

論 説

物権準拠法再検討のための準備報告

——最高裁平成14年10月29日判決を契機に——

原 田 央

- 1 はじめに
- 2 最高裁平成14年判決の文理上の問題点
- 3 本判決の実質的検討考慮内容の解剖分析
 - 3.1 本判決の検討対象の限定性
 - 3.2 「取引の安全」の考慮
 - 3.3 物理的所在の束縛—物所在地主義検討の不十分さ
- 4 若干の予備的考察と今後の検討課題の提示
 - 4.1 物所在地主義の射程
 - 4.2 異則主義の社会構造上の含意
 - 4.3 国際的多元的取引法秩序の可能性
 - 4.4 今後の検討課題

1 はじめに

現在国際社会における国際私法は、財産関係につき物権・債権峻別二元構成を一般に前提としている⁽¹⁾。また国際的一般的傾向として、物権関係につき、動産と不動産の区別をせずに、物所在地法を準拠法とする考え方(物所在地主義)が、若干の例外的規律を被りつつも、現在なお

(1) 森田博志「物権準拠法の決定と適用範囲に関する問題提起—「原因事実完成当時」を中心に—」国際私法年報8号(2006)87頁は、物権・債権峻別を「ドイツ法圏に特有の秩序観」とする。石黒一憲「所謂法定担保物権の準拠法について」海法会誌56号(1983)18頁、同『国際私法』第二版(2006)388頁も参照。

通用している⁽²⁾。しかし歴史的に見ると、動産に関する物所在地法主義は、決して常に普遍的な支持を得て現在に至ったわけではない。19世紀前半のドイツを震源として、異則主義に対抗する形で、物所在地法主義が次第に勢力を増した。しかしながら、19世紀末以降、大陸法諸国においても尚、動産物権について物所在地法主義がヘゲモニーを完全に獲得したわけではない⁽³⁾。また、先に示唆した若干の例外的規律は、直接には20世紀に物所在地法主義が原則として広く承認された後に顕著になる、同原則への批判と修正の試み⁽⁴⁾を反映したものである。

-
- (2) 物所在地法主義の修正として、1987年スイス国際私法第15、101-107条、1995年イタリア国際私法第51条2項(但し55条)、52条、及び1999年ドイツ民法施行法第45-46条。
- (3) 日本「民法草案人事編」8条は、「動産ハ其ノ所有者ノ法律ニ服従ス」(1項)、「不動産ハ其ノ所在地法ノ法律ニ服従ス但シ私益ノミニ関スル法律ハ此例ニ在ラス」(2項)とする。動産・不動産を区別しそれぞれに異なる準拠法選択基準を設定するよう見えるが、『民法草案人事編理由書』(熊野敏三)によると、この規定の実質は、動産・不動産に共通に、「各人ノ利益」に関する部分と「社会ノ権利」「公益」に関する部分とを分け、前者につき(不動産も)所有権者の本国法に委ね、後者につき(動産も)物所在地法に委ねる趣旨であったことがうかがわれる。同20条参照。寺尾享『国際私法』(1897)536-540頁も同様の考えを示す。磯部四郎『法例釈義』(刊行1890年・日本立法資料全集別巻90・1997)15-17頁と対比。同草案人事編理由書が「白耳義ノ新案」として参照する、1882年ローラン草案第13条は、動産と不動産いずれについても、所有権者の本国法によるとする。但し、「社会の権利に関する」同26条を併せて参照。日本民法草案人事編もローラン草案も、私法全体を属人法と属地法それぞれが規律する範囲、そして両者の規律から解放された当事者の任意的処分に委ねられた範囲によって構成されるものとみる。こうした考えには、Manciniの影響を強く認めることができる。後註130参照。P.S. MANCINI, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traits internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la decision uniforme des conflits entre les différentes legislations civiles et criminelles, Clunet 1 (1874), p. 292-294. 但し1865年イタリア民法前加編7条、及び同条に関する、Mancini, op. cit., p. 301.

我が国においても、明治23年法例や明治31年法例制定の前後から既に、19世紀末の西欧国際私法の影響を受けて、物権・債権峻別二元構成が前提にされている⁽⁵⁾。この物権・債権峻別二元構成に対しては、非常に稀ではあるが批判が向けられることがある⁽⁶⁾ものの、物権債権峻別二元構成が何を目的としたものなのか、どのような国際経済社会の構造を想定したものなのか、二元構成にはどのような限界があるのか、という点の厳密な認識と評価は、この構成を批判する立場においても十分にな

(4) 20世紀における動向の概観として、VENTURINI, Property, in IECL, vol. III, chap. 21 (1976) p. 1-37; KREUZER, La propriété mobilière en droit international privé, RdC 1996, p. 9-318.

(5) 前掲民法草案人事編8条と異なり、明治23法例4条1項は動産と不動産を区別せずに一律に「所在地ノ法ニ従フ」ものとする。磯部・前掲(註3)15-17頁。岸本辰雄『法例正義』(1899)61頁は、「商工業益々発達シテ動産ノ分量並ニ其価値ノ著シク増加スルニ至テヤ動産ヲ以テ其ノ所有主ノ本国法ニ従フ可シトスルハ頗ル實際ノ利益ニ合セサル」ために、物所在地法主義が採用されたと説明する。動産にも物所在地法主義を要請する「商工業」の性質が問題となる。

明治31年法例10条も物所在地法主義を採用するが、起草者穂積陳重による物所在地法主義採用の理由説明は、精彩を欠く。要は、物所在地基準が、本国法など他の基準と比べて、「一番簡単」で「明瞭」で「一番簡便」であるにすぎない。せいぜい、「取引等」のあった場合に、本国法主義等の属人的基準によると、それを「知ルト云フコトノ困難、種々ノ不便ガ生」ずるのに対し、物所在地は、「法律行為ノ当事者等ガ常ニ眼前ニ見テ居」る「所ノ事実」でありそれを基準にするのが「一番簡便」だという理由に過ぎない。『法典調査会法例議事速記録』(日本近代立法資料叢書26・1986)104-106頁。逆に、対象動産を直接「眼前ニ見」ずに、物所在地如何に関わらずに、輾転取引する場合については、起草者穂積の説明中では触れられない。『法例修正案理由書』においても、動産物権につき、属人的基準を採用することは、「動産ノ融通ヲ妨ケ国家ノ経済ヲ害スル」ものとされる。起草者の念頭に置いている取引の性質について示唆的である。

(6) 石黒『国際私法』前掲(註1)388頁、同『国際私法〔新版〕』(1990)361-362頁、同『国際私法の危機』(2004)163-164頁。森田博志「国際私法の議論において原因行為と物権行為の区別が本当に必要なのか?」(1)千葉法学10巻3号(1996)154-155頁註73、同論文(4)千葉法学11巻4号(1996)41-42頁。

されているわけではない。また前述の如く、国際的に見ても、動産物権関係については、物所在地法主義の周囲には、常に緊張対立が存在しており、我が国でも物所在地法主義の限定・修正の試みがないわけではない⁽⁷⁾が、その対立の軸となる物所在地法主義の意義については、それら緊張対立の意味を解明し、準拠法選択の前提にある財産法構造を再構築するに資する程度の明晰さと内容を持った、理論的な検討は見当たらない⁽⁸⁾。こうした状況の中、平成14年10月29日最高裁第三小法廷判決(以下、本判決)⁽⁹⁾が、自動車の物権関係の準拠法に関して一定の判断を示した。本判決直後には、若干の解説・評釈⁽¹⁰⁾が、相次いで公表されはした

-
- (7) 物所在地法主義の修正の試みにおいては、物権保持者の意思をどの程度、どのように考慮するか、という点も重要になる。端的に当事者自治導入の可能性を示唆するものとして、岡本善八「国際私法における動産物権」同志社法学40巻6号(1989)40頁、河野俊行「国際物権法の現状と課題」ジュリ1143号(1998)45-48頁。

いわゆる「移動中の物」についても、かつては物権保持者の意思の考慮が問題とされていた。泉哲『国際私法講義』(1926)234頁、遠藤登喜夫『国際私法』(1927)176-177頁参照。また、久保岩太郎『国際私法論』(1935)559-564頁を、江川英文「運送中の動産に関する物権移転の準拠法」国際法外交雑誌31巻10号(1932)1-12頁、同『国際私法』改訂増補(1970)200-201頁と対比。近時の学説は、仕向地基準の採用を広く支持するが、この問題を「所在地」特定の困難に由来するものとする。物権(特に所有権)が物に対する事実上の排他的支配関係たる占有に直結することを暗黙の前提として、物所在地法を物権関係全体に及ぼした上で、占有には必ずしも直接に関係しない、取引に基づく物権得喪を論ずる際にも、却って所在地に束縛され、せいぜい移動中の物について、所在地の例外として論ずるに過ぎない。近時学説における「移動中の物」の論じ方、体系上の位置づけ(法例10条1項と2項「通則法13条1項と2項」のいずれの問題か等)につき、例えば山田録一『国際私法』第三版(2004)310頁、櫻田嘉章『国際私法』第五版(2006)188頁、西谷祐子「物権準拠法をめぐる課題と展望」民商136巻2号(2007)37頁、木棚照一・松岡博・渡辺惺之『国際私法概論』第五版(2007)〔松岡博〕159-160頁、澤木・道垣内『国際私法入門』第7版(2012)253頁、櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第一巻』(2011)〔竹下啓介〕373-374頁などを相互に対比。

- (8) 動産物権関係に関する物所在地法主義の根拠について、日本では近年その検討が十分になされている状況には程遠い(例えば、福原鎌二郎・平岡定太郎『国際私法』(1892)209頁以下、泉・前掲(註7)224頁以下と対比せよ)。近時学説の多くは以前から主張されている理由づけを並列的に複数挙げるのみである。主に、物権の「物に対する直接支配の権利」としての性質、「所在地の公益」、「取引の安全」、「第三者保護」などが、若干の表現の差異を伴いつつ、言及される。各理由の相互関係すら定かではないばかりか(いずれか一つの理由のみでは根拠足りえないのか)、理由の内容も明確さを欠くことがある。櫻田・道垣内・前掲(註7)65頁、西谷・前掲(註7)28-29頁、溜池良夫『国際私法』第三版(2005)331頁[尾島明・最高裁判所判例解説・曹時57巻4号(2005)304頁、318頁(注4)は、物所在地法根拠につき同第2版を参照する]、神前禎・早川吉尚・元永和彦著『国際私法』第三版(2012)205頁、櫻田・前掲(註7)183頁、松岡博編『国際関係私法入門』第三版(2012)[田中美穂]157頁。

近時学説が祖述するのは、主として20世紀の日本学説による物所在地法根拠に関する説明である。跡部定次郎「物ノ所在地ノ変更ト物権ノ準拠法(一)」法学論叢第1巻6号(1919)4頁、久保・前掲(註7)504、511頁、山田三良『国際私法』(1932-1934)107-108頁、江川英文『国際私法』(日本評論社・1938)217頁及び同『国際私法』前掲(註7)193頁、山田鎌一・澤木敬郎編『国際私法講義』(1970)118頁[鳥居淳子]、折茂豊『国際私法(各論)』新版(1972)83-84頁、山田鎌一・前掲(註7)292-293頁(初版1992年)。更に、20世紀の日本学説の説明には、19世紀後半以降の外国学説の影響が見て取れる(von Bar, Walker, Niboyet, M. Wolffなど)。前掲文献の他、岡本・前掲(註7)9-15頁も参照。今日、物所在地法主義の意義を再検討するには、この層まで降りて批判的に吟味することが求められる。

- (9) 最高裁第三小法廷平成14年10月29日判決(民集56巻8号354頁)。
 (10) 本判決に関する解説・評釈として、尾島明・ジュリ1243号(2003)131頁、同・前掲(註8)294頁、道垣内正人・法教271号(2003)128頁、早川眞一郎・平成14年度重判解ジュリ1246号(2003)275頁、横溝大・法協120巻7号(2003)179頁、笠原俊宏・私法判例リマークス2004(上)150頁、神前禎・国際私法判例百選(第2版)54頁[初版84頁]。原審の解説・評釈として、横溝大・判評502号(2000)234頁、高杉直・私法判例リマークス2001(上)144頁、森田博志・ジュリ1193号(2001)125頁、檜崎みどり・平成12年度重判解ジュリ1202号(2001)291頁、原啓一郎・平成12年度主要民事判解判タ1065号(2001)194頁。

ものの、しかし、平成18年通則法制定にあたって、本判決を理論的に検討し評価したうえで、立法に昇華するという作業は結局実現しなかった⁽¹¹⁾。

本判決は、以下に見るとおり、大きな問題や混乱を孕む。しかし他方で、動産物権関係の準拠法をめぐる問題や更には債権・物権峻別二元構成について再考を促す重要な契機も含んでいる。動産物権関係準拠法に関する問題群全体の中で、本件事案そして本判決がもつ意味を正確に位置づけたうえで、動産物権準拠法全体や債権・物権峻別二元構成に対する理論的再検討を行うことが求められるが、本稿は、これに全面的に取り組む、具体的解決を提示するまでには至らない。本判決を一つの契機としつつ、今後の検討課題を提示する準備的報告にとどまる。

2 最高裁平成14年判決の文理上の問題点

本件事案は、私法が国際的に多元的に存在する状況下での贓物追求(所有権に基づく返還請求)とそれに対する対抗(時効、即時取得)の緊張関係にかかわる。本件請求の主要部分は、所有権に基づく自動車の返還請求にあり、主たる争点は⁽¹²⁾、それを判断するための準拠法選択である

(11) 明治31年法例第10条の改正作業については、以下を参照。法例研究会(座長道垣内正人)『法例の見直しに関する諸問題(2)』別冊NBL85号(2003)133頁以下(本判決については146頁註384、387、388)、法制審議会国際私法(現代化関係)部会(部会長櫻田嘉章)第八回会議(同会議における審議内容につき、法務省ホームページ掲載議事録及び、森田博志「国際私法の現代化における法例一〇条・一二条関連の改正作業の問題点」千葉法学20巻2号(2005)93頁以下参照)、及び「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」(2005年3月22日)。神前禎『解説 法の適用に関する通則法 新しい国際私法』(2006)15、166頁、小出邦夫編著『逐条解説・法の適用に関する通則法』(2009)164-170頁の説明も併せて参照。現在の日本国際私法学説の状況の一端につき、例えば、森田・前掲119-121頁参照。

(12) 国際裁判管轄、Xの権利能力・訴訟能力、不当利得返還請求、日本の自動車所有権登録移転請求、代償金支払請求なども問題となったが、本稿では触れられない。

(盗品に即時取得適用を排除するドイツ民法935条参照)。本件自動車は、ドイツ法人Aが所有しドイツで登録済だが、ドイツ在住BがAとのリース契約に基づき利用中にイタリアで盗難に遭い、アラブ首長国連邦・ドバイ「所在」法人Cから日本法人Dが購入し、神戸税関に輸入申告の上、自動車通関証明書を取得して、神戸港に荷揚げされた⁽¹³⁾。その後順次売買によりE(の元で予備検査)、F(いずれも日本法人)を経た上、日本在住個人Gのもとで日本での新規登録を受け、更にH、I(いずれも日本法人)を経て⁽¹⁴⁾、日本在住個人Yが移転登録及び占有しているものである。ドイツ法人保険会社Xは、損害保険契約に基づくAへの保険金支払の上、保険約款の規定する保険代位により所有権を取得したとして、Yに対し本件自動車の引渡を求めた。

自動車の物権関係に関する準拠法選択問題につき、第一審は、「物権の権利変動については、法例一〇条によりその目的物の所在地により準拠法を定めるべき」⁽¹⁵⁾で「本件自動車は日本に所在するのであるから、日本法を適用するのが相当である」(民集444頁)とし、「少なくともGが善意取得」したとしてX請求を棄却した。これに対し原審は、「法例一〇条によれば、動産に関する物権はその所在地法により(同条一項)、その物権の得喪(変動)はその事実が完成した当時の所在地によるものであるが(同条二項)、自動車はもともと広範囲に移動することを予定した動産であって、移動する時々の所在地の法律を適用するものと解するのは相当でなく、登録地での長期間の不使用、不在や権原のある者による新たな登録等により登録地への復帰可能性が事実上消滅したとみるべき事由があるなどの特段の事情がない限り、原則としてその自動車が本来の使用の本拠として予定している一定の中心的場所すなわち復帰地(登録地)をもってその所在地と解するのが相当である」(民集452頁)とし、ドイ

(13) 但し、Dと実際の輸入申告者D'は異なる(第一審・民集437頁、原審・民集454頁)。

(14) H、I共に中古車販売業者であり、Hへの移転登録はなされていない。

(15) 但し問題となる各時点毎の所在地を識別してはいない。原審(民集454-455頁)と対比。

ツを「復帰地」とした上で、ドイツ法によりX請求を認容した⁽¹⁶⁾。本判決は、原審判断を是認せず、以下のような一般論を述べた上で破棄自判し、Gの即時取得を認め、Gから順次承継取得したYに対するXの請求を退けた。

「法例10条2項〔現行通則法第13条2項—筆者注〕は、動産及び不動産に関する物権の得喪はその原因たる事実が完成した当時における目的物の所在地法によると規定しているが、これは、物権のように物の排他的な支配を目的とする権利の得喪はその原因事実が完成した当時における目的物の所在地国等の利害と密接な関係を有することによるものと解される。」「そうすると、目的物が有体物であるときは、同項にいう所在地法は、その物理的な所在地を準拠法選択の連結点とすることに支障があるなどの場合を除き、その物理的な所在地の法をいうものと解するのが相当である」(判旨4(1)ア)。自動車には、「その性質上、運行の用に供され広範囲に移動することが可能な状態のものと、そのような状態にないものの2種類があり(判旨4(1)イ)、「自動車の所有権取得の準拠法を定める基準となる法例10条2項にいう所在地法とは、」「運行の用に供し得る状態のものである場合にはその利用の本拠地の法、運行の用に供し得る状態にない場合には、他国への輸送の途中であるなどの事情がない限り、物理的な所在地の法をいうと解するのが相当である」(判旨4(1)ウ)。

この本判決一般論には、以下に述べるような文理上の問題点があり、評釈・解説等の判旨理解も一定しない⁽¹⁷⁾。また判旨の不明確さに対して学説上の批判がある⁽¹⁸⁾。まず第一に、本判決によると、一定の場合には

(16) 原審は、傍論として日本法に基づきYらの即時取得につき判断し、その成立を否定する(民集454頁以下)。

(17) 概説書における本判決の紹介の仕方も一致しない。例えば、横山潤『国際私法』(三省堂・2012年)158頁、西谷・前掲(註7)46頁、澤木・道垣内・前掲(註7)252頁、松岡編・前掲(註8)159頁、木棚・松岡・渡辺・前掲(註7)160頁、櫻田・前掲(註7)189頁、溜池・前掲(註8)343-344頁。

(18) 櫻田・前掲(註7)189頁、神前・前掲(註10)55頁。

準拠法選択の基準(連結点)として「利用の本拠地」が採用される。しかし、「利用の本拠地」の意味内容、その特定方法について、本判決は十分な説明を与えない。本判決以前の状況を見てみると、本件原審では前述引用の通り「本来の使用の本拠として予定している一定の中心的地方」という表現が用いられ、かつそれが「復帰地」(更には「登録地」と同義のものとしてされている。しかし「利用の本拠地」という、本判決と完全に同一の指標は用いられていなかった。学説においては、自動車の動産物権準拠法につき、物理的所在地、登録地⁽¹⁹⁾、復帰地を基準とするもののほか、本拠地を一定の場合に基準とする主張も見受けられた⁽²⁰⁾。こうした中で、本判決は、物理的所在地を基準とすべきではないとする場合につき、「利用の本拠地」基準を採用した。

本判決中に具体的説明を欠くこの基準については、いくつかの断片的手がかりが存在するだけである。主要な箇所は、第一に、本件事案においてH、I、Yの「所有権取得については、……その準拠法は、本件自動車の各占有取得時におけるその利用の本拠地であることが明らかな我が国の法によるべき」としている点(民集359頁)、第二に、「このような運行の用に供しうる自動車が取引の対象になっている場合、買主はその自動車の登録や管理の状況など当該自動車の本拠地を知るための情報を容易に得ることができるはずである」と述べている点(民集358頁)である。

しかし、第一点に関し、我が国が「利用の本拠地」に該当する場合があるとして、その同定の基準は定かではない。第二点に関し、登録それ

(19) 船舶物権について、「登録地」を基準とする判決も存在する。船舶所有権得喪に関する松山地判平成6年11月8日判時1549号109頁の他、山口地柳井支判昭和42年6月26日下民集18巻5・6号711頁、秋田地決昭和46年1月23日下民集22巻1・2号52頁など。

(20) 尾島・前掲(註8)305-306頁参照。同306頁、318頁註9は、「本拠地法説」として折茂豊と山田鐸一を挙げるが、折茂・前掲(註8)96頁註(一一)但書、及び、折茂と山田が共に参照する久保・前掲(註7)567頁を併せて対比。泉・前掲(註7)234頁、遠藤・前掲(註7)176頁と同様、久保は移動中の物の物権行為に限定して論じている。

自体は本拠地を知るための情報の一つであると読めるが、登録地が直ちに本拠地と一致するか、一致しないとしてそれは如何なる場合か、については明らかではない。本判決に関する学説理解として、本判決が提示する「利用の本拠地」を登録国と短絡するもの⁽²¹⁾もあるが、「利用の本拠地と登録地とが異なる場合」があることの指摘の上に「物権関係の基準とすべきはより現実的な場所である利用の本拠地であるという考えが本判決の規定をなしている」と見る見解⁽²²⁾、更には「当該自動車の利用状況等により決定されるもの」であり「決して一義的に決まるものではなく」「自動車の移動の仕方に応じて個別具体的に決定されることにならざるを得ない」と考える見解⁽²³⁾も存在する⁽²⁴⁾。このように理解が定まらないことの大きな要因として、本判決自体が、「利用の本拠地」基準を、十分な説明なしに、また既存の裁判例・学説の定立した基準との異同を明らかにすることなく、唐突に提示したことを指摘せざるをえない。

本判決一般論の第二の問題点は、「運行の用に供しうる状態のものである場合」と「運行の用に供しうる状態にない場合」との区別にある。前述のように、本判決は一般論として法例10条2項の物所在地法主義の原則を確認した上で(判旨4(1)ア)、「物理的な所在地」法を同項「所在地」法とすることにつき「支障」があるか否かを、自動車について検討する(判旨4(1)イ)。その際に、「運行の用に供しうる状態のもの」か否かが重要な軸となる。この点につき、本判決は、以下の叙述から議論をはじめめる。

「自動車は、一たび運行の用に供し得ようになると、国境を越え

(21) 道垣内・前掲(註10)129頁。早川・前掲(註10)276、277頁。両者においては、「利用の本拠地」を登録国と解する根拠は示されていない。溜池・前掲(註8)343頁も参照。

(22) 笠原・前掲(註10)153頁。

(23) 横溝・法協前掲(註10)187頁。

(24) 尾島・前掲(註8)294頁以下、同・ジュリ前掲(註10)131頁以下は、「利用の本拠地」の内容・特定方法については、直接に言及しない。「利用の本拠地」特定の問題を指摘するものとして、神前・前掲(註10)55頁。

て広範囲に動き回ることができるようになるという特質を有する動産であり、多くの国又は地域においては権限ある当局に車両の登録をする等所定の要件を満たすことによって初めて運行の用に供し得るようになるものである(道路交通に関する条約参照)。他方、自動車 が国際的な取引の対象になる場合、新車については未登録の状態で、中古車については従前の登録が抹消された状態で、すなわちそのままでは運行の用に供し得ない状態で流通することがある。」(民集357頁)

この「広範囲に移動することが可能な状態」か否かという点は、一見すると、物理的可動性を有するその意味での動産一般の特徴のようにも見えるが、本判決はそうには考えていない。物理的所在地の変更可能性(可動性)は前提とされているものの、自動車が有する「一たび運行の用に供し得るようになる」と、国境を越えて広範囲に動き回ることができるようになるという特質」に基づき議論を展開する。だが「運行の用に供し得る状態」の厳密な意味は本判決において明らかにされない。確かに、日本の道路運送車両法(昭和26年法律第185号)第2条5号には「運行」の定義が、第4条には「運行の用に供してはならない」との文言が存在するが、これはあくまで日本国内実質法、第一次的には道路交行政上の規律に関する法律用語にすぎない⁽²⁵⁾。従来の国際私法学説においても、「運行の用に供しうる状態」という標識は、準拠法選択との関係で用いられたことはない。本判決は、十分な説明を欠いたまま、かような新規(新奇)な標識を提示した。

本判決は、多くの国・地域では、登録などにより「運行の用に供し得る」状態になると述べ、一方で、「輸入国で新規登録をして運行の用に供することを前提に、登録がないものとして取引の対象とされているが、実際には他国で登録されていた」本件自動車は、「運行の用に供し得ない状態」であり(民集1968頁)⁽²⁶⁾、他方で、その後Gが「道路運送車

(25) 但し、登録を受けた自動車の所有権の得喪につき、同法第5条。

(26) 本判決は、「本件自動車が、ドイツにおいては形式的に登録が残っていても、運行の用に供し得る状態になかったことは明らか」という(民集359頁)。

両法に基づいて新規登録し、運行の用に供しうる状態になっ」たとも述べる(但し、新規登録のみにより直ちに「運行の用に供しうる状態」が生ずるのかは、必ずしも明らかではない⁽²⁷⁾)。一方で、いずれかの国・地域において登録が存在することは、直ちに「運行の用に供し得る状態」であることを意味しないが、他方で、日本所在の本件自動車につき日本で新規登録(または、それに何らかの付加的事情)があると「運行の用に供し得る状態」になったと判断された、その推論過程は具体的に明示されていない。

こうした不明確さは既に学説によって指摘されている⁽²⁸⁾が、本判決を眺めると、「運行の用に供し得る状態」か否かの判断に当たり、自動車の登録の有無が重要な考慮要素であるとの印象は否定し難い。しかし、その登録はいずれの国のものを考慮するのか。ある国(殊に、ある時点の所在地国以外の国)に登録があるとして外形上その登録の存在が明らかではない等により、本判決が言うところの「登録がないもの」とされている場合、「形式的に登録が残ってい」とされる場合には、「運行の用に供し得る状態」にはないと評価する、その根拠は何か⁽²⁹⁾。更に、そもそも「運行の用に供しうる状態」の判断と登録とを必然的に結びつけうるかにつき疑問がある。「運行の用に供しうる状態」とは、前述のごとく単なる物理的可動性を意味するものではなく、内容は定かではないものの、広範囲な移動可能性に関連する、何らかの一定の評価を含んでおり⁽³⁰⁾、加えて本判決は、各国領域内の「運行」につき、各国毎の判断・規律に委ねられていることを前提としていると解し得る⁽³¹⁾。仮にそうだ

(27) 横溝・法協前掲(註10)186頁の理解と対比。

(28) 神前・前掲(註10)55頁、法例研究会・前掲(註11)147頁 [早川吉尚]。道垣内・前掲(註10)129頁と対比。

(29) 早川・前掲(註10)277頁参照。

(30) 尾島・前掲(註10)133頁、同・前掲(註8)314頁は、「車検切れなどのために法的には運行の用に供し得ない状態であるにもかかわらず、そのまま現実の運行の用に供されている自動車」は、「(運行の用に供し得る状態であり)「利用の本拠地の法が準拠法」となるとする。

(31) 法例研究会・前掲(註11)148頁註388 [早川吉尚] 参照。

とすると、「運行の用に供し得る状態」の評価にあたり登録を問題としない法制度の存在(可能性)は、本判決の立場からどのように解されるのか⁽³²⁾。

また、ある自動車の国内での「運行」可能性は、各国毎の判断による相対的なものであるとすると、「国境を越えて広範囲に動き回ることができる」状態であると判断されるためには、各国毎の規律を其々個別に見ただけでは十分ではない⁽³³⁾。問題となる自動車に対する各国領域毎の判断の総合が求められることになるが、その判断の内容を比較検討する際の軸（「運行の用に供し得る状態」の意味）、そして各国規律・判断の総合に基づく「国境を越えて広範囲に動き回ることができる」か否かの判断の基準が、本判決には示されていない。

3 本判決の実質的検討考慮内容の解剖分析

3.1 本判決の検討対象の限定性

このように、本判決一般論には文理上いくつかの不明確な点があり、同一般論は、今後の実務での安定的な運用に足るだけの明晰性を欠くように思われる。にもかかわらず、学説には、本判決を肯定的に評価するものも存在する⁽³⁴⁾。その評価の根拠は必ずしも同一ではないが、他方

(32) 日本の道路運送車両法第4条。ドイツ法の車両登録制度につき、西谷・前掲(註7)47頁。1949年道路交通に関するジュネーブ条約18条1項もあわせて参照。

(33) 本判決では前掲引用のごとく、道路交通に関する条約を参照しているが、その参照の趣旨は、明らかではない。各国ごとの規制の存在を示唆する趣旨なのか、それとも、各国ごとの規制にもかかわらず、国境を越えた自動車の移動を確保するための国際条約による枠組みの存在を指摘する趣旨なのか。調査官解説(後者の趣旨)と対比。尾島・前掲(註8)309頁(注15)本文および脚注参照。

(34) 森田・前掲(註11)135頁註35、道垣内・前掲(註10)129頁。山田鐸一・前掲(註7)312頁註4及び西谷・前掲(註7)47-48頁も参照。但し、石黒『国際私法』第二版前掲(註1)393頁、及び石黒『国際私法の危機』前掲(註6)172頁の本判決評価もあわせて参照。

で、本判決の準拠法選択の結論に対する批判は管見の限り見当たらない。仮に一方で、本判決の結論を背後で支える実質的考慮内容には傾聴に値するものがあるとして、しかし他方で、十分に厳密な理論構成が本判決によって与えられていないとすれば、その原因を解明することが学説には求められる。

まず指摘すべきは、本判決一般論が自らに課す射程の限定である。本判決一般論は、可動性を有する動産一般についてではなく、対象を自動車に限定し、かつ法律問題としては、動産物権準拠法全般ではなく、法例10条2項の問題、即ち「物権の得喪」に限定して議論する⁽³⁵⁾。原審は、法例10条2項のみならず1項もあわせて論じ、「もともと広範囲に移動することを予定した動産」である「自動車」について、「物権の内容、性質等に関して」まで含めて「復帰地(登録地)」を同条にいう「所在地」と解した。これに対し、本判決は、法例10条2項の物権得喪の準拠法問題のみを論ずる。物権の帰属の次元で事案を処理し、結論的には、XではなくYに所有権が帰属するとして、Xの所有権に基づく返還請求を退ける。それゆえ、仮に所有権がXに帰属したとして、その所有権がYの自動車占有に対していかなる効力を有するかといった、物権の効力・内容の次元(そのための物権準拠法選択基準の特定)にまで踏み込むことはなされていない⁽³⁶⁾。

こうした明示的限定に加えて、本判決が実際に検討考慮した問題は、一層限定されている。本判決が実際に検討した準拠法選択問題は、自動車の物権得喪全般ではなく、「取引」に基づく自動車物権の得喪に限定されている⁽³⁷⁾。自動車の物権得喪に関する準拠法選択基準を論ずるにあたって、本判決は、「自動車が国際的な取引の対象となる場合」(民集357頁27行目)、「運行の用に供し得る自動車が取引の対象になっている場

(35) 櫻田・道垣内・前掲(註7)375-376頁[竹下啓介]は、通則法13条1項に関する叙述において、本判決に言及する。

(36) 尾島・前掲(註10)132頁、同・前掲(註8)330頁以下。これに対し、本判決の解釈基準が1項の「所在地」の解釈にも問題なくあてはまるとする横溝・法協前掲(註10)189頁。笠原・前掲(註10)150頁以下も参照。前註7の移動中の物に関する部分参照。

合」(民集358頁11行目)、「運行の用に供し得ない状態で取引の対象とされている自動車」(民集358頁18行目)、「輸入国で新規登録をして運行の用に供することを前提に、登録がないものとして取引の対象とされている」る場合(民集358頁21行目)、というように、「取引」に基づく自動車物権の得喪に限定して、検討を行っている。

3.2 「取引の安全」の考慮

本判決が、物理的所在地基準から離れて「利用の本拠地」基準を採用する際の実質的検討考慮内容は、比較的短い以下の叙述に現れている。

「自動車が広範囲な運行の用に供されており、その物理的な所在地が変動している場合に、自動車の物理的な所在地を基準として準拠法を決めようとする、当該自動車の移動とともに準拠法が変動することとなり、また、特定の時点における当該自動車の物理的な所在地を確定することにも困難が伴うことがあるため、準拠法の決定が不安定になるという不都合が生ずる。このように自動車についての権利の得喪とその所在地国等の利害との関連性が希薄になっていると言える場合には、当該自動車を利用の過程でたまたま物理的に所在している地の法を準拠法とするよりも、その利用の本拠地の法を当該自動車の所在地法として、これを準拠法とするほうが妥当である。……このような運行の用に供し得る自動車が取引の対象になっている場合、買主はその自動車の登録や管理の状況など当該自動車の本拠地を知るための情報を容易に得ることができるはずであるから、当該自動車を利用の過程でたまたま物理的に所在している地の法を準拠法とするよりも、利用の本拠地の法を準拠法とするほうが、買主にとっての法的透明性がより高く、取引の安全に資する

(37) 本件上告受理申立理由は、法例10条2項「権利ノ得喪」の準拠法につき、物権変動の原因に応じて二類型化し、第一に物権変動が契約による場合には、自動車の登録地法、第二に、物権変動が契約以外の原因による場合には、自動車の現実の所在地法、を準拠法とすべきとする(民集431頁)。高杉・前掲(註10)147頁、檜崎・前掲(註10)293頁参照。これに対し、西谷・前掲(註7)47頁、横溝・法協前掲(註10)185頁。

ことになる。」(下線筆者・民集358頁)

本判決が、物理的所在地基準を排し、それに代えて「利用の本拠地」基準を提示する際に考慮する要素の一つは、「自動車が広範囲な運行の用に供されて」いる場合の、物理的所在地基準を用いることの「困難」や「不都合」である。本判決は、「自動車が広範囲な運行の用に供されており、その物理的な所在地が変動している場合」、「当該自動車が利用の過程でたまたま物理的に所在している地の法を準拠法とする」ことが適当ではないと考える。一見したところ、自動車が「広範囲に移動することが可能な状態」であることよりも、むしろ現に広範囲を移動している場合を念頭に置いているように見える。

ここで本判決が言及する「困難」や「不都合」は、自動車に固有な事情ではなく、およそ可動性を有する動産一般について、程度の差はあれども、指摘しうる。事実、自動車に限らず、それ以外の動産についても、特にいわゆる「移動中の物」との関係で、指摘されてきた点である。本判決において—「運行の用に供し得る状態」(下線筆者)という表現との異同がどこまで厳密に意識されているかは定かではない⁽³⁸⁾が—しばしば言及される「運行の用に供されて」(民集358頁3行目)⁽³⁹⁾いる状況は、従来学説が「移動中の物」として想定してきた状況に、重なる部分がある⁽⁴⁰⁾。仮に、現に広範囲に移動していること(そのことの意味自体必ずしも一義的ではない⁽⁴¹⁾)が、物理的所在地基準の排除を要請する決定的要

(38) 前註17参照。

(39) 「運行の用に供されて移動している場合」という表現を用いる、道垣内・前掲(註10)129頁参照。

(40) 但し、ドイツ学説には、「移動中の物」問題を、それ以外の国際的移動を伴う(予定された)動産商取引をめぐる問題の一部として把握するものがある。STAUDINGER/STOLL, Internationales Sachenrecht, 12. Aufl. (1985) S. 122 [Vgl. idem, 13 Bearb. (1996) S. 173, 233ff.]; DROBNIG, Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland, RabelsZ. 32 (1968) S. 461 Anm. 18. 加えて、別途「走行性動産」の範疇が立てられることにつき、vgl. KEGEL/SCHURIG, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2004), S. 775ff; KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 565ff.

素だとなると、それは、本判決が「運行の用に供し得る状態」にない場合であっても、物所在地法主義を排除すべきとした一定の例外的場合、すなわち「他国への輸送の途中であるなどの事情」(民集359頁3行目)と、重なるようにも思われる。仮に重なりが存在するならば、その部分については、「運行の用に供し得る状態」か否かで場合分けすることの実質的な意義は大きく損なわれる。本判決の場合分けに積極的な意義があると善解するならば、他国への輸送の途中でない、更には現に広範囲に移動していない自動車についても、物理的所在地基準を排除するところに見出すべきことになろうか⁽⁴²⁾。

仮に、「移動中の物」(狭義)としての移動中の自動車の範疇よりも広い範囲につき、物理的所在地基準から離れる必要性和妥当性を本判決が見出しているとなると、問題は、物理的所在地基準から離れる範囲を明確に切り分ける仕方・定式化にある。また、前提として、本判決のように、可動性を有する動産一般ではなく、あくまで自動車に限定して論ずることの当否も、理論的には問題となりうる。本判決は事案との関係で議論の射程をアプリアリに自動車に限定する。そして自動車の有する「特質」「性質」をもとに議論を展開する。しかし、仮に、物理的に「国境を越えて広範囲に動き回ることができるよう」な状態が、当該動産の取引による物権移転を、「たまたま物理的に所在している地の法」に委ねないことを求める根拠だとするならば、現実の移動の頻度の差はあれども、他の可動性を有する動産にも認めることができ、必ずしも自動車

(41) 本判決には、「国境を越えて広範囲に動き回る」(民集357頁23行目)、「運行の用に供され広範囲に移動する」(民集358頁1行目)、「広範囲な運行の用に供されており」(民集358頁3行目)、といった微妙に異なる表現がみられる。「運行の用に供し得る」か否かが各国毎の判断によるという点(前註33本文)もあわせて留意。

(42) 尾島・前掲(註8)314頁は、本判決一般論の場合分けは結局のところ「自動車として利用されていたか、それとも輸送手段としての利用を前提とせず静的な権利の対象とされていたかの2分論である」とする。同・前掲(註10)133頁の「自動車が通常とるであろう状態を前提に2分論を展開したものと解することができる」とする理解も参照。笠原・前掲(註10)152-153頁及び、西谷・前掲(註7)46頁参照。

に限られた事情ではない。またそれぞれの自動車が現実「国境を越えて広範囲に動き回る」程度・可能性を捨象して、自動車につき一律に律することが適当であるかも疑わしい⁽⁴³⁾。本件事案との対応関係という理由以上に、本判決が自動車の射程を限定することの積極的理由は定かではない。本判決は、自動車という対象限定のもとであるがゆえに、「国境を越えて広範囲に動き回ることができるようになる」指標として「運行の用に供し得る状態」という基準を採用しえているように見える^{(44) (45)}。仮に、「国境を越えて広範囲に動き回ることができるよう」な状態が、物理的所在地基準を排除する要因であるとすれば、何故それを端的に基準として採用しないのか⁽⁴⁶⁾。

(43) 横溝・法協前掲(註10)188頁参照。

(44) 横溝・法協前掲(註10)189頁参照。

(45) 「運行の用」という形で一定の用途の限定を付す如くみえるが、例えば、各国展覧会展示のために国際的に広く移動することが予定されている自動車につき、「運行の用に供し得る状態」の自動車と異なる準拠法選択処理をするならば、その理由につき説明を要する。早川・前掲(註10)277頁参照。

(46) ドイツでは、複数領域の移動を予定された国際動産商取引とそれ以外の場合に生じる所在地変更(準拠法変更)の問題を区別する学説も存在する。STOLL, Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen, *RabelsZ.*, 38 (1974) S. 452, 457ff.; STAUDINGER/STOLL, op. cit. (note 40), 13. Bearb., S. 173ff., 223ff.; KREUZER, Gutachtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts, in Henrich, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts (1991) S. 57, 72 f., 84, 94. しかし、移動を予定しているか否か、あるいは、国際的商取引の目的物か否か、といった範疇の切り分けは、厳密に彫琢された法概念による構造的把握を媒介しないため、限界事例の処理における明確性に欠ける。「国際送付売買」を念頭に置くドイツの議論の射程の限定性に対する批判として、河野・前掲(註7)47頁参照。橋崎みどり「ドイツ国際物権法における“当事者自治”の構成について(二)」中央大学法学新報100巻9・10号(1994年)193頁註17も参照。本判決は、対象を自動車に予め限定し、こうした学説の問題点を一定程度回避したことになるが、逆に従来学説との関連を遮蔽する。

本判決は、自動車の物権関係のうち取引に基づく物権の得喪という限定的な問題に関して、運行の用に供されている(あるいは供し得る状態にある)自動車につき、「利用の過程でたまたま物理的に所在している地」ではなく、買主からも識別特定が「容易」な「利用の本拠地」を準拠法選択基準とする方が、「取引の安全」の観点から望ましいと考えている。物権の対世的な側面(物権保持者とその他の全ての第三者との関係)全般ではなく、取引当事者の関係(特に買主の立場)が考慮されていることが窺われる。「運行の用に供し得る状態」の場合につき、取引対象自動車の偶然的所在地にかかわらず、「利用の本拠地の法を準拠法とするほうが、買主にとっての法的透明性がより高く、取引の安全に資する」(民集358頁)とも、本判決は述べる。

無論、本判決も、いかなる基準であれ予め準拠法選択の方法が定まっており、かつそれに従って取引当事者が準拠法を明確に予測できさえすればよい、と考えているとは到底想定しがたい。本判決も、準拠法選択の基準に一定の合理的根拠を求めていると解さざるを得ない。この点についての本判決の思考は判旨文言上一義的に明らかにはならないものの、判旨全体を通して臆気ながら感じとることができるのは一後述のように判旨文言とは完全に一致しないものの一、当事者が何を基点として取引を行っているか、いずれの取引法秩序において取引を行おうとしているか、という点の考慮である。確かに、登録の存在は、一つの重要な可視的指標として取引の基点となりうる。現に、ある特定法秩序における登録をもとに、自動車に限らず物権移転取引や信用供与が行われている⁽⁴⁷⁾。しかし一律に「復帰地(=登録地)」を原則的基準とする原審判決を、本判決は支持しない。単なる登録の存在では取引の基点を特定するのに不十分であるという考慮が働いたと思われる。本件自動車の如く、「輸入国で新規登録をして運行の用に供することを前提に、登録がないものとして取引の対象とされている」場合には、「実際には他国で登録されてい」ても、当該登録地法を準拠法とすると、「取引に関与する者にとっては」「取引時には容易に知り得ない」ことが考慮され⁽⁴⁸⁾、「ドイツには形式的に登録が残っていても」、ドイツ法を準拠法とすることが結果否定される。いずれかの国に存在する登録は、取引の基点となりう

るが、しかし、取引当事者によるその基点の実際の参照・依拠が必要であることを示唆している⁽⁴⁹⁾。本判決が「利用の本拠地」基準を採用する際に、「当該当事者が利用の過程でたまたま物理的に所在している地の法を準拠法」とすることの、「買主にとっての法的透明性」や「取引の安全」の観点からの難点を意識するのは、対象物の物理的所在から当該取引が乖離しており、取引自体は所在地如何にかかわらずいずれかの取引法秩序(本判決にとっては「利用の本拠地」法)に依拠して行われうるものであることを考慮しているためと思われる。

同様の考慮は、本判決が物理的所在地基準を維持する際に展開する、以下の必ずしも単一ではない諸考慮の中にも、看取することが可能である。

「自動車が国際的な取引の対象になる場合、新車については未登録の状態、中古車については従前の登録が抹消された状態で、すなわちそのままでは運行の用に供し得ない状態で流通することがあ

(47) 物権設定移転につき登録地法を基準とする、イタリア1927年3月25日法律第436号第6条(自動車)、ドイツ1940年11月15日法律第1条2項(船舶及び船舶建造物)および1999年改正ドイツ民法施行法第45条参照。船舶金融における登録を基にした船舶抵当権設定につき、石黒一憲『金融取引と国際訴訟』(1983)340頁、江頭憲治郎『「1993年の海上先取特権及び抵当権に関する国際条約」の成立』海法会誌37号(1993)3頁以下、同「船舶先取特権・抵当権制度をめぐる最近の国際的動向」青竹・浜田・山本・黒沼編『現代企業と法』(1991)418-427頁、谷川久「旗国法の基礎の変化と海事国際私法(2)」成蹊法学43号(1996)28頁。船舶登録に関し、山内惟介『海事国際私法の研究—便宜置籍船論—』(1988)16-22頁も参照。UNIDROIT「可動物件の国際的権益に関するケープタウン条約」、「航空議定書」(2001年)、及び「鉄道車両議定書」(2007年)の、同条約による担保金融のための国際登録制度につき、小塚壮一郎「資産担保金融の制度的条件—可動物件担保に関するケープタウン条約を素材として—」上智法学論集46巻3号(2003)43-78頁参照。

(48) 但し、本文引用箇所(民集358頁)は、本判決において、「登録地法等物理的な所在地法以外を準拠法とする」場合の不都合として論じられ、物理的所在地基準採用の根拠とされている。

(49) 尾島・前掲(註8)315頁、同・前掲(註10)133頁が、「一般消費者」による自動車購入に強い配慮を示す点も参照。

る。』(下線筆者・民集357頁)

「運行の用に供し得ない状態で取引の対象とされている自動車については、利用の本拠地がなく、権利の得喪はその原因事実が完成した当時における目的物の所在地国等の利害と密接な関係を有する上、その時点における物理的な所在地を確定する困難もない。また、このような自動車のうち、輸入国で新規登録をして運行の用に供することを前提に、登録がないものとして取引の対象とされているが、実際には他国で登録されていたという本件自動車のようなものについては、登録地法等物理的な所在地の法以外を準拠法とすると、取引に關与する者にとっては、いかなる地の法が準拠法になるのかを取引時には容易に知り得ないことがある。このような事態は、国際的取引に關与する者が自己の取引に影響を及ぼす可能性の大きい準拠法選択を明確に予測し、それに応じた対応をあらかじめとることができるようにすべきであるという要請に反し、国際私法の観点からの取引の安全を著しく害するものであるといわなければならない。』(下線筆者・民集358頁)

本判決は、「所在地を特定する困難」がない点に触れるが、取引当事者にとっては「取引時に容易に得」る場所としては、行為地⁽⁵⁰⁾なども有りうる。仮に当事者合意により特定の領域(法)が定められた場合も、取引当事者にとっては、その認識の困難は定義上存在しない。にもかかわらず、「運行の用に供し得る状態」にない場合には、行為地法や当事者が選択した法ではなく、一定の例外的場合を除き、物理的所在地法を採用する。この選択を積極的に支えている実質的考慮が問題となるが、この場合についても、本判決は、「取引の安全」を考慮する。ここで念頭に置かれている取引は、「輸入国で新規登録をして運行の用に供することを前提に、登録がないものとして取引の対象とされている」という叙述からうかがわれるように、輸入国(物理的所在地国)の取引法秩序のも

(50) 行為地の当事者にとっての明確性につき、福原・平岡・前掲(註8)230頁。法律行為準拠法の行為地主義(法例7条)に関する『法例修正案理由書』説明、及び『法典調査会法例議事速記録』前掲(註5)114頁参照。同96頁もあわせて参照。

とでなされる取引であるといえる。取引当事者による物理的所在地国の取引法秩序への依拠という暗黙の想定が、本判決には垣間見られる。

本判決は、個別の取引毎の取引当事者を想定し、取引両当事者、とりわけ買主の立場を考慮するような叙述を展開する。しかし本判決の示した判断は、個別取引毎の当事者間での物権移転・帰属に関する準拠法選択処理を越えた内容を有する⁽⁵¹⁾。本判決は、第一次的には、本件自動車の輸入業者Dから順次展開される各取引に基づく動産所有権得喪につき、各時点での準拠法特定を問題にする。しかし、同時に、それ以前に所有権を取得し保持していたとするXとの関係で、その旧時点の所有権帰属を判断する準拠法と、第一次的に論じられている各新時点の準拠法との間に生じている、通時的な準拠法変更に関する一定の処理を含意している。その処理を通じて、本件XとYのように、個別取引の当事者関係には立たない者の間での、所有権帰属について判断を示している。

本判決は前述のとおり議論の対象を明示的に物権得喪に限定し、物権の効力の問題は直接に論じない。本件事案のように、同一対象物について複数の取引が順次あるいは無関係に、通時的に併存し重なりあい、そしてそれぞれの時点における物権移転・帰属の準拠法が、通時的に異なることが有りうる。本件事案では、ドイツで登録されリースに供され国内外で利用されていた時期から、盗難を経て、日本に輸入荷揚げされ、Dから取引が次々に重ねられ、Gのもとで日本法上の新規登録がされているが、本判決一般論の提示した準拠法選択基準によっても、物権得喪に関する準拠法は通時的に同一ではない。盗難以前の物権得喪に関する準拠法は、おそらくはドイツ法となるところ、日本国内に輸入荷揚げ以降は、D-E-F-Gの各取引に基づく「所有権取得の準拠法」は「物理的な所在地の法である我が国の法」であり、その後Gの新規登録時以降は、「利用の本拠地」法である「我が国の法」が「所有権取得について」の準拠法となる(民集359頁)。問題は、旧時点においてドイツ法上認められていた所有権の帰属が、準拠法の通時的変更によって被る影響であ

(51) 本判決の「運行の用に供し得る状態」の場合と供し得る状態にない場合それぞれの、「取引の安全」に関する叙述の差異(民集358頁)に注意。

る。

この問題に関連し、本判決は、「Gは(準拠法たる日本法の)即時取得により本件自動車の所有権を取得し、Xは本件自動車の所有権を失った」(民集361頁)と述べる。保険会社たるXの被保険者である所有権者に対する代位という点を、特に準拠法選択との関係で、本判決は直接に論じないが⁽⁵²⁾、その点を措くと、準拠法の通時的変更が生じた時には、旧時点の準拠法の判断が介入するのを準拠法選択上は遮断し(切断の契機)、新時点の準拠法により物権得喪が一元的に判断される、という立場を採っていると評し得る。敷衍すると、まず本判決は、旧時点の準拠法により移転ないし取得がみとめられた「所有権」と、新時点の準拠法に基づく得喪の対象とされる「所有権」が、国際的に通約可能な単位として、通時的に普遍的承認の対象となりうることを前提としていると思われる⁽⁵³⁾。新時点においてYが所有権を取得するということは、Xが旧時点において有していた同物権が失われることを意味する、としている点は、旧時点準拠法により帰属が認められる物権のその後の帰趨は、あく

(52) 上告受理申立理由(民集436頁)。第一審判決(民集443頁)、原審判決(同450頁)につき、横溝・判評・前掲(註10)237-238頁、檜崎・前掲(註10)292頁と森田・前掲(註10)126頁を対比。

(53) (恐らくドイツ法から)「運行の用に供し得る状態」にない場合として物理的所在地たる日本法へと準拠法が変更になった時点、および、その後「運行の用に供し得る状態」になり「利用の本拠地」としての日本法が準拠法となった時点において、それぞれの直前の所有権帰属関係は、新時点の準拠法により物権得喪が新たに生じない限り、そのまま承認される。本判決には、「Gは即時取得により…所有権を取得し、Xは…所有権を失った」というXの所有権帰属を前提とする表現の他にも、「その後Yへ至る取得者は、Gが[物理的所在地法上]取得した…所有権を[利用の本拠地法上]承継取得した」というGの所有権帰属を前提とする表現がある(民集361頁)。通時的な準拠法変更にもかかわらず、その帰属が国際的普遍的に承認される単位として何を想定するかが、安定化が目指される国際的通商の性質にとって決定的である。Savignyによる財産法再構造化以来の選択によるものの、その単位として「所有権」(のみ)を想定することは必ずしも唯一の選択肢ではない。後註130本文参照。

まで新時点の準拠法の実質法上の規律に一元的に委ねられる⁽⁵⁴⁾ことの帰結と解し得る。通時的な準拠法の変更との関係でいえば、本判決における「取引の安全」の考慮は、最新の時点における取引への優先的なものであり、通時的に最新の取引における買主への配慮であり、また、最新の時点における準拠法のもとでの「取引の安全」の優先である。

物権帰属をめぐる通時的準拠法変更に関する、本判決のこうした立場は、贓物の国際的取引、ローンダリング(洗浄)問題につき、一定の態度決定を意味する。第一審が、「マネーローンダリングの問題は、通貨の浄化の問題であり、本件とは直接は関係ない」とするのに対し、原審はこの問題を重く捉える。原審は、「物理的所在のみで」準拠法を「決定するのは相当でな」として、「復帰地(登録地)」基準を採用する際に、「高額自動車の国際的窃盗及び故売が横行している状況にかんがみれば、即時取得や外国における自動車の二重登録等の法制度の悪用による盗難車のローンダリング(洗浄)を防止する必要」があることを、一つの理由として挙げる。原審が懸念しているのは、新時点の準拠法が、旧時点準拠法から切断されいわば無因的に、一元的に物権得喪を判断し、かつその準拠法が物理的所在地基準により定まるとされた場合の、物権のいわば洗浄問題である。このような処理の場合には、旧時点準拠法のもとでの物権保持者からの追求に対抗することを、自らに都合よく認めてくれる法秩序領域に、対象動産を持ち込む誘因が強く存在する。これでは、動産の物権保持者としては、とにかく自分の手元に対象動産を囲い込んで確保し、万が一にも自らの手を離れて他の領域に流出することのないようにする、という方向に傾きやすく、迂闊にも他人に動産を貸与するなどということは危険な行為ということになりかねない(本件自動車がドイツ登録のリース物件であること、Xが所有者Aの保険契約者であることを想起せよ)。

ところが(或いは国際的には孤立的で奇妙な日本特有のことなのか—或い

(54) 旧準拠法上の物権の厳格な「転置」を要求せず、旧準拠法上の物権のそのままの併存可能性を一定程度承認するStollも、切断を前提とした上で、新準拠法の実質法上の問題として論ずる。STOLL, op. cit. (note 46) S. 458f.

は今日では日本だけでなく国際的に共通なのか)、こうした懸念に基づく原判決の結論には、学説上批判が強く存在する⁽⁵⁵⁾。取引の形態についての有りうる様々なヴァリエーションの差異に、どこまで自覚的かは別として、物所在地という物的側面に着目し、その物所在地での取引の安全を、国際的に外部からの影響を遮断して無因的に、優先的に考慮するという思考が垣間見える^{(56) (57)}。確かに、ある動産につき、ある国の法秩序のもとで登録などがなされ、それをもとに各種の信用や取引が展開して

(55) 横溝・判評前掲(註10)59頁は、「盗難車のローンダリング防止への配慮」といった「実質法的価値を混入させている点には疑問がある」とし、「本件においては、対象物が現実に日本に所在している上に、対象物が日本に到着してから相当時間が経過しているのであるから、日本を『所在地』とすべき」であり、「日本法を準拠法とした上で、本件自動車に関するGによる善意取得の成立を認めるべきだったのではないだろうか」、と述べる。同様に「盗難車のローンダリングの防止」という実質法上の価値に基づく準拠法判断として原審を批判するものとして、森田・前掲(註10)127-128頁。確かに、実質法と国際私法(準拠法選択)との峻別は、国際的多元的私法秩序を觀念する上で不可欠である。その意味で、準拠法選択への「実質法的価値」の安易な混入は避けるべきであるが、ローンダリング防止の観点は、単に実質法上の規律に委ねられた問題とはいえない。国際的取引を、同時代の国際社会経済構造のもとでどのように構成するかという、国際私法がその一翼を担うグラウンド・デザインに関わる問題である。

(56) 道垣内・前掲(註10)129頁は、原審判決を「静的安全を過度に重視した判断」と評価する。後註60もあわせて参照。

(57) 高杉・前掲(註10)147頁は、「法律行為以外の事由に基づく物権変動、とくに原所有者の事実上の支配圏から離脱した盗難自動車の即時取得については」「真の登録地法が準拠法とされるならば、取引の相手方の正当な期待を害し、自動車の現実の所在地の取引秩序を乱すことになる。その結果、中古自動車に関する国際的な取引の安全・円滑は大きく阻害されることになる。」「取引の相手方としては、むしろ現実の所在地法の適用を前提として取引に入るのが通常であり、……その時点における現実の所在地法を適用すべきである」とする。現実の所在地の取引秩序と、その下での取引相手方にとっての「取引の安全」とが、考慮されている実体であるが、そのような取引の阻害と「国際的な取引の安全・円滑」の阻害との同一性・関連性につき尚検討を要する。

いたとしても、他方で、その動産の所在は国際的に変わり、その同一動産を対象に、元の登録とは無関係に、新たな取引がなされ、場合によっては別の登録がなされ、かつその上に信用や取引が生ずる。そうした可能性を考慮すると、原審判決のように「復帰地(登録地)」に一律に従わせるわけには行かない、というのが本判決の根底にもある問題関心だと思われる。しかしながら、本判決とて、物理的所在地基準を単純に支持したわけではなく、一定の場合に物理的所在から離れて別の基準を採用すべきことが、むしろ「取引の安全」に資すると考えた。本判決は、物権の得喪の準拠法に限定して論じてはいるが、第一審判決のように物理的所在のみによるのでもなく、原審判決のように各時点の物理的所在を捨象した「復帰地(登録地)」のみによるのでもなく、「利用の本拠地」と物理的所在地の二つの基準を併用し、両者の妥当範囲を画定しようとした⁽⁵⁸⁾。

橋崎・前掲(註10)293頁は、「即時取得は所在地での購入者の信頼や取引秩序の保護に関わるため、車両の物理的所在地の法を適用」すべきであり、「いずれの国で登録されているかにより即時取得の成否が決定されるのでは、取引の安全を害するおそれが高い」とする。高杉と同様に、物所在地の取引秩序の下での取引を念頭に置いた上で、登録地法ではなく物所在地法によるべき、としている点に注意を要する。この点は、取引当事者が依拠する取引秩序と物所在地の結びつきが必然的か否か、そして、「即時取得」の問題は、占有に対する物権の効力に関する物所在地法に委ねられるべき問題か、又は(及び)、取引秩序にゆだねられるべき問題か、といった点に関連する。

(58) 早川・前掲(註10)277頁における、原審判決および、登録地基準を支持する従来の「一般的な見解」との対比における、本判決の位置づけを参照。

(59) 尾島・前掲(註8)305頁は、「他国の登録自動車は日常的に走行している欧州諸国」に対し、「他国の自動車が入ってくるとすれば、新車又は中古車としての売買の目的物としての輸入が主であり、新車であれば未登録車、中古車であれば既にされた登録が抹消された車であるという我が国特有の状況の違い」という認識を有する。道垣内・前掲(註10)129頁、早川・前掲(註10)277頁も参照。この認識の下では、日本所在自動車の物権得喪につき、「利用の本拠地」が他国にあるとして、当該外国法を準拠法とすることは、極めて稀であるということになる。

これに対し、日本に所在する自動車の殆どについて⁽⁵⁹⁾、本判決一般論によっても日本法が準拠法とされることにつき、学説において明示的に批判を述べるものは管見の限り見当たらない⁽⁶⁰⁾。むしろ原審判決を批判する学説と同様に、物所在地法による「取引の安全」を優先し、逆に、原審判決が取り上げ、本判決も必ずしも視野から完全に排除したわけで

他方、他国所在の自動車の物権得喪につき、「利用の本拠地」が日本にあるとして、日本法を準拠法とする可能性について、早川・同277頁は、「そのような事案について日本が国際裁判管轄を有することは比較的稀であろうし、また判決の外国での承認執行の困難さ等を考えると実際にもそのような裁判が日本で提起される可能性は低い」と述べる。

また、道垣内・同129頁は、「日本で盗まれて外国に持ち出された自動車については、…その外国法によることを甘受しなければならなくなる」とする。国内登録車両の物権設定・移転について所在にかかわらず同国法を適用する、イタリア1927年3月15日法律第436号第6条と対比。MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12a ed. (1986), p. 159; POCAR et al., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* (1996), p. 263 [LUZZATO]; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3a ed. (1999), p. 568-569.

(60) 道垣内・前掲(註10)129頁は、物理的所在地法が適用される場合を念頭に置いて、「元の所有者から見れば、自分の知らない間に自動車が国境を越えて移動してしまった結果、自分とは無関係な国の法律で自分の所有権の喪失が判断されることになるのは一見理不尽なようではあるが、取引に適用される準拠法が分からないことから生ずる全体の取引コストの上昇を考えれば、動的安全を優先するのは妥当な判断である」と述べる。物理的所在基準の採用が「取引」に適用される準拠法の明確化に資するという点が、元の所有者の「静的安全」よりも、物所在地法による「動的安全を優先する」ことを導いているようにも見える。更に、「本判決の基準によれば、自動車の物権関係に外国法が適用されることはまずなく、日本国内での取引の安全はまず確保されることになる」(同頁)ような本判決の場合分けを、「妥当な線引き」(同頁)と評する。前註56もあわせて参照。

早川・前掲(註10)277頁も、「本判決のルールによれば、日本に物理的に所在する自動車の物権関係についてはほとんどの場合に日本法が適用されるので、日本国内の取引の安全は、国際私法のレベルでは十分確保されることになる」と述べる。

はない、贓物物権ローンダリング問題への国際私法上の対処は放置される^{(61) (62)}。

仮に、新時点準拠法が、いわば国際私法上旧時点準拠法からの影響を切断し無因的に、物権得喪を一元的に判断することが、ある種の「取引の安全」に資することがあるとしても、そのような「取引の安全」のみの考慮(更には、新時点の物理的所在地法による「取引の安全」のみの考慮)は、日本国内閉鎖的にならばいざ知らず、特に国際的な商取引においては、一面的ではないかという疑問が生じうる。確かに、新時点の準拠法

(61) 尾島・前掲(註8)312頁は、「運行の用に供し得ない自動車の即時取得(占有取得による所有権取得の可否)が問題になっている場合には、動産が動き回ることにより準拠法が不安定になるという問題は生じない」とし、物理的所在地基準を採用しても「せいぜい買受人が最も即時取得が認められやすい地を選んで占有を取得するようなことがあった場合に、これを不当と見るかどうかという問題が生ずる程度ではないか(このようなことが可能になるのは、各国の実体法が異なる以上当然のことである。)」と述べる。

(62) 本判決は、Gにつき日本法を準拠法として即時取得成立を認めるが、日本民法192条の過失要件についての判断は、原審判決と鋭く対立する(民集360頁)。通関手続に要するのは、輸入申告書、輸出者からの送り状および船荷証券等のみであり、日本での自動車新規登録には、輸入者作成の譲渡証明書、通関証明書、予備検査証の添付で足り(原審認定・民集454頁)、Y主張によると、輸出者からの車両証明書等の権利確認書の取得や、(仮に取得した場合の)その後の取引における権利確認書の原本提示や写しの交付は日本における輸入取引慣行としては確立していないとされる(上告受理申立理由・民集392、369頁、但し原審のC-D取引に関する事実認定[民集454-455頁]対比)。こうした法制度や取引慣行の現状を前提にした過失判断は、国内取引や、「一般の消費者」とされるGについてはともかく、中古車輸入販売業者(特に本件DやE)との関係で、国際的有因性を遮断し国内閉鎖的な取引安全を優先し、贓物物権ローンダリングを容易にしている側面も否定し難い。笠原・前掲153頁、橋崎・前掲293頁。尚、同様の観点から、相続準拠法上の共同相続人の「合同共有」関係を、相続不動産所在地(日本)法上公示する方法がなく、相続準拠法に反してなされた相続持分の「処分を無効とするときは、著しく取引の安全を害する」と一律に結論する、最三小判平成6年3月8日民集48巻3号835頁も参照(特に、相続人未成年者の親権者による、相続不動産取引の性質にも留意)。

を、国際私法上いわば国内閉鎖的・無因的に優先させることにより、旧時点の準拠法(のみ)が認める物権に基づく請求は排除される。そして一般に、この点に加え(あるいはこの点との厳密な区別なしに)、排他的一元的な物権得喪の規律が認められる新時点の準拠法として、物理的所在地法が念頭に置かれる。所在地で現物に着目してなされる物的な取引(典型は現実売買・消費者取引)、実質法上無因性を志向し、一旦獲得した占有は、返還・原状巻戻を遮断して手元に確保できることを是認する取引、にとっては、国際私法上の新時点準拠法(しかも物理的所在地法)による一元的处理は、適合的である。

だが国際社会には、これらとは性質を異にする動産商取引も存在しはしまいか。現物そのものやその物理的所在地よりも、権利帰属の確認・当事者間の信頼関係を重視し、有因的に取引を順次繋いでいく(*bona fides*)商取引にとって、物の所在に物権帰属が左右される処理(新時点物理的所在地法主義)を認めることは、自棄行為に等しい⁽⁶³⁾。物理的所在地基準から離れる「利用の本拠地」基準採用は、こうした国際的有因の商取引への考慮も潜在的に意味しうるものの、本判決において、取引の性質に着目した検討⁽⁶⁴⁾が十分になされたとは言い難い。有因的な国際商取引関係を国際私法上どのように位置づけるかという観点は、本判決には容易に認めることができない。

前述のとおり、本判決は、所有権の次元で、所有権の得喪(法例10条2項)を、新時点準拠法によって一元的に規律することで、事案を処理した。これにより、占有者と、被盜難所有権者との、物権—占有関係(物権の効力)を論ずる余地(法例10条1項)は、予め排除されている。しかし、結論として原審に反対する論拠としては、原判決が「物権の内容、性質」を含めた物権関係全体を「復帰地(登録地)」に委ねた点を批判す

⁽⁶³⁾ 福原・平岡・前掲(註8)239-240頁参照。

⁽⁶⁴⁾ 本件上告受理申立理由によると、E-F、F-G売買では店頭で直接引渡がなされている(民集379、384頁)。E-Fの取引関係、F-Gの間柄につき、民集380、384頁。これに対し、C-Dの取引は、ファックスのやり取りだけで、対象自動車の現地見分はない(民集391頁)。最後の点につき、原審認定事実(民集455)参照。

る可能性もありえたところである。仮に、物権帰属・得喪につき、原審判決の如く「復帰地(登録地)」法によるとしたとしても、Xの占有者Yに対する返還請求が認められるためには、さらにもう一段、X請求を基礎付ける物権とY占有との関係、返還請求の可否が問題となり、この後者につき物理的所在地法に委ねる、という構成も可能であった⁽⁶⁵⁾。つまり、物権帰属・得喪とは別次元に、占有と物権との関係についての独立の審級が観念され得た⁽⁶⁶⁾。

更に、物権帰属・得喪につき、本判決が、新時点準拠法一元化を認め、旧時点準拠法の影響を遮断する国際私法上のいわば無因的な構成を採りえたのは、被盜難車の「所有権」と、無権利者を始点として転々移転した「占有」に基づく(即時取得によって認められる)「所有権」とを同次元で通約させることを前提としたためである。新時点準拠法には、「所有権」帰属・得喪の判断が一元的に委ねられるため、旧時点準拠法上の「所有権」帰属をも結果的に事後的に覆しうることになる。しかし、旧時点準拠法上認められている所有権と、新時点準拠法により認められる即時取得「占有」者の防御的地位とが、国際私法上同次元で通約可能であることの論証は、本判決には見当たらない。もし国際的に多元的に私法秩序が併存する中で、国際的な有因的取引を尊重しようとするならば、既に旧時点準拠法により所有権帰属が定まっている同一対象動産について、新時点準拠法に規律が委ねられる送致範囲を厳密に画定し、新旧時点の各準拠法相互の関係を構造的に把握できるような、財産法の枠組みを持つことが必要となる。本判決は直接論じないものの、本件XはAの保険代位を主張する。このXとAの関係は、ドイツ登録所有権をもとに、その財産価値を保険するものであり、対象自動車の現実の利用とは直結していない。真に国際的な有因的取引の要請を考慮し、それに適合的な国際私法財産法構造を求めるならば、本件X-A間のような、

(65) 法例10条全体につき復帰地法によらしめる原審判決の問題点につき、檜崎・前掲(註10)292-293頁参照。

(66) 例えばFioreは、所有権移転につき所有権者本国法主義を主張するが、占有に関わる次元では、一貫して所在地法によらしめる。FIORE, *Diritto internazionale privato*, vol. 2, 4a ed. (1904) p. 294, 352-354.

いわば所有権の財産的価値に関わる次元と、X主張の(及びその代位請求の前提にあるAの)所有権とYの即時取得「占有」⁽⁶⁷⁾による防御的地位に関する次元や、Yの占有に対する物権的効力の次元とを、それぞれ区別することも検討すべきところ、こうした理論的な問題に対して本判決の視野は全く及ばない。

また、取引当事者に着目するとしても、「運行の用に供し得ない状態で取引の対象とされている自動車」について買主の立場を考慮すると、そこから物理的所在地という基準が導かれる、という本判決の論証には、検討の不十分さが露呈する。本判決は、「登録地法等物理的な所在地の法以外を準拠法とすると、取引に関与する者にとっては、いかなる地の法が準拠法になるのかを取引時には容易に知り得ないことがある」とし、「このような事態は、……国際私法の観点からの取引の安全を著しく害する」故に、物理的所在地基準を採用する。しかし仮に、買主が、所在地以外の国の登録の存在を「取引時」に「容易に知り得」た、更にはその登録を知りそれを基に積極的に取引に入ったような場合につき、本判決の立場からどのように評価されるのか⁽⁶⁸⁾。ここでもし物理的所在地と取引との結びつきをアプリアリに想定せずに、個別取引の性質・態様・当事者の具体的な参照・依拠を考慮して、物権移転・帰属の準拠法を特定しようとするならば、従来学説によって主張されている取引当事者間関係と対第三者関係の区別⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾によるのではない、別の可能性が浮

(67) 即時取得に関わる「占有」と、現実支配に関わる占有とを国際私法上一のものとして構成すべきかという問題が存在する。即時取得との関係で、「表象」と「占有」の違いを意識する、我妻栄(有泉補訂)『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(1983年)210-211頁の他、木庭顕「占有概念の現代的意義」内田・大村編『民法の争点』ジュリスト増刊(2007年)109頁や、「間接占有」に関する、泉・前掲(註7)235頁参照。間接保有証券との関係で口座記載量目の法的性質も、この点に関わる。仙台高秋田支判平成12年10月4日金判1106号47頁の事案参照。

(68) 早川・前掲(註10)277頁参照。

(69) 森田・前掲(註6)論文(4)42-43頁。本件に関する、高杉・前掲(註10)147頁、橋崎・前掲(註10)292-293頁、本件上告受理申立理由(民集431頁)も参照。

上する。例えばP-Q-Rと取引が次々に展開したとして、かつP-Q、Q-Rの各取引がいずれも同一の取引法秩序に依拠して行われたと想定する。この場合、PとRの関係は直接の取引関係にない「対第三者」関係とされるが、しかし、PからみてRは、当該動産の取引に一切関わらない主体Zとは、異なる関係に立つとみうる。従来一般に想定されている「第三者」の中には、直接の取引関係にはなくとも、同一取引法秩序の規律に委ねることが適切と評しうる場合と、そうでない場合が存在することになるが、「取引」を問題としながらも、本判決の検討はこうした点には及ばない。

3.3 物理的所在の束縛—物所在地法主義検討の不十分さ

本判決のいう「国際私法の観点からの取引の安全」の中に、取引当事者による取引法秩序への依拠の尊重という観点は、一定程度含意されていると思われるものの、それが十分に洗練展開されない背景には、物理的所在地への強い執着がある。

本判決が、準拠法選択にあたって考慮する重要な事情の一つは、「取引に関与する者」が取引に基づく物権の得喪・移転に関する準拠法を特定・予測しうるか否か、という点である。個別取引に限って見た場合、この点の簡便な解決方法は、取引当事者が準拠法選択につき合意することを認めることであるが、本判決はそれを採用しない。あくまで法例10条2項の「物所在地」の解釈問題として処理しようとする。そして、「所在地」の解釈として、自動車の物理的所在地を基準とすべき場合と、そうではない（「たまたま物理的に所在している地」を基準とすべきではない）場合とを区別し、後者については「利用の本拠地」を基準として用いる。

(70) 取引当事者間と対第三者関係を区別する立場は、主に動産の物理的所在の変更にかかわらず、当事者間の関係を通時的に一定の準拠法に固定安定化させることを狙うものの、当事者間であれば、占有をめぐる関係であっても、物所在地法の規律を免れることを認めて良いか、という問題が存在する。Cf. HANISCH, I diritti reali, con particolare riguardo alle cose mobili ed alle garanzie mobiliari senza possesso, in *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera* (1990) p. 155-156.

取引当事者が取引の基点・取引法秩序を自由に選べるという構成は採らず、準拠法は「利用の本拠地」法にアプリアリに固定され、当事者は「本拠地を知るための情報を容易に得ることができる」にとどまる⁽⁷¹⁾。

結局、本判決は、「国際的取引」における権利の得喪につき、物理的所在を基準とすることの不都合を意識しながらも、依然として物理的所在から完全には自らを解放しようとはしない。本判決が、物理的所在地に代えて採用した「利用の本拠地」の「利用」も、有体物たる自動車の所在と全く無関係には定まらない⁽⁷²⁾。取引、更には取引当事者の認識、に目を向けるならば、とりわけ国際的な取引においては、対象物の物理的所在地は極めて偶然的な要素でありうる。だが、本判決は、いずれかの時点での対象動産の物理的所在に基づき、あくまで10条2項の「所在地」解釈として論ずることを棄てない。

他方、本判決が物理的所在地を基準とする局面においても、物理的所在への執着を同様に指摘しうる。例えば、ある自動車が、(ある国の領域にとどまり)「国境を越えて広範囲に動き回る」ことができない状態であったとしても、その自動車を対象とした国際的な取引は次々に展開しうる。そうした中で一つの取引が、物理的所在地国の取引法秩序に基づいてなされる場合を考えれば、物理的所在地法によることが正に「取引の安全」に資するように思われる。しかし、そのような取引当事者の依拠を考慮せずに一律に、「運行の用に供し得る状態」でない場合には、

(71) 他方、本判決は、「運行の用に供し得ない状態で取引の対象とされる自動車については、利用の本拠地がなく」、また本件自動車のような場合には、「登録地法等物理的な所在地の法以外を準拠法とすると、取引に関与する者にとっては、いかなる地の法が準拠法になるのかを取引時には容易に知り得ないことがある」として、物理的所在地基準を維持する(民集358頁)。本判決にとって準拠法選択基準を設定する際には、準拠法が「容易に知り得る」点が重要であることがうかがわれる。前註50参照。

(72) 自動車の「実際」「現実」の「利用状況」を基準とすることにつき、西谷・前掲(註7)46-48頁、横溝・法協前掲(註10)186-187頁。尾島・前掲(註8)314頁も参照。横溝・判評前掲(註10)59頁は、「物が現実にも一度も所在したことのない場所を『所在地』と解することはできない」とする。

原則として物理的所在地法による、という定式が本判決において採用されている⁽⁷³⁾。

以上の如く、本判決は、対象動産たる自動車の(いずれかの時点の)物理的所在という要素を完全に捨象することなしに、それをもとに客観的な準拠法選択基準を設定した。「取引」を考慮しつつも、国際的に広く移動する自動車の物的「性質」とそしてその自動車の物的「利用」に焦点を当てて一般論を構成する。こうした齟齬の根本的な原因は、本判決が準拠法選択における物理的所在地の意義とその限界を明確化しないこと、そして取引と物理的所在との関係をより精緻に認識しないことにある。

本判決は、物所在地法主義につき、「法例10条2項は、……目的物の所在地法によると規定しているが、これは、物権のように物の排他的な支配を目的とする権利の得喪は……目的物の所在地国等の利害と密接な関係を有することによる」と説明する(民集357頁)⁽⁷⁴⁾。本判決は、前述のとおり、物理的所在地基準を排除し「利用の本拠地」基準を採用する際に、「自動車についての権利の得喪とその所在地国等の利害との関連性が希薄になっていると言える場合」であることを確認し、他方で、物理的所在地基準を原則的に維持する際には、「運行の用に供し得ない状態で取引の対象とされている自動車については、利用の本拠地がなく、権利の得喪はその原因事実が完成した当時における目的物の所在地国等の利害と密接な関係を有する」ことを、積極的な根拠のひとつと考えてい

(73) 本判決における、「運行の用に供し得ない状態で取引の対象とされている自動車」、「輸入国で新規登録をして運行の用に供することを前提に、登録がないものとして取引の対象とされている」といった「取引」への考慮が、一般論の定式には反映されていない。こうした齟齬につき、調査官解説の以下の叙述も参照。「自動車については、これが現に運行の用に供し得るものか、それとも他国での新規登録を前提として取引の対象にのみなっているものかによって事情が異なる」。尾島・前掲(註8)311頁。(いずれも下線筆者)

(74) 本判決は、物所在地法主義の意義を論ずる際に、最一小判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁を引用参照する。同判決につき、櫻田嘉章・判評241号16-17頁参照。

るように見える。だが、本判決においては、物権得喪との関係で考慮されるべき「物所在地国等の利害」とは何か、如何にしてその関係が「密接」あるいは「希薄」と評価されるのかは、判旨推論全体の根幹に関わるものの、明らかにされていない。

更に、本判決は、一方で、取引に基づく物権得喪に限定し、取引当事者を考慮して論じているが、他方で、本判決で言及されている「所在地国等の利害」は、問題とされる個別取引や、更に取引一般に関するものに、文理上必ずしも限定されるわけではない。逆に、取引に基づく動産の物権得喪には、そもそも所在地国等の利害との関連性があるのかも問題となりうる⁽⁷⁵⁾。取引に基づく物権得喪の準拠法選択の問題は、物権準拠法選択全体において、どのように位置づけられるのか。物所在地法主義の意義・射程は、物権準拠法選択全体のどこまで及ぶのか。これらの考察を欠いたままの、本判決の検討考慮は、精度が上がらないばかりか叙述に混乱を齎しする。

4 若干の予備的考察と今後の検討課題の提示

本判決の実質的検討考慮内容を一層精練し明確な分節を与えた上で、それに十分に整合的な構成を与えるためには、まず、本判決も推論の基礎とする、物所在地法主義の意義を明確に認識し、物権関係全体の中でのその射程を明らかにしなければならない。仮に同主義の射程が及ばない部分があるならば、その部分についての準拠法選択を、財産法の構造的認識に結びつけて検討しなければならない。ここでは、不十分ながらも若干の検討から、今後の検討のためのいくつかの見通しを示すにとどまる。

(75) 例えば、物所在地法主義を修正し、債権契約準拠法との一致を実現しようとするSovillaの試みは、所有権(物権)の移転取得に限定されたものであり、その所有権の行使・効力は所在地法によることとされていた。SOVILLA, Eigentumsübergang an beweglichen Körperlichen Gegenständen bei internationalen Käufen (1954) S. 72f.

4. 1 物所在地法主義の射程

現代国際私法における物所在地法主義隆盛の直接の契機となったのは、19世紀半ばのドイツ学説(Wächter, Savigny)であったと思われる。その後しばしば、これらの学説が、動産と不動産の区別なく物所在地法を物権準拠法とするという意味で同則主義と呼ばれ、動産と不動産とで準拠法選択基準を区別する異則主義と呼ばれる学説に対置される。特に、日本では、こうした19世紀前半の学説対立の状況を、物権準拠法に関して、他の文脈との連関を捨象して参照され⁽⁷⁶⁾、その異則主義の代表学説としてStoryが挙げられることがある⁽⁷⁷⁾。だが仔細にみると、Storyの学説は、物所在地法主義を主導したとしてそれと対置されるSavignyの学説と、理論構成はともかく準拠法選択の結論において、多くの部分で重なる。そればかりか、両者の対立は、物権準拠法のみをめぐる対立ではなく、国際社会の経済構造、財産法構造をどのように観念するか、という射程の広いものである。

Storyは、動産物権準拠法に関する物所在地基準につき、第一に、その時々の物所在地の特定・認識の困難さ、第二に、物所在地が特定できたとしても、その地での動産所有権移転に関する制度の認識の困難さを理由に、批判する⁽⁷⁸⁾。国際商取引の安定・促進に常に強い関心を有するStory⁽⁷⁹⁾は、動産取引の物所在地・所在地法内容の認識欠如により、取引が阻害されることを懸念し、動産物権移転につき所有権者住所地法によらしめることを主張する⁽⁸⁰⁾。但し、ここで注意すべきは、Storyの主

(76) 例えば、折茂・前掲(註8)84頁、山田・前掲(註7)291頁、溜池・前掲(註8)329頁、櫻田・前掲(註7)182頁、松岡・前掲(註7)149頁、櫻田・道垣内・前掲(註7)366頁、西谷・前掲(註7)26頁。

(77) 例えば、中村進午『国際私法講義』(1898年)322頁、板垣不二男『国際私法論』下巻(1897年)176頁、福原・平岡・前掲(註8)213頁、久保・前掲(註7)507頁、折茂・前掲(註8)86頁註(四)。

(78) STORY, Commentaries on the Conflict of Laws, 2nd ed. (1841) p. 552-553.

(79) STORY, op. cit. (note 78) p. 553, 560. Cf. HALPÉRIN, Entre nationalism juridique et communauté de droit (1999) p. 147-149.

張において、所有権者住所地法主義の射程は、動産物権の任意的承継移転に限定されている点である⁽⁸¹⁾。しかも、取引に基づく物権移転の準拠法についても、所有権者住所地法は、独占的な地位を有しない。物所在地法、契約締結地法に基づく譲渡も、一定の場合に有効と見るべきとする⁽⁸²⁾。これに対し、対象物の占有をめぐる関係や、取引当事者外の第三者との関係に関しては、所在地法による⁽⁸³⁾。

同時代のStoryの議論を明確に意識しつつも、Savignyはあえて物権関係に関する物所在地法主義を不動産のみならず動産にも妥当せしめる。法律関係としては同質とみなす、動産と不動産両者の物権関係の本拠として、物所在地を一般的に提唱する。Savignyは、物権関係の本拠として「物所在地」を掲げ、一般的基準としては住所地法主義を排斥する⁽⁸⁴⁾。しかし、Savignyは、動産物権関係につき、ある一定の場合には、動産所有権者住所地法を準拠法とすることを、Storyを参照しつつ自らも想定している。その典型は、物が移動中のため、所在地(物所在地法)を所有権者が認識できない場合、つまり、旅行者が旅行に携帯する動産や、人が遠隔地へ送る商品(運送中)の場合であるとされ⁽⁸⁵⁾、物の特定地点への固定の度合いを軸に論じられているように見えるが、Savigny自身が述べるところによると、所有権者住所地法によるべきか否かは、物の在地期間の長短が決定的なのではなく、むしろある一定の性質を有する取引に基づく物権移転であることが重要であると解する余地がある⁽⁸⁶⁾。その取引とは、海上貿易に代表されるような商取引であり、Savignyは、Storyがまさにこうした取引を念頭に置いて、所有権者住所地法主義を主張したことを認識している⁽⁸⁷⁾。国際的動産商取引に

(80) STORY, op. cit. (note 78) p. 549, 556, 559.

(81) STORY, op. cit. (note 78) p. 557–558, 560.

(82) STORY, op. cit. (note 78) p. 559.

(83) STORY, op. cit. (note 78) p. 561–562.

(84) SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 8 (1849) S. 171 f., 176f.

(85) SAVIGNY, op. cit. (note 84) S. 178.

(86) SAVIGNY, op. cit. (note 84) S. 181.

における物権移転については、Savignyも一般原則である物所在地基準から離れることを是認するようにみえる。他方、異則主義とされるStoryも、動産の占有に関する問題については、所有権者住所地法ではなく、所在地法によらしめ、物所在地法主義のSavignyの見解と変わらない。従来より異則主義の内容と見做されている所有権者住所地基準は、動産物権関係全体に及ぶことが想定されていたわけではない。このように、Savignyの議論とStoryの議論は、物権準拠法だけをみると結論に於いて一致する点が多い。両者ともに、物権関係といっても、一律に準拠法を決するのではなく、重層的な構造を想定しているようにもみえる。少なくとも、ある種の取引に基づく場合の物権移転の問題と、対象物の占有に関わる問題とが同列には論じられないことは、意識されている。

19世紀前半の各国における状況⁽⁸⁸⁾にも顕れているように、動産物権関係についての物所在地法主義一元化が必然ではないとすると、19世紀半ばにSavignyが一般的定式としてにせよ採用した「物所在地法主義」一元化には、当時の歴史的状況において、何らかの積極的な選択としての意味が存することになる。この点、物所在地法主義一元化に関連し、物権関係の物所在地法主義は、国際法上の国家の領域主権と結び付けて論じられることがある。領域内所在の不動産・動産について、排他的一元的な規律を領域国家の法秩序に認めるがゆえである。領域主権によって直接に物所在地法主義を基礎付ける見解⁽⁸⁹⁾には批判が強く、確かに物所在地法主義の前提には、領域主権があるとしても、直結はしない⁽⁹⁰⁾。領域主権は、国家の領域内の実力関係の一元的統制としての意味を有する

(87) SAVIGNY, op. cit. (note 84) S. 178, 179 Anm.(s).

(88) 19世紀前半における動産準拠法選択に関する学説をみると、英米、フランス、イタリアなどにおいては、所有権者住所地法主義を支持するものも依然として多く見られる。Storyの他、例えばFOELIX, *Traité du droit international privé*, 2^e ed. (1847) p. 72 (但しp. 78); ROCCO, *Dell'uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie* (1837) p. 125-126, 137, 139. これに対し、19世紀前半ドイツにおいて物所在地法主義がSavignyやWächterによって主張された。WÄCHTER, *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, AcP XXV (1842) S. 384ff.

が、外部からの領域内実力問題への介入・干渉に対する障壁としての対外的な側面と、領域内の人や物をめぐる社会関係に積極的に介入する対内的な側面とがありうる⁽⁹¹⁾。領域主権国家併存体制が、国際社会全体のある種の「平和」実現の方策として有意義なのは、前者の側面においてであり、後者の側面は国家権力による私人の財産・市民社会生活への介入・侵害の危険を含むため、各領域国家の国内法秩序による自制の下にある⁽⁹²⁾。国際私法上の物所在地法主義も、領域内所在の物の現実的利用・実力関係に関して、他領域法が介入することを排除し、同時に、国内法秩序による自制的一元的規律を確保するという意義を、第一次的には有する⁽⁹³⁾。

これに対し、ある領域国家法によっては、領域所在の動産・不動産の現実の利用に関わる実力関係の次元を越えて、財産権帰属まで自国領域法によって一元的に規律しようとする場合がありうる。しかしそれでは、通時的に所在を変更する可動性を有する動産についての、権利帰属

(89) ZITELMANN, Internationales Privatrecht, Bd. 1 (1897), S. 133. Zitelmannが、領域主権と物所在地法主義を結びつけるとき、物の直接的支配 (unmittelbare Herrschaft) の観念が明示される。Vgl. NUSSBAUM, Deutsches internationales Privatrecht (1932) S. 299. 伊藤悌治『国際私法』(1892年)152, 166頁、中村・前掲(註77)318頁、板垣・前掲(註77)183-184頁・遠藤・前掲(註7)169頁も参照。山田三良・前掲(註8)106-107頁は、領域主権・物所在地法主義を物の直接的支配だけでなく所在地公益に結びつける。佐々穆『全訂国際私法提要』(1943年)170頁は「公益とは所在地の国民経済上の利益」とする。

(90) 第一に、領域主権を前提にしても、自国の主体的判断として物所在地国において他国法を準拠法として適用することは有り得、常に主権の侵害となるわけではない。第二に、領域主権国家の存在は、私法の存在を必ずしも直ちに想定させない。日本学説における批判として、例えば、河邊久雄『国際私法論』第四版(1932)271頁、泉・前掲(註7)225-226頁、久保・前掲(註7)502頁。

(91) Cf. FIORE, Trattato di diritto internazionale pubblico, vol. 2, 3a ed. (1888) p. 129-148.

(92) Cf. FIORE, op. cit. (note 91) p. 148-153.

が国際的にみて不安定になりかねない。動産をめぐる物権関係の国際的な安定を志向するならば、物所在地法に一元化するのではない構成を模索することも考える。先に見たStoryの議論は、この要請に一定の形で応えようとしたものである。これに対し、Savignyの採用する物所在地法主義は、領域内所在の対象物(動産・不動産)に関する現実支配(実力)の一元的規律、つまり占有および(現実支配をめぐる)占有と物権との関係を越えて、現実支配と直接関係のない物権の側面(財産的価値帰属)にまで、物所在地法の排他的規律を及ぼそうとする⁽⁹⁴⁾。

(93) Savignyは、領域主権と領域単位の私法を前提とする。SAVIGNY, op. cit. (note 84) S. 16f., 24f. そして物所在地法主義を根拠づける際に、有体物が占める空間地点に着目する。SAVIGNY, op. cit., S. 169. すべての物権を、物に対する物理的支配、直接の合法的実力関係として捉えるUNGER, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, 5. Aufl. (1876) S. 173 Anm. 46)参照。Vgl. LEWALD, Das deutsche internationale Privatrecht (1951) S. 171.

(94) 19世紀後半以降になると、Savignyがあくまで一般的定式として提示したところの、「物所在地法主義」が、動産物権関係全般に妥当するものとして、一元的处理の基準として、受容され支持される。しかし、物所在地法主義を動産物権関係に全面的に一元的に適用する際の、その正当化は必ずしも成功しているとは思われない。例えば、v. Barは、殆ど取引上の安全の観点のみから基礎づけを試みる。属人法や法廷地法基準が不適切であるとして、残された選択肢として所在地法に賛成する。属人法主義への反対理由は、異なる属人法の当事者間取引の場合などにおける取引上の混乱への考慮である。取引の観点から、ある単一の法によって規律することが要請されるとしても、それが物所在地法であるべき根拠は脆弱である。VON BAR, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Bd. 1, 2. Aufl. (1899) S. 595ff. 久保・前掲(註7)503-504頁と岡本・前掲(註7)12-13頁と対比。また、後述のCheshireの見解変遷に少なからぬ影響を及ぼしたと思われる、M. Wolffの物所在地法主義の正当化の試みも成功していない。WOLFF, Private International Law, 2nd ed. (1950) p. 510-511. 全ての者との関係での物権関係を一律に規律する準拠法の選択において、物理的所在を基準とすることで多くの場合準拠法選択の明確性が実現されるとしても、明確性以外の所在地基準の実質的根拠は依然として明らかにされない。

ではなぜ、Savignyは敢えて物所在地法主義の射程を拡張的に捉えたのか。ここで詳細に検討する余裕はないが、Savignyが「現代ローマ法」として体系化した財産法の構造の性質を検討すると、Savignyの選択の理由、少なくとも選択の理論的含意を知る手掛かりが得られる。Savigny国際私法は、周知のごとく、『現代ローマ法体系』の一部として構想され、国際私法において財産法の法律関係本拠を論じる際の体系的枠組みは、私法一般理論として提示された財産法構造と一致する。つまり、物権(その典型としての所有権)、債権、そして主体に帰属する財産価値の総体、という各部分によって構成される隙間のない有機的な体系的構造である⁽⁹⁵⁾。Savignyによると、国際私法上の準拠法選択の基準となる法律関係本拠は、物権と債権でその特定方法が異なる。物権に関する物所在地と債権に関する履行地は、事案によっては必ずしも一致するものではないため、各関係についての準拠法が分断されることもありうる。他方で、物所在地法の物権関係規律の排他的一元性は確保され、他の法の影響は遮断される⁽⁹⁶⁾。

(95) SAVIGNY, op. cit. (note 84), S. 12, 120.

(96) Savignyの議論において、準拠法(所在地)変更により新所在地法に判断が一元化される点(切断の契機)と、それにもかかわらず既得所有権が普遍的承認の単位として認められている点につき、SAVIGNY, op. cit. (note 84), S. 183, 185, 197. 準拠法選択の問題と、新旧準拠法の接合の問題を明確に区別して論ずるものとして、PILLET, La théorie générale des droits acquis, RdC 1924-II, p. 534. 切断の契機を明確に意識するものとして、ZITELMANN, op. cit. (note 89), S. 133, Bd. 2 (1912) S. 338. LEWALD, op. cit. (note 93), S. 184ff. 切断の契機と、普遍的承認単位の厳密な特定という問題関心は、学説において次第に薄れていく。VON BAR, op. cit. (note 94), S. 611ff. NIEMEYER, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts (1895) S. 250f.; NEUMANN, Internationales Privatrecht in Forum eines Gesetzentwurfs nebst Motiven und Materialien (1896) S. 82. いわゆる「休眠」問題に関連し、動産が所在地を変更し再度旧所在地に移動した場合にも、その旧所在地法上の物権との関係を切断する、Lewald(op. cit., S. 185f.)と、例えばKROPHOLLER, op. cit. (note 40), S. 561f. を対比。

この国際私法の構成の意味は、Savignyが主としてドイツ・プロイセンを念頭において想定した財産法構造によって明らかとなる。Savignyは、私法を私人の自由な範囲を画定し保障するものと捉え⁽⁹⁷⁾、その最基礎にある決定的に重要な単位として所有権を捉える⁽⁹⁸⁾。所有権は、物権の典型であり、財産的価値の帰属も意味するが、対象物の排他的直接的な現実支配(占有)を自らに実現することを要求しうる権原でもある⁽⁹⁹⁾。Savignyは、古代ローマ法において、給付の義務を生ぜしめる契約関係の成否の一義性・内容の明確性を保障する機能を果たした要式契約⁽¹⁰⁰⁾や、高度の信頼関係のもとで言語による合意のみで互いの関係を画定することが例外的に認められた諾成契約やそれを支える仲裁人的審判手続⁽¹⁰¹⁾が、同時代のドイツには存在しないことを認識し、あえて無方式契約一般の法的拘束力を容認する⁽¹⁰²⁾。しかし、契約として無方式のそれに拘束力を認める以上は、取引関係の曖昧さから、契約の瑕疵・無効を理由とする原状への巻き戻しなどによって、私人の自由に影響を与えることを遮断するために、物権と債権を峻別し、両者の関係をも切断する(無因主義)⁽¹⁰³⁾。そして、私人の自由の決定的単位としての所有権の移転のためには、占有引渡が要件とされ(引渡主義)、その帰属が一義的に確定される⁽¹⁰⁴⁾。

このように、Savignyは、実質法上の無因主義を達成し、一旦獲得した所有権を確定的安定的なものにするために、前提として債権と物権を

(97) SAVIGNY, System, Bd. 1 (1840) S. 22f., 331ff.

(98) SAVIGNY, System, Bd. 1, S. 367ff.; System, Bd. 5 (1841) 107-114, 143.

(99) SAVIGNY, Das Recht des Besitzes, 1. Aufl. (1803) S. 340, 420.

(100) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2 (1853) S. 218f.

(101) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, op. cit. (note 100), S. 228f.

(102) SAVIGNY, System, Bd. 5, S. 107, 143f.; idem, Obligationenrecht, Bd. 2, op. cit. (note 100), S. 239, 245f., 246 Anm.(k).

(103) SAVIGNY, System, Bd. 1, op. cit. (note 97), S. 372ff; System, Bd. 3 (1840), S. 354f.; idem, Obligationenrecht, Bd. 2, op. cit. (note 100), S. 256ff.

(104) SAVIGNY, System, Bd. 3, op. cit. (note 103), S. 312f., 354f.; idem, Das Obligationenrecht, Bd. 2, op. cit. (note 100), S. 257 Anm.(m), 256f., 259.

峻別する。他方で、物権の典型としての所有権を私人自由保障の最基礎単位と捉えるゆえ、物権・債権二元構成で足りる。こうした実質法的な含意をも達成しうる枠組みとして設定された、物権・債権峻別二元構成は、有因主義的な取引を、その前提にある社会構造に配慮した形で、法的に構成するには不十分であり、また国際私法上も取引の有因性は必ずしも保たれない。他方、Savignyが念頭においたような、無因主義を採用し、その意味での取引の安全を求める社会・国家にとっては、国際的にもその無因性が対外的に保障されることになる。

4. 2 異則主義の社会構造上の含意

物所在地法主義を含むSavigny国際私法の構想の一端が以上のようにあるとすると、翻って、Savignyがそれとの対抗を意識していた、異則主義とはどのような含意を有するのか。ここでは、異則主義の成立から19世紀半ばまでの、各時代・地域での展開を網羅的に検討する余裕はないが、異則主義が初めて明確な姿を現した中世イタリアについての断片的な観察だけからでも、若干の示唆を得ることができる⁽¹⁰⁵⁾。

12-13世紀イタリアにおいて⁽¹⁰⁶⁾、自律的な都市共同体が一定領域の支配を実現するようになると、まずは、その都市共同体の法が自律的排他的に同都市法廷において適用されるべき、という考え、すなわち法廷地

⁽¹⁰⁵⁾ 以下本文は、目下継続中の研究に基づく暫定的な見通しにとどまる。先行研究として、MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen age spécialement dans l'Europe occidentale*, RdC 1934-III, p. 547-635; GÜTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, RdC 1929-IV, p. 291-331; LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. 1 (1970); BLAGOJEVIĆ, *Théorie des status à la lumière de l'histoire générale de l'évolution de la société*, dans KOLLEWIN et OFFERHAUS (eds), *De conflict legum* (1962) p. 67-81; STORCHI, *Ricerche sulla condizione giuridica dello straniero in Italia* (1990) p. 1-158.

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. MEIJERS, op. cit. (note 105), p. 592-596; NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, Zweites Stück (1916), S. 1ff.

法主義の考えが見られるようになる。だが次第に、絶対的な法廷地法主義に対し、同主義を緩和する傾向もあらわれる。都市共同体との属人的結合に基づき、他の都市市民に関して一定範囲で、外都市法の適用の余地を認める。これに対し、他方で、不動産・動産に関する規律は、相続・物権区別なく、依然として自律的都市共同体の法廷地法(=物所在地法)が適用される。法廷地領域外所在の動産・不動産について、裁判管轄を認め更には外の物所在地法を適用したかどうかは疑わしい。いずれにせよ、この時期には、都市間の国際的関係の視角から、各都市間の協調が模索されたにすぎない。少なくとも理論上は外人の法主体性が否認され、例外的に外国使節の身体・財産の不可侵性が外交上保障される。それ以外の個人の利益保障は、国家間関係としての報復、外交保護権、領事制度に基本的に委ねられる。

14世紀前半Bartolus⁽¹⁰⁷⁾においても、都市間の国際的関係という基本的枠組みは変わらない。外国法(外都市法)の適用が想定されている場合であっても、民事法と刑事法の区別なく、複数の自律的都市の併存体制を前提に、それらの間での互譲的關係にもとづき、いわば国際的な管轄を配分する思考が読み取れる。しかもその配分の基礎は、都市が一定領域を排他的に支配するという、都市領域構造であった。この観点に基づき物所在地、行為地、といった基準が採用される。

こうした原初的な物所在地法主義に変化の兆しがみえるのは、14世紀後半に入ってからである。例えば相続について、従来のように動産の所在地法によらずに、被相続人が、所有した全動産につき、所有権者住所地法のもとで一括して処理するという主張が、Baldusによってなされた。厳密には、在外不動産を除く、財産全体の相続処理が、被相続人住所地法に委ねられている。物権も資産(財産価値帰属)の次元の問題として処理されており、相続債務の清算も、少なくとも第一次的には、在外

(107) BARTOLI in primam Codicis partem Commentaria, dans MEILI, Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat und Strafrecht (1894). Cf. MEIJERS, op. cit. (note 105), p. 602–606.

不動産以外の財産をもとに住所地法に従って行われる。従前の物所在地法主義に対し、動産に関する規律が所在地法から浮上し、資産の次元での国際的な信用関係が念頭に置かれ始め、各物所在地領域法が動産に関する外国法による規律を(一定程度)承認する国際的な構造が前提的に想定されていることをうかがわせる⁽¹⁰⁸⁾。

以上の若干の観察から得られる暫定的な認識として、異則主義は、領域主権(対内的側面)的な考えが支配的である国際社会の状況から、私人の私法上の関係の国際的安定、特に、私人間の国際的商取引の安定・促進が、社会的課題として意識される状況の下で、一つの方策として浮上してきた可能性が高い。一方で、都市による領域支配を一元化し、それを物の直接の現実的利用の次元のみならず、財産的価値の次元まで含めて、領域の社会経済関係全体に及ぼす。他方で、物の偶然的な現実所在地によらない規律を求める国際的取引の要請に応え、債権債務の裁判管轄を原則債務者住所地に一元化し、住所地での資産を基にした(国際商取引に関する)清算手続を認める。その構造上の識別のために、動産・不動産の区別が用いられた⁽¹⁰⁹⁾。このように、異則主義は、本来は物権準拠法あるいは更に物権移転の準拠法に限定された考えではなく、相続・倒産まで含めた国際社会経済全体における信用・取引に関する構成方法の一つであった。

こうした異則主義に対し、特に19世紀ドイツで物権準拠法の「同則主義」を主張する、例えばSavignyは、資産の次元に目を向けると、国際的相続・倒産処理において、動産・不動産の区別なく、所有権者住所地

⁽¹⁰⁸⁾ Baldus著作に本文で示したような兆しがみえるものの、Baldusは晩年には法廷地法主義回帰の姿勢をみせる。BALDI in primum, secundum et tertium Cod. Lib. Comm, dans MEILL, op. cit. (note 107) p. 43とBALDI tractatus de vi et potestate statutorum ratione personam, territorii et rerum, dans MEIJERS, Etudes d'histoire du droit (1966) p. 1とを対比。MEIJERS, Balde et le droit international privé, dans op. cit. p. 132-141; idem, op. cit. (note 105) p. 606-607; LAINÉ, op. cit. (note 105), p. 166-178. 14世紀後半のイタリアにおける社会構造の変化との関連を視野にいれて、Baldusに内在する緊張を分析する必要がある。

法に一元的に依らしめる(統一主義)⁽¹¹⁰⁾。不動産と動産を軸とする、国際財産法構造の構成から、所有権と資産との区別に軸が変化している⁽¹¹¹⁾。これは、両主義が標榜する国際社会の信用構造についての大きな転換の徴表である可能性が高い。異則主義は、土地所有権を前提とする長期領域信用(物的担保)と、商品取引における短期商業信用を区別し、国際的な通商における信用の基盤としては、物的には取引対象たる動産に限定し、その他に、住所地における人的信用・信頼関係や(不動産を除く)資産全体を観念する。これに対し、同則主義の例えばSavignyは、金銭価値に抽象化された財産資産を観念するが、それは、特定所有権者に帰属する個別の対象動産・不動産の価値のうち、物所在地法上の担保権に供されている財産価値を除いた残余分の寄せ集めにすぎない⁽¹¹²⁾。動産のみならず、産業生産基盤としての不動産の所有権の総体も国際取引の信

(109) 動産・不動産の区別は、異則主義にとって重要である。物理的に移動可能な有体物(可動有体物)の中で、不動産とみなされる物が、各領域法によって異なる。産業生産基盤の一部としての社会的意義を有する物は不動産として、そして生産果実として商業の対象となる物は動産とされると、一般的傾向としては言うものの、この点の厳密な性質決定についての準拠法が問題となる。異則主義を従来採用してきた諸国では、物所在地法によるとする立場が有力である。Cf. STORY, *op. cit.* (note 78) p. 559; WOLFF, *op. cit.* (note 94) p. 502-505; FIORE, *op. cit.* (note 65) p. 285-291. 久保・前掲(註7)514-515頁参照。原初的物所在地法主義として、動産・不動産の区別なく物所在地法による一元的規律を一旦は確立したあと、異則主義の成立に伴い、各所在地法が動産と認めるものにつき、所有権者住所地法によらしめる、そのことを各領域法(物所在地法)が、共通に承認する。不動産については、物所在地法一元主義が残るものの、物所在地法一元主義から浮上しうる可動有体物の限定を、各所在地法の判断に委ねるものとして、動産・不動産性質決定の所在地法主義の意義を解し得る。

(110) SAVIGNY, *op. cit.* (note 84), S. 283, 295f.

(111) SAVIGNY, *op. cit.* (note 84), S. 172.

(112) Savignyが相続や倒産を住所地に一元化するのは、国際経済社会の中で住所を包括的資産本拠として積極的に位置づけるというよりも、清算処理の一元化の要請によるところが大きい。SAVIGNY, *op. cit.* (note 84), S. 283, 297f. Vgl. *idem*, *op. cit.*, S. 192, 194 Anm.(h).

用を支えるものとして勘定に入れられるばかりか、むしろ、二元的信用構造の融解、不動産所有権の傘・不動産に基づく信用の優位化⁽¹¹³⁾、という国際的通商における信用の基盤の変化が、同則・統一主義を促している可能性が高い。

4.3 国際的多元的取引法秩序の可能性

SavignyとStoryの見解とを比較すると、財産法構造全体において、物の現実的支配(占有)に関わる次元と、財産資産の次元とが両極に位置することが分かる。問題なのは、その両極に共に関わるように見える物権(所有権)の位置づけである。SavignyとStoryは、物の占有に関する次元とは区別される、動産の物権帰属、中でも取引に基づく物権移転の準拠法につき、物所在地を基本とする(Savigny)か、財産拠点(住所地)を基本とする(Story)か、という基本的見方において異なる。

この物所在地と住所地という二極次元に対して、更に、Storyの議論自体が示唆するように、もう一つの次元が付加される。Storyは物理的地点に着目し、契約締結地、物所在地と表現するが、それは物権移転の基礎にある取引そのものの次元とも解しうる⁽¹¹⁴⁾。この観点は、その後Cheshireにより一時期提唱された見解に非常に強く反映している⁽¹¹⁵⁾。英国国際私法においても、19世紀末以降になると所有権者住所地法主義

⁽¹¹³⁾ Vgl. “Eigentümer einer Fabrik oder Handlung” in SAVIGNY, op. cit. (note 84), S. 224.

⁽¹¹⁴⁾ 日本において行為地主義を唱えるものとして、福原・平岡・前掲(註8) 226-231頁。泉・前掲(註7) 231頁、板垣・前掲(註77) 179、182-183頁も参照。

⁽¹¹⁵⁾ Cheshireの学説は、日本でも参照される。折茂・前掲(註8)) 87頁註(八)。しかし、折茂(初版1959年・新版1972年)が参照するのは、CHESHIRE, Private international law, 4th ed. (1952)である。山田・前掲(註7) 305頁註(4)(同初版1992年・新版2003年)も、同じくCheshire第4版を参照する。Cheshireの見解は、元来の着想から、版を重ねるごとに徐々に物所在地主義の影響を強く受ける。Cheshire, op. cit., 1st ed. (1935) p. 340-241, 2nd ed. (1938) p. 434-435, 3rd ed. (1948) p. 580-587, 及び、4th ed. (1952) p. 435, 438 note 7, 5th ed. (1957), 6th ed. (1961), 7th ed. (1965)を対比せよ。

に対し、物所在地法主義への傾斜が、一部論者において強まる⁽¹¹⁶⁾。その両者の対立の隙間をぬって、Cheshireは、動産の取引に基づく移転につき、取引秩序法にその規律を委ねる着想⁽¹¹⁷⁾⁽¹¹⁸⁾⁽¹¹⁹⁾を当初有していた。

(116) 折茂・前掲(註8)86頁註(四)、(七)参照。WESTLAKE, A Treatise on Private International Law, 3rd ed. (1890) p. 168, 177-179. DICEY, A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws (1896) p. 530, Rule 140 (but see also p. 535, Rule 142). SCHMITTHOFF, A Text-book of the English Conflict of Laws, 2nd ed. (1948) p. 188. GRAVESON, Conflict of Laws, 7th ed. (1974) p. 463. Dicey, Schmitthoff, Gravesonに見られるように、英国国際私法学説は動産物権関係のうち承継移転に限定して論ずる傾向がある。

(117) これにより、物権と債権の準拠法の分断が回避され、取引の有因性がそのまま確保される。英国国際私法における、商取引(契約)行為能力を取引(契約)準拠法(又は、それとしての行為地法)に委ねるとする主張も、同様の社会的文脈に位置づけうる。折茂・前掲(註8)21頁註(三)、23頁(七)及び、江川英文「国際私法に於ける取引保護主義について」『杉山教授還暦祝賀論文集』(1942)5、8頁参照。取引における当事者の特定や責任主体・内容について(法人格否認や代理も含む)、同一取引法秩序に委ねる可能性については、Cheshire/Northにも言及する、石黒『金融取引と国際訴訟』前掲(註47)153頁以下、同『国際私法』第二版・前掲(註1)345頁以下、及び同『国際私法』新版・前掲(註6)309頁以下を参照。

(118) Wolffは、移動中の物に限定してではあるが、取引当事者の意思を考慮する議論を展開する。明示的な準拠法選択があった場合にそれを否定する議論をするわけではないが、Wolffの考慮は、当事者の意思をも含んだ取引関係の実体にあると思われる。WOLFF, Das international Privatrecht Deutschlands, 2. Aufl. (1949) S. 148. Vgl. ders., Internationales Sachenrecht, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch (1933) S. 393; ders., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, 9. Bearb. (1932) S. 314 Anm. 1a). これに対し、物権関係に当事者自治を認めるドイツ諸学説は、移動中の物への限定もなく、単なる準拠法選択の点のみを重視する。しかし、その狙いは多くの場合、実体として単一の取引に関する債権関係と物権関係の準拠法分断の回避にあるようにもみえる。これらの学説につき、檜崎みどり「ドイツ国際物権法における“当事者自治”の構成について(一)(二)」中央大学法学新報100巻7・8号(1994)181頁以下、9・10号167頁以下参照。

Cheshireは、動産物権帰属をめぐる問題の生ずる場面を、取引に着目して3つに分類する。第一に、取引当事者間(P-Q)の関係は、物所在の如何にかかわらず、当事者間の取引準拠法による。この場合には、債権・物権準拠法の分断なしに、取引上生ずる対象物に対する物的信用も含めて、取引秩序の法による。第二に、原取引の一方当事者と、他方当事者を起点とする承継取得を主張する第三者(P-Q……ZにおけるP-Z)の関係は、原取引の準拠法による。Zは同一取引秩序内の権原承継を主張しており、P-Zは対第三者関係とはいっても同一取引法に服していると解される。第三に、原取引とは無関係な権利取得原因を主張する者との関係(P-Q…… // S-T-UにおけるP-U)の場合、異なる取引秩序それぞれに依拠する主張が競合する。この場合、Uは、原取引から連なる承継移転の連鎖に与しないSからの承継を主張するものである。Cheshireは、UがPに対し権利を主張するためには、まず、U主張の権利が、その端緒であるSにおいてその時点における物所在地法により物権として成立していることを要求する。原取引からの承継連鎖から切断された、新たな独立の権利発生の有無を、各時点の物所在地法により判断する。そしてUがSに生じた権利を承継していることを前提に、それを以てPに対抗するためには、Uが移転取得時に、譲渡人(T)以外に権利が帰属していることにつきnoticeを有していないという要件を更に課す。

このCheshireの当初の見解は、有因主義的な国際的動産取引に適合的な構成を国際私法上実現しようとした試みとして貴重である。物権準拠法と債権準拠法の区別をせずに取引準拠法に一体化し、有因的な関係の分断を避ける。そして複数併存する取引法秩序毎の取引関係の連鎖の有因的關係・bona fides関係も保持する。但し、いずれの取引法秩序でも、物の所在を完全に捨象して、勝手に同一対象物上に物権を原始的に創設できるわけではない。物権(権原)の存在は、主張される物権の起点

(119) 行為能力・代理の他、法人属人法や国際租税P.E.(恒久的施設)概念に関する、英国とドイツとの差異は、背後に前提としている国際経済社会の構造上の差異を示唆する。

となる原始的成立の時点における物所在地法によって認められたものでなければならない。動産の所在が通時的に変更する場合、物権の原始的起点が通時的に複数併存することになり、各領域物権法(取引法秩序)毎の物権の併存が生じる。その併存する物権間の関係を、Cheshireは、物所在地とは別次元で処理することを志向し、当事者の譲渡人以外に権利が帰属していることのnoticeの有無という、実質法的ともいえる要件によらしめる⁽¹²⁰⁾。

こうした、Cheshireが当初構想していた、物の所在に強く規定されない、複数併存する取引法秩序の中での、有因的な国際的動産取引の安定の実現という方向は、彼の著作が版を重ねるごとに、次第に物所在地における対第三者関係の規律へと単純化されていく。各個別取引当事者間の関係は、依然として取引準拠法に委ねられるが、取引当事者以外のすべての第三者との関係が、新時点の物所在地法に委ねられる⁽¹²¹⁾。その後の学説は、物の直接的支配の次元とは区別された、国際的多元的取引法秩序の次元を独自に観念する方向には、決して向かわない。

4. 4 今後の検討課題

現在の国際社会経済構造は、学説の限界をよそに、国際的多元的取引法秩序の可能性を残すばかりか、従来住所地に一元的に観念されていた資産の次元においても、多元化の傾向を示す。しかも、各信用秩序ごとに観念される資産の単位は、動産のみならず不動産も合わせた形で想定される傾向がある⁽¹²²⁾⁽¹²³⁾⁽¹²⁴⁾。こうした現状を前にして、それに適合する構成を与えるのは、必ずしも簡単な作業ではなく、またそうすることが

(120) 「外見上登録がない場合であっても、取引当事者(買主等)が外国での登録の存在について善意または善意無過失でなければ登録国法を適用する余地」を示唆する、早川・前掲(註10)277頁参照。

(121) 1958年ハーグ「有体動産の国際的性質を有する売買における所有権の移転の準拠法に関する条約」(未発効)第2、3条参照。同条約草案につき、我妻栄「有体動産の国際的売買における所有権移転に関する条約案草案」法協72巻5号(1955)1頁以下、我妻・江川「国際的動産売買における所有権移転に関する準拠法について」私法14号(1955)39頁以下参照。

(122) 英国における国際倒産処理の変遷を参照。旧来英国では、領域所在の財産(動産・不動産)に財団を限定し領域毎に複数併存倒産をみとめる、完全属地主義的な処理がなされていた。これに対し18世紀・19世紀(変化の時期の厳密な特定はなお検討を要する)には、動産・不動産を区別し、動産については、動産所在地(=債務者住所地)での倒産手続の効力を国際的に承認する単一普及主義的な処理がなされるに至る。国内住所者の国内倒産の場合には、在外動産も財団対象財産に含め、管財人の管理処分権限は在外動産にも及ぶものとする。国外住所者の住所地での倒産手続に、イギリス国内の動産も服せしめ、外国住所管財人の国内動産への権限を認める。不動産については、従前通り完全属地主義が妥当する。こうして国際倒産においても異則主義の処理がなされる。

19世紀以降も、国際的(対外的)には、動産と不動産の区別(異則主義)が妥当するものの、連合王国内(対アイルランド・スコットランド等)では、動産・不動産の区別を解消する方向に進む(この流れが1924年Bankruptcy Actに至る)。外国倒産手続の内国所在財産(動産も不動産も)への直接的効力を認め、内国倒産手続の外国所在財産(動産も不動産も)への直接的効力を認める。19世紀末になると、国際的にも動産・不動産の区別を解消する傾向に向かう。

19世紀ドイツを中心とした国際倒産単一・統一主義の影響が、英国でも全く見られないわけではない。前述の如く、イギリスでも、信用の物的基礎としての動産・不動産の区別を解消する傾向が見られる。この時期になって、不動産に基づく清算と動産に基づく清算との関係づけが問題として浮上する。WESTLAKE, op. cit. (note 116), p. 157. DICEY, op. cit. (note 116), p. 335. Cf. GRAVESON, op. cit. (note 116), p. 552, 554.

イギリス国際倒産法は、単一主義を採用せず、複数併存主義を維持するが、その併存する倒産処理の相互関係、その前提にある(英国から見た)国際社会の信用構造は、従来の異則主義のそれとは異なる。完全属地主義から異則主義の複数併存主義へと移行し、(19世紀ドイツを中心とする単一・統一主義のインパクトを介して)動産・不動産を区別しない形の複数併存主義に至る。1924年Bankruptcy Act は、内国倒産手続につき、動産・不動産の区別なく、また所在地に関係なく、普及的に財団を構成する。他方、外国倒産手続については、内国不動産には直接には及ばせず、国内裁判所による外国管財人の権限承認を要求する。各国倒産手続は、内外の動産・不動産を対象とし財団を構成しうる(全財産普及主義)が、不動産の処理については、物所在地法が優越する形態になっていると解し得る。このように、

1920年代には、財産の所在による責任財産の限定を欠いた、(相互に普及志向の)倒産手続が複数併存する状況が現出している。こうした倒産処理の併存状況においては、各信用秩序間の関係の調整のために、債権者に対し利得吐出義務が想定されたりする。その際に、問題となるのは、各信用秩序において清算手続に参加しうる債権者の範囲、利得吐出を義務付けられる債権者の範囲の画定である。以上につき、本註前掲文献の他、貝瀬幸雄『国際倒産法序説』(1989)201頁以下参照。同時期の英国実質相続法の変化(1925年Administration of Estate Act)や、国際租税における1920年代の変化(後註124)も併せてみると、この時期に国際経済社会・信用構造に何らかの変化が生じている可能性が高く、今後検討を要する。

(123) スイスにおける国際倒産処理も参照。債務取立破産法第50条1項は、外国に住所を有する債務者がスイスの支部の計算において負担した債務に関する特別規定を設ける。破産債権者の範囲は「支部の計算」により画される。また、1987年スイス国際私法は、外国破産宣告承認によるスイス国内所在財産を対象とした「ミニ破産」を定める(166条)。この手続には、担保権者以外に国内住所の無担保優先的債権者も参加しうる(172条)。「ミニ破産」につき、貝瀬・前掲(註122)188頁以下、石黒一憲『国際倒産vs. 国際租税』(2010)134頁以下、172条の解釈につき138頁参照。前述の如くSavignyは、物所在地での担保物権実行と債務者住所地での統一的倒産処理の二元構成を採るが、それと比較してスイスの国際倒産処理には、国内支部における倒産処理と、国内住所優先弁済債権者も参加しうる手続が、住所地(包括資産本拠)法と物所在地(物的担保関係の本拠)法の間の中間的次元に存在する。包括資産の一分節単位として独立の信用の拠点たりうる支部の信用に基づく債権の処理と、個別財産の担保物権に還元しえない取引・信用に関する取引法秩序の層とが想定されている。

(124) 国際租税(所得税・法人税)にも、所得収益についてではあるが、多様な構造が存在する。19世紀後半まで域内居住は、外国人所有の域内財産課税(物税)の消極的要件(居住なければ課税なし)として理解されていたところ、それ以降、資産の本拠として、全世界所得課税を積極的に基礎付けるようになる。LEHR, *Les bases de l'impôt en droit international*, *Revue de droit international et de législation comparée*, t. XXIX, (1897) p. 428; VON BAR, *Observations sur les principes du droit international concernant les impôts notamment les doubles impositions*, *Revue de droit international et de législation comparée*, t. II, 1900, p. 435.

1920年代には、国際連盟において、多国間条約を想定した、住所地(居住

自明の選択でもない。本稿では全く論じられなかった動産担保の問題⁽¹²⁵⁾は、この多元的な取引・信用秩序のあり方に深く関わる⁽¹²⁶⁾。同一対象物に対して、信用秩序毎に発生する信用担保が競合するとき、その

地)国全世界所得課税原則に基づく、国際租税の普遍的枠組み実現の試みが進められた。1923年国際連盟財政委員会提出報告書参照。このほぼ同時期には、しかしながら、もう一段の変化が生ずる。1923年国際連盟財政委員会報告書では、住所地全世界所得課税が主張されたのに対し、1925年国際連盟財政委員会提出専門家報告書では、対人税として個人所得に対し居住地で課税する他に、対物税として源泉地国での課税も念頭に置かれていた。この後者として、商工業施設に対する課税が位置づけられ、企業が本店所在地国以外に、支店、恒常的商工業組織、恒久的代表者を置いている場合には、それぞれの国毎に、各国で生じた純所得への割合的課税を認める。個人の資産本拠と企業のそれが区別され、更に企業組織内部の資産が分節的多元的に観念されている。資産本拠(居住地)における純所得と個別対象財産所在地(狭義の源泉地)における粗所得の中間的次元が想定されている。今日では一般的に、この中間的次元の支分単位を、各国での概念理解が完全に一致はしないものの、恒久的施設P.E.の語で指示する。英国では、従来P.E.概念が存在しなかったといわれるが、それに代わる概念として、事業"trade"概念が存在した。個別収益を生み出した取引活動・事業活動と、領域法秩序との結合をもとに、取引法秩序内で生じた事業収益全体を一つの純所得課税単位として観念したものと思われる。以上につき、SKAAR, Permanent Establishment (1991) p. 65-101. 水野忠恒「国際租税法の基礎的考察」『小嶋和司博士東北大学退職記念 憲法と行政法』(1987)731頁以下、759-779頁、同『国際課税の制度と理論』(2000)、瀧圭吾「取引・法人格・管轄権(二)」法協127巻8号(2010)125頁以下、同論文(三)9号69頁以下、浅妻章如「所得源泉の基準、及びnetとgrossとの関係(1)-(3・完)」法協121巻8号105頁以下、9号94頁以下、10号1頁以下参照。

分節的企業組織の多元的倒産処理に関する以下も参照。1910年代ロシア革命時の私企業国有化に伴い設立準拠法上法人格が消滅した外国企業の国内支店の清算のために、法人格存続を擬制し、実質的には法人格の有無と倒産を分離した処理につき、岡本善八「外国会社清算に関する一考察」同志社法学12号(1951)73頁以下、WOLFF, op. cit. (note 94), p. 305-307. 国際的銀行倒産における"separate entity doctrine"につき、森下哲朗「国際的銀行倒産に関する法的一考察⁽⁴⁾」国際商事法務Vol. 24, No. 3 (1996), 265頁。

担保価値をめぐる各取引秩序相互の関係づけは、決して一様ではなく⁽¹²⁷⁾、今日の国際的な信用秩序全体の評価に関わる。

国際私法を論ずる前提として、今日の国際社会経済構造を厳密に認識し評価するためには、例えば以下の問題に答えるような水準での歴史認識作業を要する。19世紀半ばドイツでなぜ物所在地法主義が強く主張されたのか。19世紀後半以降、ドイツ以外の国でもなぜ物所在地法主義に傾くのか。しかもその際に、「取引の安全」を物所在地法主義の根拠として主張されるようになるのはなぜか。20世紀前半以降、国際動産商取引について物所在地法主義に対する修正が主張されるときも、物所在地法による取引がアプリオリに前提にされるようになるのはなぜか。20世紀後半になると、動産担保の確保の観点から物所在地法主義に対する修正が盛んに試みられるが、この現象は一体何を意味するのか。19世紀

(125) さしあたり邦語文献として、相澤吉晴「所有権留保の準拠法について」富山大学経済論集35巻3号(1990)1頁以下、檜崎みどり「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—」中央大学法学新報105巻6・7号(1999)317頁以下参照。

(126) 動産商取引と担保物権との関係は、慎重に検討されるべき課題である。Stollは、国際動産商取引に基づく対象商品に対して生ずる信用の形態と、金銭債務の担保として専ら動産の財産価値に着目する信用の形態とを区別する。STOLL, op. cit. (note 46), S. 465f.; STAUDINGER/STOLL, op. cit. (note 40), 13. Bearb., S. 229f. DROBNIG, op. cit. (note 46), S. 450, 461f. と対比。Drobnigは、商品動産の輸出入に関わる信用の問題を論ずるとしながらも、議論としては、取引上の信用(その確保のための物権・債権準拠法の一致)よりも、物の財産価値の把握の性質を有する信用の問題に主として関連する、物の移動に伴う準拠法変更問題への対処・修正に集中する。物の移動に伴う物権準拠法変更がなくとも、物権と債権の準拠法の不一致により商取引信用阻害が生じうる。Vgl. SOVILLA, op. cit. (note 76) S. 38f., 43; MAYER-LADEWIG, Verschiedene Rechtsordnungen für Schuldvertrag und Übereignung im internationalen Kaufrecht?, AWD Heft 9 (1963) S. 262.

(127) 単なる財産所在により裁判管轄はおろか執行管轄でさえ基礎付けることは必ずしも自明ではない。SAVIGNY, op. cit. (note 84), S. 287f.

前半まで、異則主義が念頭に置いていた、国際的動産商取引における信用の形態と、果たして同列に論ずることが可能か、両者の関係はどのようなものか。

そして、仮に取引秩序の多元性とその中での *bona fides* に基づく商取引に適合的な構成を国際私法においても実現しようとしても、そのための道具概念を欠いているという問題を我々は抱える。我々が今日有している国際私法財産法構造を構成するための道具概念は、基本的に Savigny が改鑄したもののままである。それ以降ヴァージョン改訂はなされていない。しかるに、その Savigny の用意した道具は、既に見たように、Savigny 自身の国際社会経済の構想、とくにドイツの同時代の現状に規定されたところのそれ、を前提にしている。その国際社会経済の構想、国際私法財産法構造においては、取引秩序の多元性とその中での *bona fides* に基づく商取引に対し構造上の余地は与えられていない。Savigny の厳密に構成された現代ローマ法には、私法一般理論として、有因主義的な商取引に適合的な財産法構成のための概念が欠けている⁽¹²⁸⁾ ⁽¹²⁹⁾。例えば、取引がいずれの法秩序に依拠してなされたものかを

(128) Savigny の動産物権準拠法に関する、いわゆる動産三分類の中間的形態についての説明、債権準拠法に関する、現実の履行地と債務本拠たる履行地に不一致が生ずる場合の説明が、いずれも明確さを欠くのは、しかも物権・債権準拠法に関する説明が具体例に基づいてのみ示され全体の構造的把握を妨げているのは、いずれも、資産と現実的占有と両者の中間に位置する観念的単位の3つの層を指示する厳密な概念セットが欠如しているためである。SAVIGNY, op. cit. (note 84), S. 180f., 224f. これは、Savigny の占有概念の平準化、所有権と占有との関係の逆転化、物権債権峻別二元構造化という Savigny 財産法体系の基礎部分における限界に関連する。

(129) 本稿では論ずる余裕がないが、国際的な有因の商取引に適合的な構成を実現するには、一見無関係なようだが、現実的支配に関する占有の国際的普遍的承認単位としての保護、占有の次元の国際的安定が欠かせない。占有とその帰属が国際的に承認されるとしても、物所在地法主義の第一次的要請として、占有と物権の関係については所在地法による。そこで、物の恣意的移動と所在地変更により、物権に対する占有の位置づけが恣意的に変容を受けることへの対処が求められる場合がある。その場合には、占有

如何にして判定するか。取引の実体とは無関係な当事者の単なる選択に準拠法を委ねるのでないとする、物所在地法主義の第一次的な要請を導く現実的「占有」の物理的所在のように、観念的な単位とその観念的な所在を想定しなければならない⁽¹³⁰⁾。その取引の有因性を構造化する

の次元において、物の国際的移動に対する一定の規律を要する。但し、占有保持者や被侵奪者の占有保護と、旧所在地法の規律貫徹の要請との関係をどう捉えるべきかは尚検討を要する。因みに、例えば、文化財不正取引や子の国際的奪取についても、占有の国際的保護と安定の視点は欠かせないが、学説も条約・立法も、権原から分節された占有独自の次元を明確に観念していない。文化財保護につき、「構成国の領域から不法に移動された文化財の返還に関するEC指令」(1993年3月15日)第9条、UNIDROIT「盗取されまたは違法輸出された文化財に関する条約」(1995年6月24日)第3条、河野俊行「文化財の国際的保護と国際取引規制」国際法外交雑誌91巻6号(1993)25-45頁、同「国際物権法の現状と課題」ジュリ1143号(1998)49-50頁、同「文化財の不法な輸入、輸出及び所有権移転を禁止し及び防止する手段に関する条約と我が国における執行」ジュリ1250号(2003)202-203頁参照。子の国際的奪取につき、1980年「国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約」には、監護権帰属(本案)判断は子常居所地国管轄という前提(第2条、第17条)で、その本案と即時返還の関係を切断する観念が一応は存在する(第16条・第19条)。しかし、同条約における権原と占有の分節は徹底されない。返還請求権を基礎付けるのは、事実上の監護状態の侵害・侵奪ではなく、本権たる監護権の侵害であり、逆に単なる事実上の監護者が保護対象から排除される(第3条1項a)。最後の点につき、横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」一橋法学研究第34巻(2000)19頁、占有回収的性質につき、同14頁。同条約の混乱の背景は、条約制定過程における通時的に異なる複数の動機にみることができる。DYER, *International Child Abduction by Parents*, RdC 1980-III, p. 237-253.

⁽¹³⁰⁾ 取引当事者が実体としていずれの取引法秩序のもとで観念的な単位を選定・取引するかを選択すること(任意的服従)と、当事者が単に準拠法を選択することは同じことではない。Savignyは当事者自治を認めないが、債務の性質上可能な場合には、履行地(現実の履行地とは異なる観念的「履行地」)を当事者が自由に選択することを認める。SAVIGNY, *op. cit.* (note 84), S. 210ff., 215. これに対し、当事者自治を主張したとされる学説が元来念頭に置いていたのは、いずれの法秩序の強行的規律からも解放された、

には、所有権と観念的単位と現実的占有とを一定の仕方で結び付けなければならない。こうした作業が全て今後の課題として残る。

本稿は、故森田博志先生に代行した千葉大学法経学部での2009年度国際私法講義の一部分草稿をもとにしたものです。貴重な機会を与えてくださった先生に、深謝と共に、拙稿を捧げます。この紙面をお借りして、衷心より哀悼の意を表したく存じます。

その意味で当事者の意思が主権的であるような一実質法的指定と準拠法指定との区別が解消された次元である。DUMOULIN, *Commentarius in Codicem*, dans MEILI, *Argentarius und Molinaeus*, *Böhms Z. schrift*, Bd. 5 (1895) S. 554ff., 561; MANCINI, *op. cit.* (note 3), p. 292, 293–294, 295; ASSER, *Éléments de droit international privé* (traduit par RIVIER) (1884) p. 71; LAURENT, *Le droit civil international*, t. 7 (1881) p. 512–517.