かの決定基準を牴触規定と、そしてそれら牴触規定の体系的まとまりを牴触法とそれぞれ呼ぶことができる。実質規定と牴触規定との分離を前提として体系的解釈を追求してきた従来の国際私法学の立場からみると、適用可能性を有する規定が実質規定と牴触規定とのうちいずれに分類されるかという点は法規適用の先決的論点を成す。刑法第一条ないし第四条の二の性質が牴触規定（適用規範性に言及している規定）であるか実質規定（適用規範性に言及していない規定）であるかの確定に関心を向けるのはこのような関心に基づく。ある規定が実質規定と牴触規定との両者を含む複合的規範であると考えられる場合、当然のことながら、両者は区別して説明されなければならない、両者を含む全体をいずれか一方の名称で示すことはできない。

三 右に確認されたように、実質法・実質規定についても牴触法・牴触規定についても、それぞれに定義が与えられている。しかしながら、個々の法規がいずれの性質を有するか、すなわち、ある規定が法規の適用関係を定めているか否かという評価の段階になると、事実認識の局面とは異なり、すべての者に共通の理解があるとは必ずしも言い得ない。

法の適用に関する通則法第二二条を例にとろう。同条第一項は「不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法を適用すべき事実が日本法によれば不法とならないときは、当該外国法に基づく損害賠償その他の処分の請求は、することができない」と規定する。この表現形式を文字通りに受け入れ、これを実質規定として説明するか、

「損害賠償その他の処分の請求の基礎となる事実の不法性の有無は日本法による」という趣旨の牴触規定として説明するかという点については、決定的な決め手はなく、解釈者の選択に委ねられている。このことは、「被害者は、日本法により認められる損害賠償その他の処分でなければ請求することができない」と定める第二項についてもそのままあてはまる。ここでも、法律効果中の文言通りに、これらを実質規定として理解することができるし、「被害者が請求できる損害賠償その他の処分の内容は日本法による」というように、牴触規定として表現し直して説明することもできよう。法律効果部分において「請求することができない」というように実質規定の形式で述べられている点を重視するものは実質規定説を主張することであろうが、法の適用に関する通則法第四条以下に定められた諸規定はすべて牴触規定であるとみなし、同法を牴触規定の体系として説明しようとする者は、後者の立場を優先することである。

これと同種の例として、国際物品売買契約に関する国際連合条約第一条第三項（当事者の国籍及び当事者又は契約の民事的又は商事的な性質は、この条約の適用を決定するに当たって考慮しない。）を取り上げることができる。一方で、国内裁判所が「この条約の適用を決定するに当たって」「当事者の国籍及び当事者又は契約の民事的又は商事的な性質」を「考慮」すべきか否かという二者択一型の争点につき、否定説が採用されているとみる者は、同項を実質規定と説明することであろう。他方で、どのような要素が同条約の適用範囲を決定すべきであるかという疑問詞型の争点につき、「当事者の国籍及び当事者又は契約の民事的又は商事的な性質」はその適用範囲を決定すべき要素とはいえないという趣旨で同項をみる者は、異なる説明方法を採用するのである。たとえば、同条第一項という適用規範（この条約は、営業所が異なる国に所在する当事者間の物品売買契約について、次のいずれかの場合に適用する。……）の解釈にあたり、

「当事者」および「契約」という文言の意味内容をいかに解すべきであるかという点で特に制限を加えたのが第三項であると説明する場合には、適用規範の解釈問題を取り上げているという意味で、第三項も適用規範である（よりよくいえば、第一項は独立抵触規定であるのに対し、第三項は従属抵触規定である（この点について、詳しくは後述五の該当個所参照）と説明することができよう）。

四 刑法第一条ないし第四条の二に適用規範性を認める従来の見解とは逆に、これらに実質規範性を見出す筆者の理解が否定される場合でも、該当規定の法的性質についてなお、検討されなければならないことがある。一方的抵触規定⁽¹⁰⁾と双法的抵触規定との区別がそうである。この点については、以下の説明を参照することができる。

◦ 一方的抵触規定・双法的抵触規定〔独〕 Einseitige Kollisionsnormen・Zweiseitige ider Allseitige Kollisionsnormen〔英〕 unilateralconflict ruke・bilateral conflict ruke 一方的抵触規定とは涉外的法律関係に法廷地内国法が適用される場合だけ規定するものをいう。それに対し、双法的抵触規定は一般的に内・外国法いずれをも抵触規定の対象として準拠法に指定するものとする。したがって一方的抵触規定は、たとえば一九八七年スイス国際私法七七条一項「スイスにおける養子縁組の要件はスイス法に服する」の規定にもみられるように、法廷地（内国）に關係のある法律関係を扱うことになるのに対し、双法的抵触規定は広く涉外的法律関係を一般的に取り扱うこととなる。わが国の法例は原則として双法的抵触規定の形式をとる。……一方的抵触規定は法例においては例外的な場合として若干の規定にみられる（例、三条二項、四条二項但書、六条、一条二・三項、一六条但書、二四條二項）。

いずれの形式の抵触規定を採用するかは、国際私法の立法政策、さらにその本質論に關係する。国際私法の方法論としては一方主義と双方主義の対立がある。一方主義の歴史……においては、国際私法は法規の適用範囲を定めるものであり、それは法規の形式あるいはその内容・目的から決定されるという考え方を採用していた。このような考え方に主權的な発想が結びつ

き、法規の適用範囲についての定めも法規の要素をなすと考えると、各国は自国法の適用範囲のみを定めようということになる。これに対し、サウイニーは法律関係の本拠のある国の法を準拠法とするという国際私法理論を提唱し、ここに内・外国法を平等にみわたして準拠法を決定する双方主義の考え方が完成した。そしてこのような国際私法の本質のとらえ方の相違が抵触規定の形式に反映しているのである。しかし、双方主義は利益の相互互換性が認められる場面での法の互換性をその基礎とするものであり、国家利益あるいは公益等、利益の互換性を認めにくい分野においては一方主義的な考え方は完全に払拭できず、法例においては、それが例外的規定の形で表れているといえる。⁽¹¹⁾

右に引用された一九八七年二月一日のスイス国際私法 (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)) 第七七条第一項 (「スイスにおける養子縁組の要件はスイス法による (Die Voraussetzungen der Adoption in der Schweiz unterstehen schweizerischem Recht.)」) とわが刑法の第一条以下の諸規定との対比はどの程度まで可能なのだろうか。

ここでも複数の可能性を考えることができよう。ひとつの可能性は、結果的に内国法のみが適用されるという状況を一方的抵触規定として説明する可能性である。この説明に対しては、複数の国家法の中からいずれかを選択するという前提を設けている国際私法とそうした前提を設けていない刑法とをなぜ対比することができるのかという疑念が生じ得る (第三の疑問)。これに対して、同項の解釈にあたり、同項の人的適用範囲をスイス国民が関与する事例に意識的に限定し、スイス国民がまったく関与しない養子縁組については、この一方的抵触規定を双法化して当事者の本国法または常居所地法を適用するという説明方法も考えられないわけではない。一方的抵触規定の双方化という解釈技法に言及するのは、わが国の国際私法上、主要な法源とされる法の適用に関する通則法第四条以下の諸規定が「一方主義」のものではなく、双方主義に立脚する抵触規定として説明されているからである。⁽¹²⁾ このようにみると、わが

刑法の第一条以下とスイス国際私法第七条第一項との間に一方的抵触規定という共通性があると見る見方も一面的なものではないということが明らかになる。それでは、刑法分野において右の諸規定を一方的抵触規定であると説明しないのはなぜか（第四の疑問）。その理由は、刑法学において抵触規定という名称が用いられていないことに求められるのかもしれない。

五 刑法第一条以下の諸規定を抵触規定とみる場合、さらに、独立抵触規定と従属抵触規定との区別も考慮されなければならぬ。

独立抵触規定⁽¹³⁾は、ある実質規定が適用されるか否かを定める規定をいう。その好例は、「人の行為能力は、その本国法によって定める」旨、規定する法の適用に関する通則法第四条第一項である。ここでは、行為能力の有無が問われる者がいずれの国の国籍を有するかを先決的に調査することを通じて、この者の本国の行為能力に関する法規範に適用根拠が付与されている。この状況を、同法第四条第一項は、当事者の本国の行為能力に関する実質規定の適用範囲を決定する独立抵触規定と言表すことができる。

他方、従属抵触規定⁽¹⁴⁾は、複数の独立抵触規定の存在を前提としてそのいずれが適用されるかを決定するという機能を有する上位の規範をいう（上位に位置する従属抵触規定に基づいて、個々の独立抵触規定が適用されるか否かが判定される）。この規定は、ある独立抵触規定中に用いられた文言の解釈が必要となる場合、その解釈指針を示した規定（適用基準）であると説明することもできる。ふたたび同法第四条第一項（「人の行為能力は、その本国法によって定める」）に素材を求めれば、行為能力の有無の判断が必要とされる者が内外二重国籍者である場合、「本国法」を内国（の行為能力に関する実質）法と解するか外国（の行為能力に関する実質）法と解するか、さらに、いずれか一方だけでは足りず、内国法

と外国法との累積という意味で捉えるかという解釈問題が浮上する。たとえば、この者が甲乙両国の国籍を有する場合、「本国法」を甲国（の行為能力に関する実質）法と解するか乙国（の行為能力に関する実質）法と解するか、さらに甲乙両国（の行為能力に関する実質）法と解する（甲国法と乙国法とを累積適用する）かという点である。この解釈問題に解答を与えるのが同法第三八条第一項である。そこでは、「当事者が二以上の国籍を有する場合には、その国籍を有する国のうちに当事者が常居所を有する国があるときはその国の法を、その国籍を有する国のうちに当事者が常居所を有する国がないときは当事者に最も密接な関係がある国の法を当事者の本国法とする。ただし、その国籍のうちのいずれかが日本の国籍であるときは、日本法を当事者の本国法とする。」と定められている。これが典型的な従属抵触規定の例である（反致条項、公序条項等も従属抵触規定に数えられている）。

こうした区別が成り立つとすると、刑法第一条以下の諸規定はいずれも独立抵触規定として性質付けられるとする説明も可能となる。

六 このように、刑法第一条以下の関連諸規定の法的性質については、複数の説明方法が成り立ち得ることが分かる。刑法分野で行われてきた従来の説明、すなわち、刑法第一条ないし第四条の二は「この法律」の「場所的適用範囲に関する規定」であるという説明を尊重すると、該当の諸規定を刑法の場所的適用範囲を定める適用規範、すなわち、独立抵触規定と説明することが考えられる。その場合、第一条第二項はどのような性質の規定とみることができるか。同項では、「この法律は……に適用する」という表現形式が明文上採用されていないので、これに適用規範性を認めることはできないということになるのだろうか。

同項の性質を説明する場合、次の二通りの可能性が考えられよう。そのひとつは、「前項と同様とする」という文

言に着目し、第一項と同様に、「この法律は……に適用する」という表現形式が採用されていると説明することを通じて、そこに適用規範性を見出す立場、すなわち、第二項を独立牴触規定とみる立場である。今ひとつの説明は、第一項という独立牴触規定の法律要件に掲げられた「日本国内」という文言が何を意味するかの解釈指針を提供する（より直接的にいえば、この文言に「日本国外にある日本船舶又は日本航空機内」をも含めることができるという解釈を示す）ことで、第一項という独立牴触規定を補完する従属牴触規定と捉える立場である。いずれの説明も、「比較の第三項」を欠くため、絶対的優位性を持たない。このようにみると、第二項の性質如何はなお残された課題であることが分かる（第五の疑問）。

四 結びに代えて

一 小稿では、斎藤教授の体系書における簡明な記述、すなわち、「刑法の（いわゆる）場所的適用範囲に関する法（刑法一条―四条の二等）を「国際刑法」と呼ぶこともある」という説明に続けて、かつこ書きで付記された「一応、『国際私法』に対応するものといえる」という表現に着目して、国際私法と刑法との間に同教授が挙げられたような「対応関係」があるか否かを確認することが試みられた。

通常理解によれば、わが国際私法の主要法源と考えられている法の適用に関する通則法中、各則の諸規定（法の適用に関する通則法第四条ないし第三七条等）はいずれも、わが民法の場所的適用範囲を画定する規定であるとは考えられていない。むしろ、これらの規定は、内外国私法の適用可能性を前提として、個々の法律関係ごとに抽象化された

連結点を介して準拠法を指定する双方的抵觸規定であると説明されてきた。こうした国際私法学における一般的な理解と対比すると、小稿で取り上げた刑法学における説明は、法の抵觸を前提とするか否かという点で、明らかに異なっており、両者は「対応関係」にないことが分かる。確かに、わが刑法の日本国内における適用を命じる規定として刑法第一条ないし第四条の二を説明する場合、関連諸規定の法的性質を適用規範（抵觸規定）、特に一方的抵觸規定とみる構成がまったく考えられないわけではない。

けれども、国際私法の側からみて、こうした刑法分野における従前の理解がどこまで通用するかという点については、若干の疑念を禁じ得ない。今、改めてこれを整理すれば、次のようになる。第一の疑問は、刑法という内国法の内国での適用を直接に命じるという行為自体、すでにその立法目的に含まれている事柄であつて、成文化の根拠が罪法定主義に求められる場合でも、目的規定として定められればよく、場所的適用範囲に関する規定として説明するのはなぜかという点である。第二のそれは、犯罪地、人的集団、身分等を組み合わせて類型化し、類型ごとに適用を要する罰条規定を対応させた諸規定をなぜ「場所的適用範囲に関する規定」という限定的表現で説明しなければならぬのかという点である。第三の疑問は、複数の国家法の存在を前提としていないところから、法の抵觸を想定していない規定になぜ適用規範性を認めるのかという点である。第四のそれは、適用規範性を肯定するとすれば、それを一方的抵觸規定と説明しないのはなぜかという点である。第五の疑問は、第一条第一項と第二項の関係について適用規範という点からの説明がないのはなぜかという点である。斎藤教授が言及された「対応関係」の有無について、これが肯定される場合、その内容如何という点について、それぞれ答えようとすれば、右の諸点があらかじめ説明されていなければならないようにみえる。

二 このような疑問を残しつつも、国際私法と刑法との間に何らかの対応関係を見出そうとすれば、はたしてどのような説明が可能か。ひとつの説明は、国際私法における抵触規定と刑法における適用規範との間に、当該事象の説明方法を異にするにせよ、内国法のみが適用されるという結果の一致（外形的類似性への着目）を強調することに求められるのかもしれない。すなわち、上位規範によって下位規範の適用可能性が左右されるという意味においてである。

まず、国際私法における説明方法を提示しよう。たとえば、日本人AがB国の事業者Cに対しインターネット取引というかたちである物品を注文し、送付を受けたものの、当該物品が注文したものと異なるとしてクレームを出し、指示通りの物品を送付するよう求め、代金を支払わなかったところ、Cから売買代金の支払いを求める訴えがわが国の裁判所に提起されたという事例が考えられる。本件においてAC間で売買契約が成立していたか否かを判断する前提として、Aの行為能力の有無が問題となる。この場合、法の適用に関する通則法第四条第一項によって、Aの行為能力の有無を判断する準拠法として日本法が指定される（民法第四条以下が適用される）。他方、刑法における説明方法はどうか。在日外国人Aがわが国でBに暴行を加え、傷害を与えた事例において、刑法第二〇四条がわが国の裁判所で適用される根拠は刑法第一条第一項に求められると説明されるならば、そこに、法の適用に関する通則法第四条第一項が日本民法第四条の適用範囲を決定すると説明することとの外形的類似性が見出されるともいえよう。このような説明が是認されるのであれば、両者間に「対応関係」が成立するといえるのかもしれない。

右の仮説が成り立つか否かを論じようとすれば、何よりもまず、先決的論点として、斎藤教授における「対応関係」の意味如何が確認されなければならない。補完的説明が得られるまでは、小稿で取り上げた諸点についての最終的な

検討は留保されなければならない。

三　すでに繰り返し指摘されている点でもあるが、法律学の研究に従事する場合、どの分野を専攻するにせよ、小さな専門分野のみに埋没してはならない。貧富の格差の増大、環境破壊の進行、食糧危機の増大、武力紛争の拡大等、現代社会に生起する問題はどれも国際的規模での対処を必要とするものばかりである。われわれの社会生活がグローバルな規模で営まれることが常態となった今日、何らかの意味で涉外性を有する事案は確実に増えつつある。このような状況をみると、狭い専門分野に閉じこもることなく、複数の専門分野を横断的に研究することの必要性はますます高まっている。

他方で、われわれの社会生活に現れる利益の対立は特定の分野に限って現れるわけではない。複数の分野において行われる個別的利益衡量に加え、分野横断的な総合判断が求められる事項も少なくない。たとえば、実体法上の解決策の当否が手続法上のそれに影響されることもあれば、その逆もあり得よう。民営化と国有化の限界が固定されていないように、公法と私法との限界も変動し、またEU法が示すように、国家法による規律と国際法による規律との限界も変動する（国家間の合意により、規律の権限がヨーロッパ連合に移管される場合がある）。

これらの事象はどれも、法律学の研究に当たって、専門化（分散化）とは逆に、体系化（統合化）を求める動きとして捉えることができよう。両者のバランスをいかに保つかという点は永遠の課題といわなければならない。小稿はこのような意識に導かれて行われたものであるが、おそらくは萌芽期の研究として乗り越えられるべき多くの課題を有することであろう。後世の批判的研究が期待されるところである。

* M・セール(梶野吉郎/竹中のぞみ訳)『解明 M・セールの世界——B・ラトゥールとの対話』(法政大学出版局、一九九六年) 二二二頁。

- (1) 齋藤信治『刑法総論初版』(有斐閣、一九九三年) 三二一頁。
- (2) 団藤重光編著『注釈刑法(1) 総則(1)』(有斐閣、一九六四年)(福田平) 一六頁。
- (3) 大塚仁/河上和雄/佐藤文哉編著『大コンメンタール刑法 第1巻(第一条)第三四條ノ二』(青林書院、一九九二年)(古田佑紀) 一〇頁。
- (4) 川端博/西田典之/原田國男/三浦守編著『裁判例コンメンタール(第1巻)』(立花書房、二〇〇六年)(三浦守) 三頁。
- (5) 横山潤『抵触法上の一方主義』(国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年) 六二七頁以下)。
- (6) 多喜寛『属地主義』(国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年) 五六四頁以下)。
- (7) 小山昇『実質法』(国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年) 四三九頁)。
- (8) 出口耕自『抵触法』(国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年) 六二六頁以下)。
- (9) 坪場準一『抵触規定』(国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年) 六二六頁)。
- (10) 個別的抵触規定とか拡張抵触規定とかと呼ばれることには理由がある。規律対象たる事項に即して「個別的に」定めている点に着目すれば、「個別的」抵触規定という名称の意味を、また本来的に国内事件の解決基準として立法された国内実質規定の空間的適用範囲を涉外事件に対して「拡張している」という点に着目すれば、「拡張」抵触規定という名称の意味をそれぞれ理解できよう。
- (11) 佐藤やよひ『一方的抵触規定・双法的抵触規定』(国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三省堂、二〇〇五年) 三五頁)。
- (12) 溜池良夫『国際私法講義「第3版」』(有斐閣、二〇〇五年) 七七頁以下他参照。
- (13) 独立抵触規定は、自主的抵触規定とか自足的抵触規定とかといわれることもある。「独立抵触規定」と表現されるのは、それが、ある実質規定の適用の可否をそのつど決定するという意味で、別個独立して用いられるという実体に着眼した表現である。「自主的」とは、当該抵触規定がそれ自身が主体的に独立して適用される面をいい、また「自足的」とは当該抵触規定が適用されればそれだけで足りる、つまり、準拠法を特定することができる場面を想定した表現である。

(14) この規定は、補助的抵觸規定とも呼ばれる。「従属」という文言が用いられるのは、ある独立抵觸規定の適用過程に「従属して」登場するという点に留意した表現であり、また「補助」という表記は、ある独立抵觸規定の解釈作業を「補助する」という点に着目した表現である。

(本学法学部教授)