

川上太郎教授

「国際私法の法典化に
関する史的研究」

— 神戸大学経済経営研究所

昭和三六年九月一〇日発行 —

岡本善八

法律学が体系的に示される場合においては、種々の分類があるが、その国独自の個別的法律学（例えば、憲法学・行政法学・民法学・商法学・刑法学・訴訟法学・国際私法学など）については、その法制史・法学史・法律解学・立法政策学などの区分、更に近年においては法社会学をも加えてその区分をなすのが通常であるが、然し、そのうちでも、従来の業績または学者の関心は、法律解学にその重点があることはいうを俟たないところであり、法制史学が次に位するものと考えられるが、立法政策学に属する文献は甚だ稀であるといつて差支えない。この点、最近川上太郎教授（神戸大学）によって集成せられ、その恩師である佐々木惣一先生に捧げられた国際私法の法典化

に関する史的研究」は一見法制史的研究であるかの印象を与えるが、通常の法制史学の著作と異なり、特に内外国際私法の立法経過を通じて、究極的には、現在進行中の法例改正事業についての妥当なる立法技術の探求が意図せられた貴重な文献である。前述の如く数少ない立法学の分野に対し、特に具体的資料に基いて有力なる文献を加えられるに至った事は衷心より喜びに耐えない。

本書は、一応国際私法の法典化の経過を歴史的に辿られ、(1) フランス民法典中の国際私法規定（第一章）、(2) 一八五六年イタリヤ民法典中の国際私法規定（第二章）、(3) 更に一九世紀末葉から二〇世紀初頭にかけての、一八九六年のドイツ民法施行法・一八九八年の現行「法例」・一九二六年のポーランド国際私法の法典化の動向に辿られたもの（第三章）、特に近時の国際私立法法の動向につき、(4) 一九四〇年ギリシャ国際私法・一九四二年イタリヤ国際私法・一九四八年チェコスロバキヤ国際私法（第四章）、更にラテンアメリカ（第五章）・イギリス（第六章）・アメリカ（第七章）の法典化の経過についてまはほとんど網羅的にかつ微細に涉つて叙述を進められる。その歴史的事実はもとより当該法典の解釈、特にわが法例の解釈に当つても反致（法例二九条）に関して極めて有益である。然しながら冒頭にも述べた如く、本書はその叙述を単なる好事家興味からのみなしているのではなく、およそ特に国際私法立法に当つては、その性質上当然に次の点を考慮せねばならないからであるとせられる。すなわち、(1) 国際私法の課題並びに指導

原則が、極めて緩慢に、漸次的継続的に発展してきており、しかもまだ極めて未成熟の状態にとどまっているから……真に妥当する法に関する条理法を発見し、確定するには、その歴史的淵源に遡って、これを究める」(同書二頁) ほかはないこと。

(2) 「国際私法の規範が多数の学者の数世紀に互る学問的協同作業によって形成されてきた」ことに加えて、現在の実定法のうち「その価値に疑を挟きまれつつ」(同書三頁) あるものについては、その発展の真相を明らかにしてこそその妥当性の有無を決定しうるものであること。その事からも理解しうる如く、そこで問題とせられているのは、ひろく諸国国際私法の発展の動向の如き一般の問題でなく、前述の如く具体的な諸外国の立法経過を通じて、具体的立法のための道標を示さんとする点にあるのである。

二

教授は、従来の主要国際私法典の制定過程を追うて、その立法過程による特徴の把握に努められるが、本稿においては、次の如く要約せられうるであろう。

(一) フランス、国際私法は、一七九三年憲法の制定に基づき、民法第一篇人事篇総則中の規定にその端を発したのであるが、このカンパセレス(Cambacères)草案においては、極端な国家主義、絶対的属地主義の法思想の下にフランス法の適用を定めるという立法方針が採られたが、共和八年(一八〇〇年)の草案では、一転してダルジャントレの体系に移行したのである

が、フランス民法三条の最終の立法過程においては三転してバルトルスおよびデュムランの学説によったことを指摘せられる(同書一五頁)。

(二) 次に一九世紀中葉の法典化の特質としては、フランス民法以来、学説・立法とも時代の要求を充し得ず、わずかに一八二九年のオランダ民法一般規定があるにすぎないとせられる。すなわち、同法は、第六条においてオランダ人の身分能力につき本国法主義、第七条において不動産につき、所在地法主義、第十条において行為の方式について、行為地法主義を定める。

然しながら、一九世紀後半における周知の国際私法学の興隆の結果として、一八五三年のチュリッヒ民法典、一八六三年のザクセン民法典中の一五ヶ条、一八六四年のバルト民法典中の一〇ヶ条などの立法をみたが、最も大きな影響をもたらしたものは、一八六五年のイタリー民法典である事を指摘せられる。

このイタリー国際私法制定について注目を引く叙述は、法典起草当時においては、起草者は何人も本国法主義を一般原則として立法する意図をもっていたのではなく、新イタリア学派なる国際私法学説は、その後一〇年後にマンチニーによって主張せられるに至ったこと、更に具体的には、第六条の身分能力に関する本国法主義は単にナポレオン法典の規定を一般化したにすぎないが、その点についても、また第七条における、動産物権についての所有者の本国法主義、また第八条における相続に関する被相続人の本国法主義者などにおいて、調整委員の一人であるマンチニーの本国法主義が反映したことなどであるが、同

教授は結論として、今日迄イタリア法学者は、しばしば、イタリア学派がイタリア民法典を形成したと述べるが、実は、それは歴史的事実に反し、歴史的には、その反対が真実であることを強調せられる(同書二〇頁)。なお上述の一九世紀中第一連の法典は近代国際私法理論を創設したものであり、その意味で一八八二年にローラン(Laurent)により作られ、一八八四年に改訂せられたベルギー民法典改正草案は成功しなかったが、注目に値する結実であると解せられている(同書二二頁)。

(三)近代における国際私法の法典化は、教授によれば、一八九六年のドイツ民法施行法に始まると解せられる。ドイツ国際私法の制定事業は、一八七三年二月二〇日にビスマルク憲法の改正により帝国の立法権が全民法に拡張せられ、ここに統一民法典の起草事業がなされたことの一部として、ゲーブハルト(Gebhardt)が、その総則第一節第五条乃至第四〇条において国際私法に関する三六ヶ条が盛り込まれた事に発する。この一八八一年の第一案は、ほとんど一八八七年の第二草案の第五条乃至第三九条に盛り込まれたのであるが、その後一八八一年一〇月七日および一二月一六日の二つの会議において、二六ヶ条を含む特別法の形式を採ることが主張せられ、その後一八九〇年一二月一四日連邦参議院決議により、あらためて委員会を設け、第二委員会の最終改訂案において、再び前述のゲーブハルト草案は「外国法の適用」なる表題の下に民法第六篇(二三六一条乃至二三九〇条)を構成するに至ったが、連邦参議院においては三転して独立の民法施行法(第七条乃至第三一条)の形

式をとるに至り、これがライヒ議会で回附せられその承認を得て法律として確定するに至ったのである。教授は、かかる変転の理由については、議事録は公表されていないが、政治的考慮ならびにこの法部門が未熟で流動状態にあるため学問と判例に活動の余地を残すことがよいとの考慮がはたらいたものと推測せられる(同書二六頁)。

このドイツ国際私法案の一の特質は、その最後まで支持せられて本國法主義であるが、ゲーブハルトの理由中特に決定的なものとして、(i)ドイツの隣国が、ほとんど本國法主義を採用している結果住所地法主義を採用するときは、無数の衝突問題が生じること、(ii)および、その国家としての權威と政治的利益の保持を考慮したものであるとせられる。その他の特質は、連邦参議院の干渉によるものであり、これによれば、外国法がドイツ領土上で執行力をうける場合をできるだけ判断しないという方針により、(i)物権および債権に関する事項は原案から削除せられ、(ii)主として属人法決定については、一方的衝突規則に改めたこと、(iii)行為の方式についてのみ原案が維持せられたこと。(iv)ドイツ法の適用の便をはかるため公序、特定の土地制度に服する財産および反致に関しては、草案の一般規定をそのまま存置せしめた、などの特異性をうかがいうる、とせられる(同書二八頁)。(2)わが法例については、まず明治二三年(一八九〇年)のいわゆる旧法例についての制定事情を検討せられた後、その母法としてはイタリア法およびこれを基礎としたベルギ法新案を模範としたものと解せられ、それが旧民法の前加篇の形

式をとることからして民法適用の通則との趣旨をもつものと解せられる。

第三条（身分能力の本国法主義）は、イタリヤ民法第六条をそのまま再録し、ナポレオン法典第三条第三項の規定を一般化したものであり、

第四条（動産不動産についての所在地法主義および相続ならびに遺贈についての本国法主義）は、第一項はベルギー新法案第五条一項、第二項はイタリー民法第八条・第九条に範をとるものであり、

第五条（法律行為についての自治ならびに推定自治としての共通本国法主義または客観的關係地法主義）は、この点岸本氏はイタリヤ法第九条に範をとるものであるとせられるが、然し川上教授は、この点はベルギーのローラン案（一四條）、ベルギー新法案（七條）にならうものとせられる。

第六条（内国的法律行為能力についての本国法・行為法の選択主義）は、取引保護に関するものであり、その先例としては、プロシヤ・オーストリ・ドイツ・スイス法があり、

第七条（不当利得・不法行為・事務管理）については、草案における不当利得についての本国法主義、事務管理の利得者の本国法主義が岸本辰雄氏により批判せられた結果採用せられたものである、川上教授はこの点はベルギー新草案（八條）にならうものを解しておられる。

第八条（無国籍者・一国数法の国民二重国籍者の属人法）に
おいては、第一項において現行法例と異なり明示的に住所地法

によるべきことを定めるが、母法については明らかでなく、川上教授によれば、無国籍者の属人法についてはベルギーのローラン案（一八條）に範をとり、一国数法の国民についての住所地法採用がわが法例の創案にかかるものであるとせられる。

第九条ないし第一三条（公正又は私署証書、法律行為の方式、公示方法および訴訟手続）については、第九条はイタリヤ法九條、第一〇條はローラン案二一條、第一九條はローラン案二二條に範をとるものであるが、川上教授は、これらの規定は、重複冗長の非難を免れないとせられる。

第一四條（刑罰その他の公法または公序良俗違反）は、ローラン案第二六條に範をとるが、第一五條（公序良俗違反・その潜脱行為の不成立）、第一六條（身分能力に関する強行法規性）および第一七條（判事の裁判拒絶禁止）については教授は外国の学説を参考にしたものと推測せられている。

かくの如く、教授は、旧法例についてのほとんど唯一の註釈書である岸本辰雄講述『法例講義』の内容を紹介せられるに加えて、教授独自の立場から補正の見解を示されており、旧法例に関する文献の入手がほとんど不可能と考えられる現在において教示を受ける点が甚だ多い（同書三七頁）。

現行法例については、従来比較的その立法理由については知ることが容易であつたのであるが、本書では、更に穂積文書を紹介することにより、その細目にわたって修正理由および法例修正案の立案方法について言及せられている。この点も貴重な資料を紹介せられている。またその結論として、川上教授は、

日本「法例」はドイツ法に倣ったものであるが、これより一歩前進しており、ドイツ法と共に国際私法法典化の沿革上ひとつの時代を画するものとして、その影響を高く評価しておられる(同書四二頁)。

(3) 前述の二法典以後ブラジル法を除き法典化の上では空白であると解せられ、その意味で、一九二六年のポランド法は一九世紀初頭の法典化の総決算であるとせられる。その内容は、ドイツ法の影響(四〇条・五条)、親族法に関するハーグ条約への適応、当事者自治についての一九〇八年国際法学会フロレンス会議の採択などの影響がうかがわれるが、川上教授は独創性において欠けるところがあるが、規律の仕方が普遍的、または双方向的であること。すなわち内外平等が考慮せられている点にその長所を見出される(同書四五頁)。

(4) 近時の国際私立法としては、第一次大戦後の前述の一九二六年ポランド国際私法のほか一九四〇年のギリシャ国際私法典、一九四二年のイタリア国際私法規定、更に第二次大戦後のそれとしては、一九四八年のチェコスロバキヤ国際私法規定がある。

(イ) ギリシャ国際私法は、結局は一八五六年旧法と同じく民法典の一部を構成しているが、旧法が六ヶ条にすぎなかったのに比し二九ヶ条を当てるに至っており、その旧法との相違点については、(i)債務契約に関する推定自治につき最も進歩した学説を採用し、(ii)不法行為については、法廷地法主義より不法行為地法主義を採用し、(iii)非嫡出子については、新たに共通本国

法、もしなきときは母の本国法主義を採用し、その父子関係については、父の本国法、その母と生父の關係につき母の本国法を採用しており、(iv)相続については一括的に死者の相続法主義を採用している点において、新法は旧法に比し条文数からするもはるかに詳細かつ優れていると解せられている(同書五〇頁)。

(ロ) 一九四二年のイタリア国際私法は、一八六五年の旧法と同じく民法の前加篇の形式を採るが、旧法が七ヶ条であるのに対し、一七ヶ条を数え、(i)内国取引保護規定の新設、(ii)親族關係についての個別化、(iii)契約についての当事者自治、準契約についての事実発生地法主義の新設、(iv)無国籍者の居住法適用の新設、(v)反致否認の明文文化、(vi)物権についての劃一的所在地法主義の新設、などの修正がみられるが、川上教授は、旧法以来大きな進歩を遂げた学説・判例・条約・諸国の立法等を背景として行われたものとしては、内容形式とも充分なものとはいえないと解しておられる(同書五三頁)。

(ハ) 第二次大戦後のチェコスロバキヤ法典について、その制定の経過としては、一九三〇年の草案以来第二次世界大戦をめぐる政治的変動にかかわらず、前後を通じて殆んど同じ国際私法規定が構想実施せられたのは興味ある現象であるとし、その規定は、反致を否認するほか、個々の点においてわが法例と著しく異なる立場をとるものが多いが、川上教授は、この法律の特色として、五三条から成るこの法典は、国内法典として最も詳細なる立法であり、しかも従来提唱された標準的学説の成果をもとり入れており、細目については、検討の余地があるが、

全体としては、充分参考に値するすぐれた立法であると評価せられてゐる（同書五六頁）。

以上の如く川上教授は、既存の特に大陸の国際私法典につき、日本法例との比較をも考慮しつつその優劣につき緻密な検討を加えられている。個々の法典については、既に邦訳せられてゐるとはいうものの、これについて立法論的な見地から総合的な把握がなされて、その結論については教えられるところが甚だ多い。

三

ラテンアメリカの国際私法の法典化については、まず史上最初の多数国の共同編纂にかかる一八七八年のリマ条約、一八八九年の第一回モンテヴィデオ条約、一九二八年のブスタマンテ法典の経過を述べられた後、かかる多数国による統一国際私法典の推進の母体となった汎米機構特に一九四八年の全アメリカ連合（the Organization of the American States, OAS）の一九五〇年以來一九五八年までの国際私法統一事業の経過が紹介せられてゐる。なおこの点につき、一九五五年三月の米国政府の覚え書中において、「ブスタマンテ法典とモンテヴィデオ条約及びリスティメントとの間に根本的な差異があること、並にこれらの諸法典の条文を単一の法典に融合することは困難な問題がある」とする法律家委員会の研究の成果を引用し、アメリカが立法事項につき単独行動をなす傾向を指摘せられてゐる点は、興味深い（同書七九頁）。

四

イギリスにおいては、教授によれば、第二次大戦後の国内社会生活の国際的社會生活へのつながりへの緊密化により、積極的に国際私法統一化事業への協力および国内的にも国際私法問題に関する立法化の動きが生じたとせられる。一九五二年の「国際私法委員会」(Private International Law Commission)のほか、一九五一年の「婚姻および離婚に関する国王委員会」(Royal Commission on Marriage and Divorce)を指摘せられ、前者の活動状況については、一九五一年の「本国法と住所地法との間の衝突を規制すべき条約案」に関し、立法により、根源住所の復活の原則を廃止し、かつ人の「住所」に関する規定を定めることとの勧告を出したこと、それにより前掲条約により接近すべく、一九五四年「住所法典」(Code of the Law of Domicile)が委員会において作成せられた。これを基本とした法案が一九五八年五月に貴族院に提出せられたが、英国の経済的事由特に税法上の取扱にからんで、特に推定規定について反対せられ、一時停頓の状態にありつつ将来の第三草案の提案が考慮せられてゐる現状であることを指摘せられる（同書九四頁）。

なお一九五一年の「婚姻および離婚に関する国王委員会」の婚姻解消についての法典案につき、(i)管理権の拡大、(ii)反致、(iii)離婚原因についての夫婦属人法の累積的適用、(iv)外国離婚承認についての準拠法無視・管轄の拡大、などの特質を挙げられ

る(同書一〇〇頁)。

五

アメリカ合衆国のそれについては、アメリカ国際私法のリス・テイメントの制定経過およびその詳細について述べられた後、その日時の経過をも考慮し、すでに「衝突法リス・テイメント」改訂第一試案につき検討されつつある現状について指摘せられる。またこれとは別に、いわゆる「統一商法典」案における起草およびその経過について述べられたのち、統一商法典一九五二年案および一九五八年案中の特に国際私法規定ふれられ、特に当事者自治の制限についての見解をのべられている(同書一四四頁)。

六

大陸における国際私法改正の動向は、わが国の法例改正についてもかなり有益と考えられるが、教授は、フランス、ドイツのそれにつき論ぜられている。

フランスについては、一九四八年以来の「民法改正委員会」中の「序編小委員会」による一九五三年の予備草案、更に一九五九年の「改正予備草案」(Révision de l'Avant Projet)を比較検討せられるが、その間において法典化事業の遅延の理由に関するモランディエール教授の見解について別個の見地より、モ教授ののべる如く、国際私法立法事業が単なる技術的問題でなく、法の内容のいかにかわらず、立法事業はすべて政治

「国際私法の法典化に関する史的研究」

的要素を含んでいと解しておられるのは傾聴するに足る見解である(同書一五〇頁)。

ドイツについては、東ドイツの条約国際私法についてもふれられるが、特に西ドイツにおける一九五三年結成にかかる「ドイツ国際私法協会」(Deutsche Rat für Internationales Privatrecht)における、(i)属人法一般、(ii)国際婚姻法、(iii)国際扶養法、(iv)国際買売法、などについての各委員会の活動状況および委員会案のうちの特に婚姻問題についての紹介がなされている(同一六一條)。

なお既に述べた各国立法事業については、附録「国際私法の法源」において各国の国際私法および法案が述べられているが、斯学の研究者にとり甚だ有益である。

七

以上においてあるいは必要以上に本書の内容の紹介に紙数を費したかの恐れがないではない。然し本書は冒頭にのべた如く、法例の改正事業についての示唆を提供するものとも解せられるが、その提供せられる資料は、主要なる各国国際私法立法およびその立法経過をほとんど網羅するものであり、その中には教授のなみなみならぬ努力の集積がうかがわれるものが多数存在している。長年に渉る研究体制の整備と教授の深い学識があつてこそ、かかる雄大なる鳥瞰図が構成せられるに至ったものと考ええる。

その意味では、筆者の独断的な要約が本書の真価を傷付ける

危険性さえ感じられる。その緻密な内容をより良く要約的に紹介することはむしろ不可能とさえいいうるであろう。それにもかかわらず、なおその内容を可及的に紹介せざるを得なかったのは、頁を追うにつれて、どの部分も貴重な資料の集大成と考えざるを得なかったためである。筆者の不幸際についてはもとより責任を感じるが、結局は本書のたゆみなき迫力に押されたがためと考える。

然し本書の究局の目的は、「法例」の改正の指針をいかに立つべきかにある。この点につき教授の見解は如何であろうか。

教授は、一九五七年「法制審議会国際私法部会」の設置後の若干の経過を述べられた後、「立法事業をすすめてゆく上には、まず「法の欠陥」を明らかにせねばならぬが、そのためには、その対象たる個々の渉外的生活関係を「法例」の規定の達成せんとする目的に照して検討してみなければならぬ、とせられる（同書一六五頁）。正当な見解というべきである。

次に国際私法の立法目的として、要するに自国実法優位の理論と内外実質法の完全平等の理論が対立するが、わが法例の立場からは、第一の立場を採るならば全面的改正を余儀なくされ、第二の立場に立つならば部分的改正をもって足りるとせられ、後者の場合には、現在の国際社会の要求そのものを正確に把握するため、国際私法に関する国際法、国際条約のほか、各国の国内国際私法の規定および国際社会の実体そのものを明らかにせねばならないとせられる（同書一六六頁）。

然し、かりに国際社会の要求を完全に見究めることが不可能

な場合においては、結局合理的判断によらざるを得ないが、川上教授は、改正の題目選定は、わが国際私法學上法に欠陥があることについて疑問の余地がないとせられる論題だけに限定せらるべきものとせられ、その規定の欠陥についての専門学者による討議の結果その点についての改正にふみ切るべきであることを主張せられる。然しながら、教授は更にその点については、世界的社会生活の合理的要求に即してなされねばならぬから、渉外事件の行政的もしくは司法的または経済社会上の実務に従事する適格者の意見を聞くべきことをも当然主張せられている。立法事業は後世に至るまで議論の対象となるものであり、その割にかくれた努力は忘却され勝ちである。現在のわが国際私法學界の第二次世界大戦後の進展は、みるべきものがあるが、こうした事情をも考慮し、現在の法例改正事業をして、よりよき結果を挙げしめるための、教授の示唆は誠に傾聴すべきものがある。それに加えて筆者が特に肝銘を受けたのは、佐々木博士に捧げられることから推しうる緻密なる学究態度であり、先学の真摯な国際私法學への情熱に誠に襟を正さざるを得ない。

なお現在進行中の法例改正事業については、法律時報資料版一四号（一九六一年一月号）において、「法例改正（婚姻の部）に関する資料」につき、久保・「法例——制定から今日まで」、山田鎌一・村岡「法例改正要綱試案解説」などの文献があるが、これも本書の価値ならびに改正事業の進行を理解するための有益なる資料であることを附記しておく。

（昭和三六年一月二三日記）