

實方正雄著

『國際私法概論』

久保岩太郎

曩に著者は「國籍法」及び「共通法」(共に新法學全集所掲)を發表して、國際私法の外郭問題につき見事な成果を學界に送られ、また「金約款論」に於て國際私法上の特殊問題に關する極めて深遠且つ該博な研究を發表された。博士の國際私法に關する體系的研究の發表を待望すること甚だ切であつた。今や本書を見る。その歡びや實に大であり、貪より讀んだ。本書その型こそ四百頁に過ぎざる概論書であるが、一新學說を代表し内容亦極めて豊富であり、國際私法學の水準を高揚せしむる勞作である。

先づ、本書の構成を見るに、第一編序論として、第一章國際私法の概念、第二章國際私法の本質に關する論争、第三章國際私法の編纂、第四章國際私法の法源を論じ、第二編として、第一章國際私法規定の構造、第二章國際私法規定の解釋(國際私法解釋論)、第三章連結點の確定——殊に國籍及び住所、第四章準據法の指定と其の適用を述べ、第三編各論として、第一部能力法、第一章權利能力、第二章行爲能力、第三章法人、第二部法律行爲、第一章法律行爲の實質、第二章法律行爲の方式、第三部物權法、第一章準據法の決定、第二章物の所在地法の適用範圍、第四部債務法、第一章契約債務、第二章契約外の債務、第三章金錢債務、第四章債權の對外的效力、第五章債務關係の變更、第六章債務關係の消滅、第五部身分法、第一章婚姻法、第二章親子法、第三章扶養義務、第四章後見及び保佐、第六部相続法、第一章序說、第二章相續、第三章遺言、第四章相續遺言事件と國家機關の干與、を以て完了してゐる。

右の目次を見て知らるる如く、本書に於ては、わが國の國際

私法の著述の多くが、多くの紙数を費やすを例としてゐた國際私法學說史を全部省略し、また國籍法及び共通法に關する解説を別著に譲られてゐる。このことが簡潔な敘述と相俟つて本書に豊かな迫力を與へまた國際私法の中心問題に關する解説を著しく効果的ならしめてゐる。國際私法の理論體系を説く所謂國際私法總論に該當する部分（本書第一編及び第二編）は僅々百十頁（全卷の約四分の一）に要約せられ、しかも各論との有機的關聯の下に爲されてゐる。この部分こそは博士の國際私法學の全體系を呈示するものであり、各論の理解の前提ともなりまた要約ともなるものにして、精讀玩味すべき眼目である。總論の要約は各論の敘述に充分の餘裕を與へ、わが國際私法各論の解説に大約三百頁（全卷の約四分の三）が充てられてゐる。しかも無用な學說の羅列を避け、専らわが法例の立脚する學說に根據し、わが實定國際私法の的確な把握と分析に力められてゐるから、わが實定國際私法上の比較的微細な問題に至るまでの確な説明が試みられ、わが國際私法をして民商法等と並んで法律としての内容を充分に具有せしめてゐる。

二

以下少しく博士の學說を見よう。近世に於ては人間の生活關係は國家的境界を超越して世界的な領域に擴大し、世界的な生活關係を見るに至つた。而して法は社會に相對的な存在であり、世界的な生活關係の存在する所には世界的な法が存在すべきである。扱て世界的な生活關係は多種多様であるが、之を大別すれば、國家相互間の國際的生活關係と私人相互間の萬民的生活關係となる。前の生活關係に應じ之を規整する世界的な法が國際法である。後の生活關係中には外人法又は國際行政法によつて規整せられるものもあるが、それ等を除けば、世界社會に普遍的なものとしての世界統一法（統一手法法・統一小切手法・統一船荷證券法等の如き）及び世界慣習法（ヨーク・アントワープ規則、c・i・f 契約條款、f・o・b 契約條款等の如き）の對象となるものと、内容の異なる並存の諸國法中への浸潤度の最も大なる國法によつて規整せんとする法の對象となるものがある。後者の如くして世界的な生活關係を規整する世界的な法が國際私法であり、世界統一法及び世界慣習法が法の統一の方面を現はすに對し、國際私法は各法間の調和の方面を示すものであり、しかも間接的規整方法を採用するものとされてゐる。

しかし乍ら法の發達の現状から見れば、國際私法に國內法なる形式を與へてゐるため國際私法の實質的機能と形式との間に不調和を生ぜしめて居り、この事は國際私法上の問題の分析に當つて常に反省すべきものなることを指摘されてゐる（六頁―一二頁）。而してこの點が最も顯著に現はれてゐるのは後述の公序論であらう。

國際私法の本質如何に關して、古來國際法主義と國內法主義との對立があるが、博士は兩主義はその説明方法に於て異なる所があるが結局各國主權間の限界を確定するものとする點に於ては共通であり、その論争は寧ろ表見的論議に止まるものとなし、國際私法の本質をより實質的・社會學的に觀察せんとし、法と社會生活との相對性より出發し、各國法の實質的内容を考慮しその内容に於て多種多様な法が萬民的生活關係に於て有すべき調和を發見し、各法をしてその處を得せしめんとするものであるとせられる。これ等の點に於ては田中（耕）博士の學說と軌を一にする。

### 三

私の最も興味をそそるものは、國際私法規定の論理的構造を

書評

呈示し、國際私法上の諸問題の所在を確め且つ之に解答を試むる第二編である。博士は國際私法規定の構造を示して言はれる。國際私法規定例へば「婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ依ル」といふ規定に付て見るに、それが生活關係を規律の對象とし、法律効果が法律要件に結び付けられてゐる點に於ては、他の事項規定とその構造を異にするものではない。だが併し次の三點に於て國內實質法たる事項規定に於て見られない特殊の問題を生ずる。（一）先づ、法律要件の解釋問題につき、右の例に於ける「婚姻ノ效力」とは何を意味するか。この規定の規律の對象たる生活關係は萬民的・涉外的であり、婚姻の效果に關して法律概念を異にする諸國法域に渉るから、かかる法律要件の解釋問題は事項規定に見られない困難を提供する。即ち如何なる生活關係が「婚姻ノ效力」となるか、逆の側面より言へば「婚姻ノ效力」なる法律概念は如何にして定めらるべきかの問題がある。而して法律關係の性質決定問題として特に論ぜられる問題は、この點に存在するものなることを指摘し、（二）次に、萬民的・涉外的生活關係は國籍・住所・物の所在地・行爲地等を媒介として諸國法域に連繫を有し、國際私法はこの連繫を據點として生活關係に適用せらるべき法律を定めるのである。されば

準據法確定の據點たる前例の「夫ノ本國」即ち「夫ノ國籍」等の法律概念は如何にして定むべきか、更に二重國籍又は無國籍者の本國法は如何に定むべきか等の問題を生ずる。ここに連結概念及び連結點の確定の問題があるとする。(三)更に、國際私法規定に於ける法律効果は「夫ノ本國法ニ依ル」といふ様に準據法の指定であり、「夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ」といふ如く事項的・直接的解決を爲すものではない。さればこの準據法の指定例へば本國法の指定を繞つて、その指定の内容如何(反致問題)、準據法の性質如何、準據法の適用の排斥せらるべき場合はなきか(公序の問題)等の問題の伏在することを指摘し、凡そ國際私法の適用上に於て生起する諸問題の法律上に於ける所在を指摘し、而してその解決に進まれるのである(三五頁—三七頁)。これ等の諸點について、曩に私も國際私法の適用(並に連結點の決定)問題として、規律するものたる國際私法規定と規律されるものたる涉外私法關係との兩側面より問題の所在の指摘と解決の素描を試みたのであるが(拙著國際私法三八頁—八八頁)、今博士の主として規律するものたる國際私法規定の側面よりの理論構成を見て心強さを禁じ得ない。

## 四

博士は第一の問題につき、國際私法規定とは國際私法規定によつて適用を命ぜられた準據實質法の解釋を意味するのではなく、國際私法規定自體の解釋を意味し、國際私法規定の合理的内容の探及に在る。而してその内容は國際私法秩序の目的との關聯に於て求めらるべきであり、國際私法は一般の實質法とは異なる特殊の地位と目的とを有するから、之と相關的に國際私法上の概念構成を試むべきである。例へば「婚姻成立ノ要件ハ各當事者ニ付キ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」とする規定に付て見るに、其は具體的なる甲婚姻の有効性のみを對象とするものではなく、一般的なる婚姻成立の問題を對象として居り、その規定の指定するところは單に內國實質法或は特定の外國實質法に限られることなく、理論的には世界に存在する無定量の法律秩序に向けられてゐる。さればこの規定に於ける各個の法律概念例へば「婚姻」「婚姻成立ノ要件」「本國法」の如き法律概念は當然に各國實質法から解放されたものであり、國際私法自體の立場より、各國の實質法上の概念に對して上位的或は共通分母的に構成せらるべきであるとされる。この理解が近時間題と

なつた法律關係の性質決定の問題の解決の秘鍵となるものであり、従来の法廷地法説は法廷地の實質法上の概念に拘はれ、又準據法説は準據實質法上の概念に拘はれた點に共同の誤謬が存するのであり、右の理論より當然に國際私法規定自體の立場より國際私法上の固有の概念によつて解決すべきものとする事近時の有力なる學説と同様である。なほ國際私法規定の欠缺補充の問題に付ても同様の立場より、内國實質法による補充の非を指摘し、國際私法自體の立場より一部欠缺の場合には類推に依り、全部欠缺の場合には國際私法上の條理によつて補充すべきものとされてゐる(四一頁—五四頁)。

第二の問題即ち連結概念及び連結點の確定問題に付ても、全く同様の立場に基き、國際私法規定を適用するためにその規定中の連結點の概念を解釋するのであるから、法廷地國際私法規定そのものに依つて決定せらるべき解釋上の一問題であるときされ、而してこの連結概念に適合する關係が何れかの一國のみに存するときは直にそれを連結點として準據法を確定するのであるが、かかる關係が二つ以上の國に存在するか又は何れの國にも存在せざる場合には直に準據法たる本國法又は住所地法等の如きを決定し得ない。斯様な場合に如何にして準據法を決定す

べきかといふ問題が連結點の確定の問題であり、この問題も亦法廷地國際私法規定自體の解釋問題であり、法廷地國際私法自體に解釋規定の存するときは之に依り、然らざる場合には國際私法の本質的機能に照して之を決定すべきものとし、わが國際私法上に於ける本國法及び住所地法の決定問題につき詳細な解説を試みられてゐる(五四—八一頁)。

最後に、第三の問題として準據法の指定とその適用問題を論ぜられる。先づ、博士は連結點を媒介として結合せられた國の實質私法秩序を準據法といふのであり、而してそれはその國の全私法秩序を意味し、假令連結素が住所・物の所在地等の如き場合に於ても、その國の部分的私法秩序(國內の地方法)を意味するのではないとなして、通説の混亂に對して明斷を下し、不統一法國內に於ける準據住所地法の決定につき理論的根據を示されてゐる。この部に於て、反致主義の非合理性が説かれ、また準據實質法としての外國法の性質、解釋並にその欠缺の補充其他が論ぜられてゐるが、最も注目すべきものは、公序論である。博士は言はれる、元來國際私法原則によつて甲國法がある萬民的生活關係の準據法となつた場合には甲準據法は萬民的生活の法律秩序としてその生活關係を規律するのであるから、

その準據法が萬民的生活圏の公序良俗に反する場合には本來適用せらるべきでなく、ここに純理論的な國際私法の本質的な第一の準據法の適用の限界がある。然るに現狀に於ては萬民的生活關係を裁判する裁判所は形式的には依然として内國裁判所であるため、外國法の適用が自國の公安を現實に破壊するに至るときはその外國法の適用を排斥する。この意味の外國法の適用の排斥は實質的には國際私法原則が國家的要求に依り歪曲された場面と見るべく、通常公序論又は留保條款とはかかる國家的要求に基く第二の外國法の適用の制限を意味する。然らば所謂留保條款の適用として外國法の適用の排斥された結果は如何に取扱ふべきか。通説が外國法の排斥は同時に之に反對する内國法の適用を意味するとするに對し、外國法の適用の排斥に關する國際私法的評價と内國法の適用とは別個の問題であり、その間には必ずしも論理的必然の結合なく、この問題は準據外國實質法の欠缺の場合に準じて處理すべく、適用を排斥された外國法規が例外法規なるときは當該外國法の一般法規によりて補充すべく、然らざる場合に於て之を補充すべき法律規範を準據法體系中に求め得ざる時は條理即ち文明諸國が原則的に認める法律意識に従つて補充すべきものとされる(八一—一〇頁)。

## 五

著者が中心的課題とした各論に入らずして既に紙數を盡した。この部分は内外の文獻を涉獵し比較法的蘊蓄を自由に驅使して論述されたものであるが、その中特に注目すべきものは、法人論・契約債務・金錢債務・相續等に關する敘述であり、これ等は何れも一段と學的水準を高揚せしむるものである。以上博士の特色ある國際私法論の綱要の忠實なる呈示に終始し、不徹底な批評は差控へた。ただ博士の學說の過り傳へた所あらんかを慮れる。固より本書中、個々の問題につき、全く同感なるもの、見解の異なるもの、及び前後疑義を懐くものあり、また卑見が博士の支持を得たものもないではない。しかしこれ等については一切割愛する。ただ本書のより良き理解のために田中(耕)博士の「世界法の理論」第二卷の併讀を薦めたい。曩きに田中博士の右の名著の發刊を見た當時、ジッタやノイベツケルの國際私法理論に非常の共鳴を覺えてゐた著者は右の書によつて「その鬱勃たる想の代辨されてゐるかの喜び」を覺え詳細な紹介を試みられたことであつた(法學二卷一二號、因にこの紹介は田中博士の學說を知るためには勿論、著者の思想を理解す

るためにも參觀せらるべき好文獻である。著者は田中博士の學說に強き共鳴と深き理解とに基き本書を物されてゐる。私自身本書を繰きつつ、田中博士の書を座右に置いて再讀した。本書に依つて田中博士の學說に對する理解が深めらるると共に、田中博士の書に依つて本書の意味の闡明せらるるを覺ゆること屢であつた。著者自身も言はれてゐる如く、本書は田中博士の影響を受くる所の多いのは勿論であるが、また田中博士の學說が本書によつてよく展開修補されまた豊かな實質的内容を以て見事に地に下されてゐるのを見る。著者は殊更國際商法論の補充を將來に留保されてゐる。この部分こそは著者の學說を展開するに最好適の場面である。著者が該博な比較商法學の智識に基き、この部門の成果を學界に送られる日の速かならん事を祈つて止まない。

(昭和一七・七・二二)