

論又「普キ」ノ未定の統一ニ到達スル事ハ不可能トナシヤ
Bastion ハコノ問題ヲ概念的ニ決定スル事ハ不可能トナシヤ、如キ
設例ヲ設ケテキル

(1) 今、甲乙二國ガ次ノ点ニ付テ國際私法上同一ノ原則ヲ採用シテ
キルモノト假定スル

(2) 動産又ハ不動産ノ相続ニ關シテハ死者ノ死亡當時ノソノ本國
法ニ依ル

(3) 夫婦間ノ法定財產制ハ婚姻當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル
今、甲國人タル男ナガ財產關係ニ就キ特約ヲ爲サズシテ結婚シ

ソノ婚姻關係ノ繼續中キ、ミガ國籍ヲ変更シテ乙國人トナソタ
場合、夫ノ正後妻ハ乙國ノ領土内ニ在レ動産不動産ヨリ成ル相
續財產ニ對シニ或ル權利ヲ主張シタモノトスル、乙國ノ相続法
即チ死者ノ死亡當時ニ於ケル本國法ハリ、ル權利ヲ認メナイト
ヘル

妻ハ自己

主張ヲ相續權ノ問題ニアラマシテ夫妻財產制ニ關ス
ル問題從ツテ甲國ノ法律即チ婚姻當時ニ於ケル夫ノ本國法ニヨ
ツテ其ノ主張ガ認めラルベキモノト主張シタリトスル

茲ニ於テ此ノ問題ハ相続ニ關スル問題デアルカ又ハ夫婦財產制
ニ關スル問題デアルカノ問題トナル

今甲國乙國ガ問題ニ付テキレ、デテ、甲國乙國ノ人ノ規定ハ
同一デアルガ、今ノ問題ヲ夫婦財產制ノ問題トスルカ動産相續

問題トスルカニヨリ異ル、人ノ規定ハ同一デモ準據法ハ異ル、國
際私法ハ統一サズニ法律關係ノ性質ヲ決定スル、夫定テ法が違フト
實際上ハ違フ結果が出テ來ル

Bastion ハ法律關係ノ性質ハ訴訟地法ニヨルトナスカラズハ結
奇統一不可能ニナルト云フ事ニ付ツテ行ツタノデアル、ソシテモ
ウ一ツ問題ヲ挙ゲタ、ソレハ、

(2) 1、和蘭民法第九二條ハ遺言ニツキ自筆遺言ニヨルコトヲ禁止

シテ居ル

ロ、今、オランダ人が佛國ニ於テ自筆証書ヲ以テ遺言ヲ爲シタト
スルナラバ佛國ノ裁判所ハコノ遺言ヲ百故ト認ムベキカ又ハ無
效トナスベキカ

ハ、此ノ問題ハ專ラ和蘭民法ノ自筆証書ニヨル遺言ノ禁止ノ規定
ニ如何ナル法律上ノ性質ヲ與ヘルカニヨツテ決ヒラル

ニ、即チ若シ此ノ規定ヲ屬人法トシテ之ヲ以テ和蘭人ノ能力
ヲ制限スル規定ト認メタルトキハ無效トナル

ホ、之ニ反シ此ノ規定ヲ法律行爲ノ方式ニ關スルモノト認ムルト
キハ佛國ニ於ケル遺言ニ適用シ佛國ニ於テハ佛法ニヨリ自筆証
書ニヨル遺言ヲ爲シ得ルコトナル

ト云フ(1)反ビ(2)ノニツノ問題ヲ掲ゲテ問題トナシタ
ニ、沿革

(1) Kahn. *Tatente paterfamilias* (*Lehrbuchs Rechts*)

Bucher. *Bl.* 30. 1891) (*Abhandlungen*, Bd 1)

(2) Bardin. *De l'impossibilité d'arriver à la suppression
de l'écriture des conflicts des lois* (*Journal Clunet*
1897) (*La théorie de l'application en*)

此ノ問題ハ一八七一年ニ於テ Kahn ガ「潜在的法規ノ衝突」
ト云フ著書イメ、ニ始マル、ソノ後一八七七年ニ Bardin ハ

Journal Clunet ニ「法律抵触ノ決定的防止ニ到達スル事ノ不可能
性」ト云フ著書キ、ソノ後一八九九年ニ彼 *Etude de droit
international Privé* ト云フ本ニ「國際私法ニ於ケル法律關係
ノ性質決定論」トシテ收メラレタ

即チ Kahn ノ方が Bardin ヨリ先ダガ一般ニハ Bardin ノ方が注
目サレテキル、ソノ後各学者ガ之ヲ論ジ、殊ニ文献ガ最近多ク、教
科書デモ詳シク論ゼラレテキル

尤モ Kahn ヲ Bardin 以前カラアルトナス、モアル、山口博

七ハ *Partus* が発見者ナリトヒラルルガ最モ注目ヲ引イタノハ *Partus* 然レバアルカニ *Partus* が始メタト云フモ誤デハナシ、*Partus* 故ニ *Partus* *Partus* 同一字ヲ用ニ英米モ同一デアル

三、学説

(1) 法廷地説

(a) *Partus* 説

(i) 外國法ノ適用ノ根據——任意の、主權ノ制限

(ii) 外國法ニヨツテ法律關係ノ性質ヲ決定クルコトハ主權ノ侵害

(iii) 法律關係ノ性質決定ハ *lex fori* ニヨル

(iv) 例外——私的自治ノ場合、動産不動産ノ性質決定

然レバ之ヲ如何ニ解決スルカハ色々ナ説ガアル、先ツ唱ヘテ *Partus* ニヨルト

元來外國法ヲ適用スルハ主權ニ対スル禮讓カラテナク外國法

ノ適用クル事ヲ正當トスルカラザル、然シテラソノ外國法ノ適用クルヤ何等外部カラノ優越的權カニヨリ強制ラレルモノデナリ、自ラ之ヲ規定クルモノデアリ任意的ニ制限スルニ外ナラズ

故ニアル法律關係ノ性質ヲ外國法ニヨリ定ムベキカ内國法ニヨルベキカハ裁判官ハ必ズ内國法ニヨリ定ムネバナラズ、實際ニ上外國が制度上外國法ヲ適用スル場合ハ自ラ附與シテ制限ニノミヨリ得ル、日本法ガ外國法ノ權能ニヨラシメントスル法律關係ノ性質ヲ外國法ニヨリ決定セシメルハ外國法ノ侵入ヲ來ス然レバアル國家ガ外國法ニヨラシメントスル時ハ唯自國ガノ外國法ニ付與シテ概念ニヨツテノミ定ム得ル、故ニ法廷地法ニヨラネバナラズ

但シ之ニ対シ例外ヲ認メ私的自治ノ範圍デハ當事者ノ意思ニヨリ定ムル、又第二ニ動産不動産ノ分類ハ取引安全ニ上物ノ所在

地法ニヨル。動産不動産ト云フ分類モ各國デ同一デハナイガ、カ、ル動産不動産ノ分類ハ取引ノ安全、爲ニ例外トシテ物ノ所在地法ニヨル

之ガ *Bartlin* ノ解決法デアル

Kahn モ上ニ述ベテ論文デK約規定ガ各國ニ同一デアツテモノノ主トナルヘキ法例概念、國籍トク債權トカ行爲地トクガ各國デ異ルトキハ結局自國法ニヨリ決定セネバナラス、
実質法ハ各國ニヨリ異ル、例ヘバ賃借人ノ權利ハ債權カ物權カハ各國一致シテキナイ、ソコカラKノ他融ハ起ル、潜在的ニKノ他融ガ起ルカラ之ハ *Bartlin* ト同様ニ自國法ニヨリ解決セネバナラス、即チ法廷地法ニヨル。

四 法律博士ノ説

(i) 法律關係性質決定ノ問題
法律適用ノ前提問題

(ii) 國法解釈ノ一般原則トシテ法文ニ用ヒラレタル同一ノ名称文字ハ特ニ反対ノ定メナキ限リ又ハ反対ニ解スベキ法理上ノ根據ナキ限リハ同一ニ解スベキモノデアル

コノ点ニ付法律博士ハ法律關係ノ性質決定ハ法律適用ノ前提問題デ之ガ定ツテ結局法律ノ適用ガ定ル、所デ國法ノ解釈ノ一般原則トシテ法文ニ用ヒラレタル同一ノ名称文字ハ特ニ反対ノ定メナキ限リ又ハ反対ニ解スベキ法理上ノ根據ナキ限リハ同一ニ解スベキモノデアル、ト云フ事ヲ前提トナシ、ソレ故ニ民法ニ用ヒラレテキル「相續」ト云フ文字ト法例ニ用ヒラレテキル「相續」ト云フ文字ハ特別ナキ限リ同一ニ解サネバナラス、故ニ *lex fori* ニヨルト云フノデアリ、結局、
Bartlin 説ト同一ニナル

(2) 準據法説

カク *lex fori* ニヨルト云フノガ今日ノ多數説デアルガ之ト異ル

ノが準據法説デアル。例ハ、一能力ハ不罰法ニヨル。ト云フ時ハ
 外國法上能カト云フ事ヲ定メトナス。デアル。ニハ佛ノ *Dea Prop.*
 説ナドノ説デアル。即チ若シ一國ノ立法者ガアル法律關係ニ與
 ハ、性質ニシテソノ國ノ公序良俗ニ反スル時ハ勿論排斥セズバ
 ラスガ多ク、場合ニハ與ハラシタ性質決定ハ國際的公序ト關係ナ
 一カフ、外國立法者ニ強ヒテ之ヲ主張セズ。一般原則トシテハ法
 律關係ニ適用サレル法律ガ同時ニソノ法律關係ノ性質ヲ決定スベ
 シ。

外國法ガ理解スル如クニソノ法律關係ヲ決定スベク自己流ニ解
 釈シテハナラヌ、之ニヨリ外國法ノ精神ニヨリ適用スル事ニナル
 ト云ツテキル。

(3) 何レカ、實質法ニヨツテ法律關係ノ性質ヲ決定スル立場ヲ否定
 スル説

(1) 田中教授ノ説——超國家的立場カラノ解決

D. *Recht* ノ説——比較法學的方法

(1) 久保氏ノ説——新訴訟地法説

所デ準據法説ハ勿論成立シナイカラ之ハ跡部博士、云フ如クハ、
 規定適用ノ前提要件デアルカラ之ガ定マラヌトハ適用サレヌカラ
 之ヲ外國法ニ定メントスルハ循環論法ニ成立タヌ。

以上ニ説、外ニ別ナ立場ヲ採ルノガ近頃アル。ソレハ上ノ二説ハ
 法律關係ヲ決定スルノハ結局何處カノ國ノ實質法ニヨリ概念ヲ決定
 スルト云フ立場デアルガ、反之、カ、ル問題ハ何レカノ實質法ニヨ
 リ決定スベキモノデナク、*K*ノ立場カラ決定スベキモノトノ立場デ
 アル。

日本デハ田中先生ガ之デ、先生ニヨルト法律關係ノ性質決定ハ純
 粹ニ*K*ノ問題デアリ、ソレ自体一ノ解釈問題トスルト*K*ノ包含スル
 概念ハ*K*自体ガ決定スベク、ソハ內國法ハ勿論外國法ノ實質法ニハ
 關係ナキ超然タル世界法ノ問題デアル、無制限ナル實質法ノ共通ナ

分母ガクデアルカラ、ソノ分子ハ全然異ル概念デアアル。
 ソレハ何レカノ國ノ實質法ニ、ミ存スルモノ、ゴハナリ、超國家的
 立場ニヨリテノミ解決セラルベク、之ニ世界法學ノ確立及ビ國際協
 定ノ成立ニ俟タネバナラス、カリテ法律關係ノ性質決定ハ實際ノ所
 存在ノ余地ナキコト、ナル。要スルニ何レカノ實質法ニヨルトイフ
 立場ヲ否定スルノデアアル。カ、ル立場ハ独乙ノ *Rabel* ニヨリテモ
 主張サレタ。

彼ハ國內法キラ抵触規定ヲ解放スベキモノトシ國內的規範ヲ脱ス
 ベシトシクハ自足的デアリ、包括的デアアル。クハ法定地法ソノ他何
 レカノ國ノ實質法ニヨリ制限セラレルベカラズ自己自身ニヨル。独
 こ民権ニ十七條ノ法權トハ何レカノ國ノ概念デハナイ、自由ニ外國
 法ヲ比較シ得ル限り比較法ヲ利用スベキデアルトナス、之ハ田中先
 生同様、人自体ノ問題トシソレニ就テ比較法的方法ニヨルト云フ事
 ヲ云ツテキルノデアアル。

尚之ヲ詳論スルハ久保若水郎氏デ結局ニ二說同様ニ何レカノ實質
 法モヨク決定スルヲ否トスル、即チ海外法律關係ニ準據法ヲ指定ス
 ルニ當ツテハ如何ナル性質ヲ有スルカラアル法律ヲ基準トシテ決定
 スル、之ヲ間接(上位)性質決定ト云ヒ、之ニヨリ問題トナル海外
 法律關係ノ性質ガ定ル時ハソノ準據法モ亦定ル、故ニ實質法ノ概念
 ニヨリ海外的法律關係ガ如何ナル性質カ決定スル、之ヲ直接(下位)
 性質決定ト云ヒ、問題トナルノミデアアル。

要スルニ *Qualification* ノ問題ハク適用ノ前提問題デアアル、之ガ
 定リ、準據法ガ定リソシテ法律如何ヲ如何ニ規律スベキカ、定ルト
 云フ事ニナルノデアアル、然ラバソレハ訴訟地ノ人ノ解釈問題デアアル、
 ソレハ內國實質法ノ概念ノミナラス內國實質法ノ概念モ無視シ得ヌ、
 之ヲ極端ニ捨テル事モ包含スル事モ不可デアアル、コノ一般化ト包攝
 化ノ限度ハクノ規定ノ解釈、内外ノ關係ニ於テ決スル、即チ結局
 コノ問題ハクノ規定適用ノ前提問題デアリ、何レカノ實質法ニヨリ

決定スベキニ非ザルトナス。田中先生ト同様ダガ實際上如何ニ定ムベキカハ *lex ferre*、法律概念ガ参考ニナツテ定ムラルベキモノトナス。自ラ之ヲ新訴訟法説トナシテキル。根不ハ跡部博士ト同ジ考デアルト云ハル。

四、問題ノ解決

- (1) 法英地法説ノ解決
- (2) 準據法説ノ批判
- (3) 抵触規定上ノ概念、實質法上ノ概念ヨリノ独立
- (4) 法律關係ノ性質決定ノ問題ハ結局抵触規定ノ解釈問題
- (5) 問題自体ノ否定

然ラバドノ説ガ正シイカト云フニ、コノ問題ヲ何レカノ實質法ニヨリ決定スル事ヲ否定スル立場ガ正シイ。Kヲ用ヒラレテキル法律上ノ概念ガ何ヲ意味スルカノ問題即チKノ規定自体ノ解釈問題ニ外ナラヌカラ何レカノ實質法ニヨリ定ムベキ問題デハナクK自体ガ何ラ

ノ意味ヲ有スル訳デモ又何處カノ實質法ニヨリ能力ヲ定ムベキ問題デハナイ。

Kト實質法トハ平面ヲ異ニスルカラKノ規定日本ヲ何レカノ實質法ニヨリ決定スル事ハ意味ヲナサヌ。K自体ガ意味ヲ有スル。

抑々何レノ法律ニヨルカノ時ニ何レカノ實質法ト云フト解スルハ誤デ、結局問題自身ハ成立ヒズ、普通ノ解釈問題デアアル。

デハ何故カハル問題ガ生ジタクト云フト恐ラク余リニK的ナ考カラ生レタノデアラウ、*Lawberg*ハ法律關係ノ根據ヲ発見スルノガKデアルト云ツタノニ対シ、之ハ實ハ循環論法デアアル。法律關係ヲ定メル、ニ他ノ法律關係ニヨルト云フノハ循環論法ニナルガ、カ、ル点カラコノ問題モ矢張りKニ用ヒラレテキル。何レノ法律ニヨリ定メルカト云フ余リニK的ナ概念カラ生レタモノト云ハル。

結局之ハKノ規定自体ノ解釈問題ニ過ギヌ。能力ハ本國法ニヨルベシト云フ時ノ能力トハ規定自体ノ解釈問題デアリ、何レカノ實



質法ニヨリ決定サルベキ事デナク、實質法ト全ク違ツタ國際私法カ
ラ決定サルベキ事デナク、*Qualifications*、抑々問題自体ガ成立タナイト考
ル、田中先生ヤ *Rabel*、結局コノ考デ何レカノ實質法カラク上ノ
問題ヲ決定スル事ハ不可ト云フ事ニナリ之ガ一番正當デアル、唯久
保氏ノ云フ様ニ何レカノ法ニヨル事ヲ否定シテラ、*Lee Javis* ニヨ
ルトナスハ言葉自体ハ奇妙ダガ根本ハ正シイ、要スルニコウ考ヘル
ト極メテ普通ノ問題デ *Burton* ガ余リニク約ナ考ニ煩ハサレテ特別
+ 問題ヲ提出シタノガ誤デアリ、ソコニ問題發生ノ理由ガアル、
以上デ大体總論ヲ了ス、次ニ各論ニ入ル、

以上 總論之部 終り

¥2.50

昭和十三年九月十日印刷
昭和十三年九月十五日發行

編輯人 中 川 澈

發行人 坂 井 十 二 郎

印刷所 帝大プリント聯盟印刷部

發行所 「帝大プリント聯盟」

不許
複製

東京市本郷區板橋町七十四番地
電話 東京一三三五七七番