HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際私法の基礎理論（７）
Author(s)	ノイハウス, パウル・ハインリッヒ; 櫻田, 嘉章//訳
Citation	北大法学論集, 34(3-4), 229-282
Issue Date	1984-03-09
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16444
Type	bulletin (article)
File Information	34(3-4)_p229-282.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

〈翻訳〉

パウル・ハインリッヒ・ノイハウス著

「国際私法の基礎理論」第二版（七）

櫻田嘉章

目次

第一章　基本観念
第一節　国際私法（概念、特質、名称）（以上第三〇巻二号）
第二節　統一法
第三節　決定法と指定法（以上第三〇巻三号）
第四節　国際私法の問題の把え方
第五節　国際私法における正義
第六節　判決の調和（以上第三三巻五号）
第七節　法廷地法―自国法志向
第八節　国際法（以上第三三巻六号）
第九節　比較法

第一〇節　歴史
第二章　牴触規定の構成要件
第一一節　牴触規定
第一二節　類型化か個別化か（以上第三四巻一号）
第一三節　性質決定
第一四節　性質決定の対象
第一五節　性質決定の準拠法（以上第三四巻二号）
第一六節　部分問題—先行問題
第一七節　方式と実質
第三章　連結総説
第一八節　連結素
第一九節　累積
第二〇節　連結の公理
第二一節　既得権の保護
第二二節　Favor negotii—保護原則
第二三節　属地性
第二四節　特徴的内容の法（以上本号）

第一六節　部分問題—先行問題

I　牴触法上ある法問題の本質的構成部分の判断の問題を**部分問題**と呼ぶことができる。[382] その構成部分が当該の制度に特殊なものであれ（たとえば不法行為に対する不法行為能力）、或いは若干の法問題について共通の規律をうけるものであれ（たとえば債権的又は物権的法律行為に対する行為能力）そうである。

勿論部分問題という概念をより広く把え、個別の法制度の代りにより大きな法的複合から出発し、従ってたとえば包括的な法領域の

内部において遺言能力或いは相続人の責任の制限が部分問題として現れ、また婚姻法においては外国離婚の許容性が部分問題として現れることがある。結局――牴触法の他の諸問題におけると同様に――法秩序の代わりに具体的生活関係から出発し、ある渉外的事実関係の個別的側面を部分問題と呼ぶこともできる。たとえばある子供の家族法的状況の複合問題全体の内部における子の母に対する関係がそうである。

このような理解の相違は本質的なものではない。重要なのは部分問題がそれが属している全体から通常は分離されるべきではないという考え方である。[383] そうでないとつじつまの合わない結論が生じるからである。ある法問題やより大きな法的複合、実に私法全体の構成部分もまたしばしば相互に調整されているのであり、個別事案において直ちにあれこれの個所が他の法秩序の対応する法制でもって置き換えられうるものではない。方式と実質、法律行為の前提要件と効力、また個々の効力相互も、しかも私法秩序の相異なる部分さえもが――たとえば契約法と不法行為法、債権法と物権法――、相異なる法秩序の断片が同一事案へ適用されることとなれば容易に失われうる一つの内的な意味連関をしばしば有しているからである。（夫婦財産制と相続法の連関に関する前掲第一五節Ⅲ最終段落参照。）特に本質的な個別部分（Einzelheiten）の分割によって生じるある概念の空洞化を警戒しなければならない。かくて外国で創設された身分の承認は、その身分自体とその効力を峻別してしまえば内容の乏しい空文となってしまうであろう。[384]

たとえば他地においてその地の法に従い有効に締結された婚姻の存続を「身分」[385]と承認することはたしかに問題ではないであろうが、合衆国の南部で北部や外国で締結された人種間混合婚に対して最近まで明らかに行われていたように、[386] 夫婦の共同生活を本質的でなく「付随事件（incident）」として禁止するようなことは問題であろう。ドグマティックにみれば一層グロテスクだが実際上はまだしも認容しうるのが「分割しうる離婚」（婚姻の分割性）の概念である。即ち隣接州のある種の離婚の承認（つまり実際上は再婚の許容性）が「身分」についてはたしかに認められるが、個別的効力、即ち配偶者に対する扶養義務については認められないのである。[387]――他方ではそれから生ずる多くの法律関係にとって新しい婚姻の締結があまりに重要であるので第一の婚姻の離婚準拠法が再婚者の属人法と異っている場合には新たな婚姻の許容性を常にその離婚準拠法によらしめることはできない。[388]

例えばソビエト・ロシア人とフランス人女との婚姻においては妻はその法により夫に対して共同生活の義務を負うが、夫はその本国法によれば妻に対してそのような義務を負わない場合や、フランス

人夫とドイツ人妻のドイツで作成された共同遺言が夫を拘束しないが妻は拘束する場合、また相異なる国籍を有する兄弟の間において姉妹はその兄弟を扶養しなければならないが兄弟はその姉妹を扶養するに及ばない場合等においては、[389] 相互的法律関係の意味連関の破壊という危険も存在している。他方では例えば債務関係とそれに付従する担保権が相異なる法秩序に従い判断され、ある準拠法によればたとえばもとの債権者が、他の準拠法上は権利承継者がその債務者を訴えるというような場合には重複請求の惧れがある。

ドイツの判例は、そのような考慮にふれることなく理論的には相互的法関係の分割をかたくなに維持している。債務契約において現実または仮定的な当事者意思が何ら統一的契約準拠法を指定していない場合には、各当事者の義務については履行地（即ちその住所地又は営業所）の法によるべきものとされ、婚約や扶養関係において[390] はしかも常に各被告の本国法によるべきものとされている。これは精神的な惰性に基づくものというよりはむしろ一般的に方針を決することへの嫌悪によるのであり、ことにこのようにして法廷地法の適用がより頻繁に達成されるからである（後掲第三〇節Ⅱ3参照）。

部分問題への分割の対極をなすのが一見（prima facie）独立している問題を隣接制度の法に服せしめることである。

そのような**関連性に従った連結**の例をなすのが、破産外における債権者の取消（Gläubigeranfechtung）である。即ちその満足の為に取消が主張される実質的請求権の準拠法にその取消権は服するのである。[391]

(382) かように SERICK, Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im IPR: RabelsZ 18 (1953) 633 ff.

(383) その場合には特別の抵触規定の定立による分割（たとえば行為能力について民施法第七条により、法律行為の方式について同第一一条によるように）が生ずるか、また分離された連結により唯一つの抵触規定の中で生ずるか（たとえば各婚約者の婚姻能力等に関しての第一三条第一項におけるように）は無関係である。NIEDERER, Einführung（前出注（276））は第一の場合に外生的（exogen）分割、第二の場合には内生的（endogen）分割といっている。ごく小部分だけが分割され、或いは生活関係がいわば二分されるか否かもほとんど問題ではない。

(384) JOCHEM, FamRZ 1975, 302:「効力のないところには身分もない。同時に効力が承認されないのであればある身分の承認は単なるリップ・サービスにすぎない。」を参照。ともかく WÄCHTER（前出注(272)）175ff. は「昔の学派」を援用して、「法的特性自体とそこから生ずる法的効力」で「たとえば貴族、成年等の人の若干の特性」に関するものの区別を知っていた。

(385) 英語の概念 „status“ については後掲第二六節冒頭をみよ。

(386) LEFLAR（前出注(110)）530:「共同生活の権利は婚姻身分に通常付随するものであるが、必須のものとはいえない」、をみ

よ。恐らくこのようにして隣接諸国の婚姻締結の明白な不承認を避け、そのような婚姻の当事者が常にその婚姻から生ずる彼らの財産法上の請求権に手をつけないでおくようにしようとしたのであった。

(387) たとえば *Vanderbilt v. Vanderbilt*, 147 N. Y. S. 2d 125 (1st Dep., 1955), U. S. 416(1957) を見よ。このようにして離婚判決中に既に留保されているわけではない扶養請求権が離婚後もはや主張されえないという原則を回避するのである。それに対して配偶者の数回の婚姻行為の後にはある離婚は「いくつかのうちの一つ」の婚姻だけを解消するにすぎないという意味で何ら部分的な離婚が存在するものではない。AG Lüneburg 27. 10. 1955, IPRspr. 1954-55 Nr. 193, 並びに *Thymme v. Thymme*, [1955] p.272 (離婚のディクリーは婚姻身分を解消するのであって婚姻儀式をではない) を参照。

(388) 例えば OLG Hamm 5.10.1972, IPRspr. 1972 Nr.44 (これに対する憲法抗告は BVerfG 23.1.1973 の決定, RabelsZ 37 [1973] 566f. により拒否された) 及び OLG Hamm 10.8.1973, IPRspr. 1973 Nr. 36 (両判決とも更に引用を伴う)、即ちイタリア人夫がドイツ人妻と民施法第一七条第三項によりドイツ法に従って離婚した場合に、イタリアの婚姻能力証明書の提出の免除がなかった。後出注(959)をもみよ。

(389) 兄弟間扶養については後掲第四七節Ⅲ半ばをみよ。婚約者の相互の義務については後掲第二四節Ⅱ5をみよ。

(390) KARL F. KREUZER, Das IPR des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung (1964) 285 によれば結論において司法は、「いかなる判決においても……二つの法を統一的契約関係へ適用することを認めていない。ほぼ四〇年前からドイツ判例上は、IKR [Internationales Kaufrecht (国際売買法)] についてもはやそのような事例は存在していない。」

(391) FRAGISTAS, RabelsZ 12 (1938-39) 457. M. WOLFF, IPR 170 も同旨。同じことが民法第四一九条による財産引受人の責任についてもいえるのであろうか。

Ⅱ 部分問題の形成と区別すべきなのが、法概念上において相互に類縁関係にあるにすぎない**様々な生活関係**に対する抵触法上の問題提起の**精緻化**である。かくて今世紀初頭以来契約準拠法の確定に際しては契約類型に従って精緻化しようと努力されてきた。[392] 五十年代以来論議は不法行為の特別の類型や個別事案の特別の事情を斟酌しながら不法行為の準拠法をそれに応じて緩めてゆくことをめぐって行われてきた。[393]

正当な精緻化と部分問題の望ましからざる形成の区別は、勿論一連の生活関係相互がより緩やかな結合にある場合、特に家族・相続法の分野においては問題である。蓋し、婚姻の締結、婚姻の人的または夫婦財産的な効果、子の血統、両親の子に対する関係、離婚、相続——これら全てが相互に何らかに関連しているが、それでもや

はり人間の揺りかごから墓場までの全ての人的または家族的法律関係、或いは家族全体の全法律関係をしも常に同一の法に服せしめることはできないのである。[394] 既得権の保護の要求といえどもその点を何ら変更するものではない。全ての分離して連結されるべき問題の解決に際してドイツ法秩序にとって有効に成立した法律関係の**存在**から出発することがどの範囲で可能かは後に検討すべきことになる（第四六節　先決問題をみよ）。

(392) Vgl. MAKAROV, Die Resolution des „Institut de Droit international" über das internationale Obligationenrecht von 1908 und deren Einfluß auf die nationalen Kodifikationen des Kollisionsrechts, in: Fs. Lewald（前出注(379)）299ff.

(393) 後掲第三〇節Ⅲ2をみよ。

(394) Vgl. FRHR. von Schwind, Von der Zersplitterung des Privatrechts durch das IPR und ihrer Bekämpfung: RabelsZ 23(1958)449(454-456).

Ⅲ　詳細に立ち入るまでもなく、**部分問題の取り扱い**については**三つの指針**を立てることができる。

1　部分問題の特別連結の**一般的禁止**やそのような連結に関する制定法規定をできる限り狭く解釈すべしという単なる要請であっても、それは**立法論としても決して**正当化することはできない。個別連結の数につれて判決調和にリスクが増大するという指摘もまた功を奏することはない。ここでは他の場合と同様に判決調和の理想は単純化されてはならないのである。一般的行為能力に対する古くから認められた特別連結（それは各々の法律行為のしばしば自ら選択された準拠法によるのではなく、第一に行為者の人によるのである。即ち民施法第七条）、法律行為の方式に対するそれ（後掲第一七節をみよ）は、ある法律関係又は生活関係の一つかつ唯一の法による統一的判断が必ずしも常に最も高い観点であるというわけではないことを明らかに示している。むしろ部分問題をそれに適切な法秩序に従って特別に判断することが事情によっては正当なのであろう。[395]

明文の制定法規がない場合の部分問題の正当な分割の一例を供しているのが国家政策又は経済政策上の根拠を有する履行禁止や債務関係に対する類似の侵害規定の特別の連結である（前掲第四節Ⅱをみよ）。通常の債務法とそれを同視することは実務上再三その誤りであることが示されてきており、従って法学が固有の連結の必要性を明らかにするに至るまで公序の留保条項の頻繁な適用をもたらしたのであった。

しかしながら部分問題の特別連結に対しては自制がふさわしいの

であり、従って各場合に論点の精緻化によりより大きな連関が不必要に破壊されないかを慎重に検討しなければならないのである。[396]

うまくゆかなかった寸断のひどい例をなすのが一九六一年一〇月五日のハーグ未成年者保護条約の保護的措置（第一条）と法律上当然生ずる権限関係（第三条）の区別である。これは最もむずかしい限界画定問題をもたらし（監護権の制定法による規制と並んで補完的又は修正的な裁判所の措置が考慮される場合にはそうである）[397]、従って規範欠缺をもたらす（たとえばドイツで生活しているトルコ人非嫡出子に対しては第一条第二条により準拠されるドイツ法は単に法律上の一監護権を、第三条により準拠されるトルコ法は裁判所により認められた一監護権を定めているにすぎないので）。[398]

2　時には部分問題の特有性に鑑みて望ましいと思われる特別連結と他の諸問題との関連性を守るのに役立つある一般的準拠法への服従の間の**妥協が推奨される。**

a　そのような妥協としてはまず**極めて類似した連結の選択**があげられる。

かくて民施法第二一条は非嫡出子の父のその子と母に対する義務を、また第二〇条は母子関係を母の国籍へ連結している。その唯一の相違は、第二一条が子の出生時点を不変更的に規準としていることである。ラーベ（RAAPE）はここで「関連性の原則（Prinzip des Zusammenhangs）」、「附随的連結（eine akzessorische Anknüpfung）」を語っている。[399]

b　今一つの可能性は**二段階連結**である。[400]即ちある個別問題、例えば死因処分の行為や取消しの有効性や相続人の責任の制限について、まず上位の主要準拠法が確定される（上例では即ち相続準拠法である――第一段階の、又は主要な連結）。それから主要準拠法として具体的に内国法が管轄を有するという事案に対してのみ特別連結が定められる（第一の例においては例えば行為に際しては被相続人の本国法が、第二の例においては住所地法がそれである。民施法第二四条第三項第一号又は第二四条第二項参照。――第二段階の、又は条件付連結）。それに対して主要準拠法が外国法の場合は、同様の規律がなされるかはその外国の牴触法に委ねられている（場合によっては民施法第二七条による反致又は転致としてそれが顧慮されるべきかは、後掲第三五節をみよ）。同様に民施法第七条第二項はドイツ人についてのみ、つまり行為能力の「主要準拠法」がドイツ法である場合についてだけ以前に他の主要準拠法上取得された成年が失われることはないと定めている。ラーベは正当にも第七条第二項と第二四条第三項から「立法者は……新しい主要準拠法に先回りをすべきではない」という教訓を引き出している。[401]

二段階の規定は「消極的に一方的な」抵触規定であり、それは積極的に一方的な抵触規定と反対に内国法秩序だけの管轄権ではなく、専ら他国法秩序の管轄権を確定するのであり、同様の事案に対する内国の管轄権の確定をその外国抵触法に委ねている。いわゆる排他的規定（一般化のできない積極的に一方的な抵触規定、前掲第一一節Ⅲ1をみよ）がある内国関連性の存在する場合に部分問題に対して内国法の利益のために一次的に準拠される外国法を様々に排除するのに対して――例えば行為能力に関する民施法第七条第三項、婚姻締結の方式に関する第一三条第三項、婚姻財産制の詳細に関する第一六条――、ここでは逆にある外国関連性の存在する場合には外国法に有利に第一に準拠される内国法が排除されるのである。

3　抵触法がある統一的生活関係をいくつかの部分問題に分解する場合には、その抵触法はその解答の間の**正当な結合**（richtige Zusammenfügung）についても配慮しなければならない。

例えば法交通への未成年者の参加についてその者自らの行為が行為能力の準拠法により判断されるのに対して、その両親又は養親の行為が親子関係の準拠法又は養子縁組の準拠法により、後見人の行為が後見の準拠法による場合には、その抵触法は、たとえば未成年者の名において三人の異なる者があらわれるということがないように、これら三つの準拠法がどのような順序で現われるべきかを定めなければならないのである。[402] 或いはある債務関係の更改が既存の債務関係の取消しと新しいそれの設定に抵触法上分解される場合には、その抵触法は、旧債務関係の取消しが新債務関係の設定なしには行われず、逆もまた同様であることを定めることによって、両準拠法間の結合を生み出さなければならない。同様に次のような場合にはもし統一的連結がもたらされないのであれば二つの準拠法の適用の順序を確定しなければならない。即ち、ある死者の財産の夫婦財産法上のと相続法上の分割の関係について（前掲第一五節Ⅲ最終段落参照）、国庫の相続権と復帰権の関係、婚外子の支払義務ある父の扶養義務と「身分的効果をもって」確定された父のそれとの関係、又は実親の扶養義務と養親のそれとの関係にそれがいえる。

(395)　GAMILLSHEG, Int. ArbeitsR 113 は、方式と行為能力の分割については何ら強行的必要性が存在しない旨述べているが、それは労働契約について述べているにすぎない（方式について前掲書九九頁参照）。

(396)　相異なる問題とされる法秩序が同一の普通法の土台の上にあり、従って、相異なるヨーロッパ法秩序の組み合わせの場合にはそれが容易に認められるように体系の相違による緊張をほとんど危惧するに及ばないような諸国においては、このような心配はそれほど必要ではない。たとえばアメリカの第二リステートメントの第一五六―一六四節、又は第一九八―二〇七節における不法行為法と契約法における大部分の分離して連結される部分問題（「争点分割」（„issuesplitting“））参照。

(397)　たとえば子の引渡しについて KROPHOLLER, FamRZ

1972, 516f. をみよ。

(398) IPG 1973 Nr.24 (Hamburg G 166/73) S. 231 f.

(399) RAAPE, IPR 43 bzw. 361. FRAGISTAS（前出注(391)）は同一の連結の場合について第一の表現を用いている（a. a. O. N. 1）。

(400) 以下の本文とは別の意味で「二段階」又は「段階的」連結を語っているのが TRENK-HINTERBERGER, NJW 1973, 1560 であり、彼は債権者に有利な二者択一的連結を指しているのである。

(401) RAAPE, IPR 35. ――ドイツ国際私法委員会の家族法部会は、ドイツ法が婚姻の効力の準拠法である場合には「新しい婚姻の準拠法のみが外国の夫婦財産契約の維持自体をも定めうる」という理由で旧夫婦財産契約の存続を推奨している（Vorschläge…Eherecht 23）。

(402) 民施法第二三条は、外国人に対する後見については、「その外国人が〔属している〕国の法律に従って監護を必要とする」ことだけを前提としており、両親の一方のそれとは異なる本国法上生じうる親権を考慮していないので極めて不完全にこれを定めている。たとえばブラジルで生れ育ったのでブラジル国籍のみを有するアルゼンチン人両親の嫡出子を想い浮べてみよ。両親の一方が死亡し他方が二年以上の懲役の有罪判決をうけた場合ブラジル人の子の本国法上は（民法第三九四条／第四〇六条）親権不存在の為に監護の必要性が生じるが、アルゼンチンの親子関係準拠法によれば三年以上の懲役刑をもってはじめて親権にふれることとされている（民法第三〇八条／刑法第一二条参照）。勿論第一九条による親子関係の準拠法の参酌は、そのような場合を明らかに考えていない第二三条の文言に優先する。

Ⅳ 論理的に併存している部分問題に対してメルヒオール（MELCHIOR）[403]により「主要問題の部分」と呼ばれ、ヨッヘム（JOCHEM）[404]により適切にも「**先行問題**（Erstfrage）」と呼ばれた現象は先決の問題であり、しかも抵触法上の連結に際して生ずるそれである。先行問題は抵触規定の構成要件中に前提されている法律関係である。

かくて配偶者の人的法関係（民施法第一四条）、婚姻財産法（第一五条）、離婚（第一七条）の問題は婚姻の存在を前提しており、子の嫡出性の問題もその場合に「母の配偶者」の国籍へ連結される場合には同様である。更に嫡出子や非嫡出子の法的地位の問題については（民施法第一九条―第二二条）嫡出たることの確定（血統、準正又は養子縁組による）又はその瑕疵の確定を前提としている。そのような先決的問題のそれ以外の例をなしているのが[405]、非債弁済返還請求権（condictio indebiti）についての支払い済の債務の不存在、不法行為に基づく損害賠償や不作為請求権についての原告による侵害されたと申立てられている権利の保持である。最後に相続は死亡又は死亡・失踪宣告を前提している。

これらの先行問題は、主要問題に準拠される実質法の適用に際し

て主要問題の抵触法的連結の行われた**後になって**初めて出現するメルヒオールとヴェングラーによってかく呼ばれた先決問題としばしば混同される（この点について後掲第四六節先決問題）。確かに先行問題が存在するか否かは時には単なる定式化の問題として現われる。例えば「残存配偶者」の相続権を問題とすれば、婚姻の存在が前提とされ、「後の婚姻締結による」子の準正の問題についても同様である。それに対してこれらの場合にドイツ民施法について端的に内国人又は外国人の相続（第二四条以下）又は非嫡出子の準正を問題とすれば（第二二条）、婚姻の存在にこの場合重要性を認めようとするか（先決問題）否かは、実質準拠相続・準正法に委ねられている。他方では民施法に反して例えば子のその母への関係は嫡出又は非嫡出の子としてのその身分の事前の検討ぬきで常に統一的に連結されることもあるのであって、従って嫡出性は先行問題というより先決問題たりうるであろう。

しかし仔細にみればここでもやはり実質的問題に関わっている。即ちある法問題のうちのどの要素が極めて重要かつ独立のものであり従って抵触法的連結に際して既に解明されなければならないのであろうか。個々的には二つのグループの先行問題が区別されるべきである。**通常の先行問題**は統一的構成要件からとり出され、論理的又は実際的な理由から予め連結され解決される、たとえば婚姻効果や離婚に際しての婚姻の存在の問題、非債弁済返還請求権についての債務の不存在のようなものである。それに対して**精緻化の先行問題**（die differenzierende Erstfrage）――と私が名付けたいのだが――は、二つの類縁的構成要件類型が相互に区別され各々別様に連結されうるようにする為に取り入れられる。たとえば嫡出子と非嫡出子の法律関係（第一九条又は第二〇条以下）、あるいは結婚している母又は結婚していない母の子の嫡出性（第一八条は第一のグループのみを対象としている）[406]、婚姻準正と他の方法による準正（この区別を第二二条は正当にも行って**いない**）、結婚している者の相続と結婚していない者のそれ（前出注（379）末参照）。

通常の先行問題も精緻化のそれも主要問題の連結の為に適用される同一の抵触法の基準によりそれぞれ答えが与えられうる。しかし通例は他の抵触規定が利用されるべきであり（上述の全ての事例における婚姻の存在に対して民施法第一三条、子の嫡出性に対して嫡出性に関する第一八条又は準正と養子縁組に関する第二二条）、例外的には同一抵触規定が二度用いられる（例えばその取得が疑わしい場合における所有権に基づく訴えについて）。

結局部分問題、先行問題も国際私法の単に技術的内容だけではなくて実質法的内容を示している。ここで持ち出された問題には「適応」（後掲第四七節）の節で他の観点の下で立ち戻ることにしたい。

(403) MELCHIOR, Die Grundfragen des deutschen IPR (1932) 259.

(404) JOCHEM, FamRZ 1964, 393f.

(405) MELCHIOR (前出注(403)) 259f. がこれらの例を示している。

(406) 結婚していない母の子供達に嫡出で出生した子の身分が直ちに認められえないか——かく BGH 22.2.1965, BGHZ 43, 213 (219) = IPRspr. 1964-65 Nr. 81b (S. 269)——、或いは例えば婚約者間の子、死後に婚姻した者の子やイスラム法上認められた子が第一八条の類推適用によって母の仮定的夫の本国法に従って嫡出とされうるか (NEUHAUS, FamRZ 1965, 542f. und 1966, 146f. をみよ) はここではおいておこう。この点については第四六節Ⅱ注(957)参照。

第一七節 方式と実質

部分問題の分割の実際上最も重要な例が、法律行為の方式の特別の連結である。古い原則「場所は行為を支配する」——即ち場所の法の準拠性 (Maßgeblichkeit) ——は、法律行為についてそれ以外については締結地の法ではなく履行地法又は関係者の属人法或いはその者により選ばれたか幾多の者により合意された法による場合であったとしても、行為の方式については世界のほぼいずこにおいても少くとも二者択一的には適用される。

Ⅰ 方式の特別連結はその**根拠** (Rechtfertigung) を取引の便宜 (Verkehrserleichterung) という考え方に見出している。即ち官庁又は公職者 (Amtsperson) の関与が問題とされる限りでは、この者はその自らの、場所の法の規定に従って活動するのが常である。しかしまた行為者はその他の点においても土地の習慣に従ってよい。なぜならその者には効果法の方式規定を調査するのがしばしば困難だからである。特にその場所の法が単に別の方式要件を課しているのではなくより軽微なそれを課しているにすぎないような場合には、効果法の方式を放棄することは、方式と実質の自然な関連性においては相当の譲歩 (Konzession) を意味している。この「法の厳格さ」の緩和は、無効な法律行為の数があまりに多くならないようにいわば国際的法交通の特別の困難と術策に対する調整 (Ausgleich) として行われるのである。争われているのは方式の特別連結が実質的に準拠される法秩序の意思に反してもなされるべきかという問題である。ドイツにおいてもこれは現行法上は肯定されるべきである。しかし立法論としては場所の法の承認が効果法との判決不調和に常にひきあうものか否かが問われねばならないであろう。

Ⅱ 民施法第一一条第一項第二号の**法文** (Formulierung) ——「但しその法律行為の為されたる場所の法律の遵守で足る」——は、単なる補充的な場所の法の妥当性を強調しているのでいささか教科

書的響きを有しており、歴史的には場所は行為を支配するの原則を「一般的立場から」認められるべき効力の準拠法の妥当性に対する「単なる優遇と便宜」であると明言しているサヴィニーの尾をひいた影響から恐らく説明することができよう。[407] その法は何故単純に――一九七一年のオーストリア草案[408]の第七条のように――効果法（Wirkungsstatut）と行為地法の二者択一的適用を定めなかったのであろうか。ともかく採用された法文は、その場所の法がその方式規定の事実上の遵守に際してのみ適用され、それに反して両方式の不遵守（Verfehlung）の効果（その場合にその行為全部又は一部の無効が生じるのか、単に弱められた妥当性を有したりそれ以外のサンクションが生ずるのか）はいずれにしろ効果法に従って判断されるということに手掛りを与えるのである。[409]

(407) SAVIGNY 358 bzw. 349.

(408) 原文は Z. f. Rvgl. 12(1971)161ff. この点につき NEUHAUS, ebd. 13 (1972) 81 (84)。

(409) RAAPE, IPR, 218:「……効力の準拠法から必要以上に離れるべきではない」参照。

Ⅲ　方式概念の**限界画定**はしばしば困難である。

目的論的解釈を誇張すれば次のようにもいえるであろう。即ち「方式とは場所の法に服しえかつ服すべき全てでありまたそれに限る」と。しかしそうすると即座にこの価値決定がどのような立場から下されるべきかという疑問、即ち各々のその法廷地からか（国際的判決調和の負担において）、あるいは効果法からか（交通の犠牲の上に最も要求度の高い法秩序の優遇をもたらす）ということが問題となる。従って内国の法的安定性と国際的判決の一致のために通常の「方式」の用語から出発すべきである。[410] 実際的考慮からする修正は留保される（後述Ⅳ）。

消極的には恐らく次のことがいえよう。即ち

1　いずれにしろ方式と実質の限界画定は両概念の**相互の衡量**の方法で行われるべきではない。蓋し実質の概念は積極的に定義しうるものではなく消去法的に方式の方から定められうるにすぎないからである。即ち動産たるべきものは不動産でない全てでありそれに限られるのであり、[411] 親権でないもののみが後見とされるように、[412] ある法律行為の実質と方式の関係においては方式の概念が論理的な優位を保っている、いわば権限管轄権（Kompetenzkompetenz）を有しているのである。

2　**ある法律行為がそもそも**必要とされているのか、またそれで足るのか、或いは高権的行為が要求されているのかという問題は、「法律行為の方式」には属さない。たしかに養子縁組が裁判所により確認された契約によるか、或いは直接に裁判所の決定により行わ

れるのか、別居や離婚がそれを登録するにすぎない戸籍吏の面前での宣言（Erklärung）によるのか、或いは恐らく共同の申立てにより下され**なければならない**ような裁判所の決定によりなされるのか、法人が契約と登録で成立するのか又はある文書の付与によるのかは、重大な実質的差違を伴わない単なる形式にすぎないものと見えるかもしれない。しかしそれらは場所は行為を支配するの原則の意味における方式問題とは表示者がそれぞれ異っているが故にもはやいえないのである。

3　ある規定を方式規定とする性質決定は実質法上の**立法者の意図**（ein Motiv des Gesetzgebers）によって不可能となるものではない。蓋し、大ていの方式規定は、単に後日の証明の確保や明確化に奉仕する規定を除けば、実質的意図を有しているからである。特に不正な圧力（Beeinflussung）からの表示者の自由な意思形成の保護や性急さからの保護は方式規定のための典型的な意図であり、禁止された法律行為の防止も同様である。[413] 明示の、書面による、自筆証書による、公的な、高度に人的な表示の定めは大ていこれらの理由のうちのいずれかによりなされているのである。[414]

4　確かに客観的な観察者においては一方の他方による**圧力を考えさせる方式**、たとえば遺言作成の共同性は常になお方式とみなされるべきであろう。個別的事案における意思の自由又は不自由の実際の程度についてはそれによっては何もふれられておらず、同様に口頭や私署証書による又は公的な表示行為の間の違いはその実際の慎重さの程度について何も述べてはいないのである。

5　特定の方式が関係者にある種の**実質的な観念**をよびおこす（たとえば共同遺言は相互拘束を思わせる）という事実も、単なる方式としてのその性格を何ら変更するものではない。民衆の観念においてはしばしばどのような口頭による合意も書面によるそれより法的拘束力の弱いものだと考えられているということを想起されたい。即ち関係者が方式と実質を明確に区別する術をわきまえておらず、従って場所の法の諸方式において意思表示を行うに際して今や実質法上も当該の法の効力が生じるべきであると考える場合にも、それは方式と実質の区別をなくしてしまったのではない。

6　ある法律行為の方式が表示された意思の有効性又は無効性（Ungültigkeit）を例外的に左右するのみならず、**その実質の変更**を行い、従って表示された意思の実現のために同様に充分なその他の方式においてその者がその表示行為を行ったであろう場合とは異る効力が発生するような場合においても――そのような「性質決定する方式」の場合においても方式と実質は分離されうるのである。

例えばドイツ人夫婦がオーストリアにおいてその地に妥当する個別的にはドイツ法とは異なる方式規定に従って作成したその共同遺言に対してどのドイツ人裁判官もちゅうちょすることなくその拘束

力については民法第二二七〇条以下を適用し、例えば一般民法第一二四八条第二段を適用したりはしないのである。同様にオーストリア人によってドイツにおいてドイツの方式で締結された夫婦財産契約[415]の効力はオーストリア法に従って判断されてきたのである。

今一つの例、即ち、ドミニカ共和国法に従えばカトリック夫婦の教会による婚姻が後日の民法による離婚を放棄することを内包している場合には[416]（任意的に可能である戸籍吏による婚姻締結を行った後にはその離婚がなされうるのであるが）、その地で結婚するドイツ人当事者にとっては教会による婚姻締結のこの**実質**法上の効力だけが生じないのである。蓋しドイツ人はドイツの離婚法に服しているからである（民施法第一七条）。それに対して**方式**としての教会による婚姻締結はドイツ人当事者にも認められている。他方ではドミニカの当事者にとっては、（その地で同様に任意的に許されている）教会による婚姻締結が離婚法に対して何らの意味をも有していない英国のような国でその婚姻が行われた場合においても教会による婚姻はそれに認められた効力を有することになろう。

(410) 婚姻の前提要件についての多かれ少かれ強行的性格又はそれに属しているサンクションに応じての実質又は方式との性質決定に反対するのが PÅLSSON, Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws I (Leiden 1974) 322 f.

(411) 前掲第一五節Ⅱ1の注（358）のところを参照。

(412) たとえば KNÖPFEL, FamRZ 1959, 484f.（ハーグ後見条約について。但しそこでは争いがある、KOLLEWIJN, Clunet 88〔1961〕874 をみよ）参照。

(413) 方式規定の以下の諸目的を区別している KARL HELDRICH, Die Form des Vertrages: AcP 147 (1941) 89 (91 ff.) の列挙を参照。即ち1．締結の明確さ、2．内容の明確さ、3．証明の確保、4．性急さに対する予防、5．第三者による認識可能性、6．専門的助言、7．公共利益の意味における監督、8．共同体の利益における契約締結の制限（1．2．5．を本文中では「明確化」としてまとめた）。H.-F. THOMAS, Formlose Ehen (1973) 123ff. においてはそれから保護機能（4．6．に対して）、明確化機能（1．2．に対して）、証明機能（3．）、公示機能（5．）、コントロール機能（7．8．）、とされている。彼の場合には更により歴史的な荘厳機能（Solennitätsfunktion）が加わる。

(414) 婚姻締結については BGH 19. 12. 1958, BGHZ 29, 137 (141 f.) = IPRspr. 1958-59 Nr.112 (S. 392)：「証明の確保、なされる表示の意義の指摘、性急な、禁止された法律行為の防止が……全ての方式規定の趣旨と目的である」、参照。

(415) OLG München 23. 10. 1915, OLGRspr. 32, 50.

(416) 一九五四年六月一六日のコンコルダートの第一五条第二項。——本書初版（九二頁注(215)）であげられた一九四〇年五月七日のポルトガルのコンコルダートの同文の第二四条（一九六〇

年民法の第一七九〇条参照）は一九七五年に廃止された。

Ⅳ 実際的考慮に基づく線引きの修正

のうちには方式概念の拡張（1—3）と同様に、この概念の制限や端的に場所は行為を支配するの原則の打破も存在している（4—6）。

1 ある実質的な事柄が規定された方式と等しいものと認められる場合には、それは——通常の用語法には反するが——牴触法上は方式と性質決定されるべきである。例えばフランス法上の現実贈与に際しての引渡し[417]、アングロ・アメリカのコモン・ロー上の約束に際してのコンシダレーション[418]がそうである。

2 特定の方式の許容性に対する前提条件も本来方式には属しないのであるが、場所は行為を支配するの原則の趣旨に鑑みれば方式の準拠法によるべきで——従って場合によればその土地の法による——例えば商人に対してのみの口頭による保証の表示の許容性（民法第七六六条、商法第三五〇条以下）、非カトリック教徒に対してのみの戸籍吏による婚姻締結（スペイン民法第四三条第二項）、成年者に対してだけの自署による遺言の許容性（民法第二二四七条第四項）がそうである[419]。方式の準拠法は当然誰が商人であり非カトリック教徒であり成年であるかという先決問題をその牴触法により他の準拠法に委ねることもできる（上述の三例のいずれにおいても例えばその本国法）。しかし法律行為の効果法がそれ自体として顧慮されるには及ばない。

3 牴触法上伝統的には——既にふれたように（前述第一五節Ⅱ2）——公告もまた婚姻締結の方式に数えられる。——より困難なのはドイツ国際私法上方式の問題とされるが、それに反して若干の他の諸国（殊にスペインとギリシャ）においては実質法に帰せられる宗教的な婚姻締結についてである。

本来婚姻の合意の表示の種類と態様——僧侶の面前においてか世俗的戸籍吏の面前においてであるか——は明らかに方式の問題である。スペインやギリシャで支配的なカトリック又はギリシャ正教のサクラメントとしての婚姻の理解は、その点について何らの変更を加えるものではない。蓋しそれは両国に対してたとえば教会による婚姻法に絶対的優位を認めるようにさせるものではなく、それらの国もまた国家による法適用規定の基準によってのみこのような法を遵守するにすぎないのである（たとえば外国における外国人間の婚姻締結にそうするのではない）[420]。しかし更に、東方教会による婚姻締結については（教会法大全第一〇九四条以下とは反対に）僧侶は合意の表示を受理するだけではなく、その二人に対する彼の祝福は婚姻に対する成立要件の一でもあり、いわば当事者双方の合意の表示と並ぶ婚姻締結の第三の要素とみなされる。従ってギリシャ法上は僧侶の関与は——それを法概念的にみれば——実質的要素をなしている。それにもかかわらずドイツにおいてはそれはもっともなこ

となながら「機能的に」方式の問題と性質決定される。蓋しそれは実際上ドイツの戸籍吏による婚姻締結の方式に匹敵するからである。[421] 抵触法上教会による婚姻と戸籍吏によるそれを別異に取り扱うことは、統一的な法**問題**、即ち婚姻締結が宗教的に行われなければならないのか或いは戸籍吏によるべきか、に代えて、前述のところ（第一四節1 3）で原則として否定された相異なる法**命題**の性質決定に帰することになろう。外国人に対する民事婚の防衛が本当に国際的判決の同一性の犠牲に値するか、或いは逆に判決の同一性の利益のために場所は行為を支配するの原則が打破されるべきかという法政策的問題はむしろ公然と決せられるのが良く、純分析的性質決定問題として「偽装」されるべきではない。[422]

4　外国における**遺言**を公的方式とは別様に作成することのオランダの禁止（民法第九九二条）、イタリア人間の外国遺言へイタリアの共同遺言の禁止（民法第五八九条）を拡張することは場所は行為を支配するの原則の単純な打破であり、たとえば遺言能力又は遺言内容の実質的制限と解されるべきではない。（共同遺言に関しては更に上述Ⅲ4以下。）[423]

5　最近推奨されるように消費者契約（Konsumentenverträge）に対する保護の方式を必ずそのような契約の実質的な保護規定と同じように連結すること、[424] つまりその限りで場所は行為を支配するの原則を排除する場合には、たしかに性質決定の問題をめぐるものではない。ここで方式規定が論じられていることについては争いがない。むしろ立法の方途で導入されるべき或いは目的論的縮小の方途で、つまりその根拠（ここでは favor negotii）が他の制定法により承認された目的（この場合消費者保護）によって凌駕される法律の制限的適用によって行われるかの原則の新たな実定法的例外が問題となっているのである。

6　それに対して**法人の組織行為**（例えば有限会社の設立又は定款変更）に対する土地の方式の排除が又もや公証人による検査と助言の実質法的な性質決定により試みられている。[425] 外国の公証人による公証行為で足るかは、そこで代用の問題となる。後述第四六節Ⅳ、特に注（963）をみよ。

結局方式と実質は、従って通常は明瞭に分離されうるものである。[426] 純概念的な線引きを実際的理由により動かすことは、従来方式の領分を犠牲にするというよりはむしろその利益の為に行われたのであった。

(417)　Vgl. FERID, Franz. Zivilrecht（前出注（349））I 678,680 (2F494, 500).

(418)　例えば ZWEIGERT/KÖTZ（前出注(35)）II (1969) 72ff. 参照。

(419)　最後の点については本書初版（九一頁）の異る見解をその後

施行された一九六一年一〇月五日のハーグ遺言条約（第五条第一段）を顧慮してここで改める。

(420) 一般的に NEUHAUS, Zum Verhältnis von staatlichem und religiösem Eherecht: FamRZ 1966, 121 ff. 参照。

(421) RG 6. 4. 1916, RGZ 88, 191 (193) のリーディング・ケースは、とりわけ、それが何故に「外形的形」のみならず僧侶の関与の「内容」をも婚姻締結の方式に算えるかの理由をあげてはいないのだが ZITELMANN, IPR II (1912) 609 に依っており、更にその文言が本文の上述のところで行った区別を排除しているわけではないハーグ婚姻締結条約に依拠している。

(422) 従って効力の準拠法によって制度の「基礎杭」とみなされている全ての要素を実質に属するものとする性質決定に代えて（ヌスバウムとガミルシェクの提案に従って FamRZ 1966,122 ではかように）今や次のように述べたい（既に Z. f. Rvgl.13 [1972] 86 で述べたように）。即ちいずれにしろ場所の方式が両婚約者の属人法により承認されない場合にそれをもって足りるとしないということは、婚姻締結の特別の重要性と跛行婚の望ましからざることに添っている、と。

(423) NEUHAUS/GÜNDISCH, Gemeinschaftliche Testamente amerikanischer Erblasser: RabelsZ 21 (1956) 550, 特に I. ドイツ国際私法について (550-564) をも参照。

(424) LANDO, On the Form of Contracts and the Conflict of Law, in: Fs. Schmitthoff (前出注(282)) 253 (258f.).

(425) BEHRENS in: HACHENBURG, GmbHG⁷ I (1975) Allg. Einl. Rdz. 99.

(426) 「絶対的な方式」とか「絶対としての方式」というのは法律行為の単に属性であるだけでなくそれと同一なのであるが――FLUME, Das Rechtsgeschäft² (1975) 244ff. をみよ――、場合によっては実質と性質決定されなければならない。それが今日においてもなおありうるのかは FLUME, a. a. O. 245 の諸例にもかかわらず私には疑わしい。蓋し手形と小切手は「性質決定をする方式」を伴う指図であり、従って無方式の婚姻締結はコモン・ローにおいて存在するのみならずドイツ法上もあるのである（後出注(1080)参照）。

第三章　連結総説

第一八節　連結素

I　牴触法的連結の目的は、各々提起された法問題の解答の為に準拠される法秩序を定めることにある。常に――語意から出発すれば――何か新しいもの（新しい脈絡）が既存の何か、現存するものへ連結されるのである。かくて牴触法においてはある法秩序の準拠性が具体的な事実関係の一要素、連結素（連結点）へ連結されるのである。

従ってある法秩序への連結を語ることは言葉の上ではあまりふさ

わしくない。即ち本国法へ連結されるのではなく本国（国籍）へ連結され、場所の法へではなくその土地へ連結される、のである。表現上の変化と簡潔さを望むことが言語上の困難を正当化するものではない。（同一の理由から連結により定められる準拠法秩序が「指定された」法秩序と呼ばれることも適当ではない。即ち法秩序が指定されるのではなく裁判官がそれへ指定するのである。）

Ⅱ　個々的には各連結素は**三つの要素**を含んでいる。即ち主体（人、物、権利又は事件（Ereignis））、この主体の属性（たとえば国籍、住所又は当事者の意思、物の所在地や登録地、事件の場所）、時点（これは必ずしも明示的にのべられていない）である。[427]

1　基準となる**主体**は――それが人である場合には――判断されるべき事実関係におけるその役割りに従って（意思表示の表示者、契約の相手方、加害者又は被害者、所有者、父、母、子、相続人としての）、或いはその訴訟上の役割り（原告又は被告としての）に応じてそれぞれ定められる。官庁（特に裁判所）や公的職務遂行者もまた問題となる。物としては係争物（reslitigiosa）のみならずたとえば船（たとえば行為地としての）も連結主体となりうる。ある事件が連結主体として働く場合には、これはある意思の表示、義務の履行、不法行為や訴訟行為であることもある。

2　**属性**は通例主体と特定の法秩序の間の関係を作り出す。この関係はある法秩序自体に至ることもあるし（たとえば当事者の法選択、管轄権ある裁判所の「法廷地法」）、まずある国家へ至ることもあるし（かくてある人の国籍、ある船の国家帰属性や旗、ある債権の基準通貨、ある訴訟手続の国内市場への影響）、また特定の土地だけに至ることもある（たとえば住所、所在、ある乗物の登録地又は登録された本拠地、行為地）。

3　連結の**時間的要素**については後述第三九節準拠法変更をみよ。

(427)　属性を「ベース」、主体を「補体（complément）」と呼んでいるTRAMMER, in Fs. Schmitthoff（前出注(282)）368f. に従い独自にあげた。

Ⅲ　その**適用**に際しては、ある国家全体に至る全ての連結は、この国家がいくつかの領土的又は人的な部分法秩序を有している場合には多義的となり、従って補充の必要性あるものとして現われる（後述第四一節地際私法、第四二節人際法）。当該の土地にいくつかの純粋に人的な法秩序が併存して妥当している場合における厳格に場所的な連結についても同じことがいえる。そのことを除けばある連結素が個別の場合において幾重にも実現されることがある（多重的住所又は行為地、多重的国籍、ある債務の多重の基準通貨）。他方ではその連結素が欠除していることもある（特に連結の人の無住所又は無国籍について）し、一義的に確定されえないこともある（たとえばある船舶又は航空機の特定の瞬間における所在地）。これら全ての場合において、連結の多重的実現に際していくつかの法秩序が

準拠されるべき場合（後掲第一九節累積、参照）の他は――それが特別のものであれ（個別的規定に対するもの、たとえば民施法第一九条第一段で父死亡の場合の母の人格への連結）、一般的なものであれ（たとえば連結の人の無国籍の全ての場合に関する第二九条）――補助連結が必要である。

連結素の確定が、当該の概念が国毎に異った解釈をうけるがために（たとえば「住所」）、或いは全く別の法律関係を前提としているがために（「夫」の概念が有効な婚姻の存在を前提としているように）新しい牴触法的問題をひき出すことも稀ではない。ここでは原則として性質決定においてそうであったように、ある牴触規定の諸概念はその牴触規定が属しているのと同一の法の立場から解釈されなければならない。既述のように、その国籍が問題とされるその国の法により通例判断されている国籍については例外である（しかし後述第二七節Ⅲ2をみよ）。それに対して住所については住所が所在すべき、又はしうる国の法――いわゆる領土法――は今日ではごく稀にしか顧慮されないのである（後掲第二八節Ⅱ参照）。

たとえばある子の国籍若しくは住所が親子関係の存在又は親権（身上監護）の分配に対して用いられ、その場合に国籍又は住所が親子関係の存在若しくは親権（又はその行使）に依存している場合には、それ自体が依存している法律関係に対する準拠法秩序をその連結素があげるべきような場合にはその連結素は**循環論**（circulus vitiosus）（抜け出しえない循環（circulus inextricabilis））に陥るのである。[428] そのような循環の事例においては実質法的推定により（たとえば嫡出性に有利な、或いは非嫡出の父性の存在に不利な）ある確実な出発点が作り出されねばならない。

(428) かように一九七五年一二月五日の東独の法適用法第二一条は定める。即ち「子の嫡出性並びに父性の確定と取消しはその子が出生により取得した市民権の国の法による」。この点について一九六七年二月二〇日の市民権法（Staatsbürgerschaftsg）第四条「DDR の市民権は、a)嫡出性……により取得される」。たとえば母がフランス人で母性を承認しなかったような場合には、いかにしてどの法にその嫡出性はよるのであろうか。――それに対して子が一次的に出生国の国籍を取得しその子を後に認知した両親の一方の国籍の排除がその子の一次的本国法により認知が有効である場合にのみ可能であるような場合（たとえば一九七二年一月三日の民法第三一一条の一四後段とフランス国籍法第二一条：母の知れない子、による）何ら循環論は生じない。

Ⅳ 独自の比較法的概念形成の試みが「常居所」への連結において特になされている。この点に付後掲第二九節。

牴触法の独自性**欠除**の極端な例を示すのが英国の国際法委員会に

より一九五四年提案され英国の大方の抵触法学者により支持された英国の住所法の改正の挫折である。即ち報告書によれば租税心理的考慮が決定的であった。蓋し英国所得税法は無制限の納税義務に対して同様に住所に連結しておりこの概念が拡張されれば外国の商人達の英国における営業上の定着をおびやかすことを惧れたのであった。[429]

(429) MICHAEL MANN, The Domicile Bills: Int. Comp. L. Q. 8 (1959) 457ff.; vgl. HENRICH, Der Domizilbegriff im englischen IPR: RabelsZ 25 (1960) 456 (493ff).

第一九節　累積

抵触規定が唯一つの連結素だけを用いているとは限らない全ての場合がしばしば「累積」という見出し語の下でまとめられている。[430] そのような規定は抵触法の単純性の理想にそぐわないのであり優柔不断のあらわれであることもある。しかし時にはそれは望ましい精緻化を意味している。

いくつかの連結素を一つの抵触規定の中で用いることは――フィッカー（FICKER）によってうまい具合に「連結のコンビネーション又は結合」と呼ばれたのであるが[431]――二つの全く異なる態様で行われうる。

I　まずその重複は**制限的**（einengender）意味でも生じうる。即ち特定の法秩序が、いくつかの事情が同時にそれを指示するような場合にのみ適用されるべきとき、たとえば内国における国籍**と**住所（手形能力に関するデンマーク法がそうである）[432]、**両**配偶者の国籍（外国における婚姻締結の方式に関するポーランド法がそうである）[433]、或いは父、母**並びに**子の内国の常居所（嫡出子の「身分占有（possession d'état）」の効果に関するフランス法）[434]である。ここでは「結合された連結」ともいわれている。[435] 勿論そのような規定は全ての考えられうる事案に対する規律を行うものではない。従ってそれは連結のやりそこない（規範欠缺）が受忍されうるような場合、即ちこれらの連結が問題となっている生活関係にとって適用をみないでも損害が生じない侵害規定（たとえば為替規定）と関わっている場合か（前掲第四節Ⅱ1をみよ）、或いはそれが単なる追加規定であるか（いわゆる家族法的規則）[436]、或いは他の規定により補充される場合（デンマークの例ではそうである）[437]にだけ用いられうる。特に誘惑的なのは、「問題とされている事情」の比較的に大方のものがそれを指示している法秩序をそれぞれ適用することである（いわゆる „grouping of contacts"）。しかしそれによって、「問題とされている事情」の選択と評価に関する確実な規則が立てられないのであれば解決の予見可能性が破壊されるであろう。

(430) 直接的累積、間接的それについては後述第四七節注(972)をみよ。

(431) H. G. FICKER, in: Festschrift Nipperdey I (1965) 297 (304 ff.).

(432) デンマーク国際私法の一般的な住所主義と結合したデンマーク手形法の第七九条。

(433) 一九六五年ポーランド国際私法の第一五条第二項。

(434) 民法第三一一条の一五。

(435) RabelsZ 23 (1958) 436.

(436) ポーランド法第一五条第一項により婚姻締結の方式について第一次に準拠されるのは行為地法であり、親子関係については民法第三一一条の一四により母の属人法である。

(437) 手形能力は原則として外国人については本国法により、外国の内国人については住所地法による。

Ⅱ しばしば連結素の重複は唯一つの法秩序のみではなくいくつかの法秩序が適用されるべき、又はされうるという**拡張的**意味において行われる。従ってそれは(1)任意的に、(2)二者択一的に、(3)補充的に、(4)累積的に、(5)結合して、(6)分離してなされる。

1 いくつかの法秩序の**任意的**適用性が認められている場合には、いくつかの連結素が具体的には相異なっている法秩序を指定している場合には当事者がどの法秩序を用いようとするかに委ねられる。例えば一九二六年ポーランド国際私法第七条によれば当事者は債務関係を選択的に本国法、住所地法、締結地法又は履行地法に服せしめることができた。[438] スイスの NAG 第二二条第一項によると被相続人はその者の住所地法の代わりにその故郷のカントンの法に服せしめうる。いずれの場合も制限的当事者自治が問題とされる。この点に付後述第三三節をみよ。

2 二つの法秩序の**二者択一的**適用性がある場合には両者のうちのいずれが適用されるかはその実質的内容にかかっている。裁判官は通例はそこで特定の実質的結果にとってより有利な、特にある法律関係又は請求権の存在により有利な法秩序を適用しなければならない。

法律行為の方式について民施法第一一条第一項は行為の実質に対して準拠される法律、あるいは行為地の法律の遵守で足るとしている。――国際私法による特定の実質的結果のそのような優遇の問題性については後掲第二二節 Favor negotii をみよ。

3 第二又は第三の法秩序の**補充的**適用は、主連結又は先行する補充連結がうまくゆかない場合に補充連結に基づいて行われる。例えば無国籍者について民施法第二九条は国籍に代えて「その常居所又はそれが欠けている場合にはその居所」へ連結している。優先する連結が補充的連結と比べてより稀に働くにすぎないと思われる場合

には、後者が通常連結としても牴触規定のトップへ持って来られ、そこで他の連結はそれに当てはまる場合に優先するということがはじめていわれうるのである。たとえば親子関係に関するフランス民法第三一一条の一四第一項及び第二項がそうである。

両定式の結合を示しているのがイタリア民法前加篇第二五条である。即ち「契約から生じる債務関係は契約を締結する者が共通の本国法を有する場合はそれにより、他の場合にはその契約が締結された地の法による。契約当事者の別段の意思はいずれにしろ留保されている。」

最近は補充連結の全体的な「階梯」又は「滝状階段」が推奨されている。[439] 事案毎にそのような複雑な連結が必要であるのかを自問しなければならない。完全な連結は存在しないのであるからある程度は補充連結は避けがたい。

4　いくつかの法秩序の同一法問題への**累積的**（重複的）適用は二つの形で考えられる。

a)　**効果の積極的な**、請求権に有利な累積においては、関係する法秩序のうちのただ一つが規定しているだけであっても全ての法効果が生じる。実際上そのような累積は主に同一の請求権がいくつかの法秩序により相異なる法的な理由をもって訴求されうるという形で生じる。

かようにドイツ法上は婚外の母はその本国法に従って受胎それ自体に基づいてその子の父（Erzeuger）に対する賠償請求権を主張しうるのであり（民施法第二一条）、不法行為をみとめる特別の事情が存在すれば場合によっては不法行為地法によってもそれを主張しうるのである（第一二条）。[440]

このような請求権に有利な累積についての批判については再び全ての一方的な „favor“ の問題性を指摘することができる（後掲第二二節）。

b)　それに対して前提要件の**消極的な**請求権を制限する累積においては、個別的事案において全ての関係する法秩序によって認められている法効果のみが発生する。つまりある法効果の発生を否定、或いはより弱い効力を定めている法秩序が目的を達するのである。（この牴触事案において勝る法秩序を「より弱い」ものとよび、従って請求権を制限する累積――結合（Koppelung）のように。後述5を見よ――を「より弱い法の原則」と呼ぶことは私にはあまり都合のよいものとは思われない。）

この種の累積はたとえば民施法第一二条及び二一条において不法行為又は扶養請求権について規定される（いずれの場合にもドイツ人に対しては「ドイツ法上認められる以上に広い請求は主張されえない」）が更に、第一七条第四項においては離婚について定められている（本国法と法廷地法の累積）。[441] しかし後者の場合においては消

極的累積は離婚が個別的事案において同一の事実に基づいて両法秩序によって認められているには及ばないという限りではいくらか緩和されている。――いずれにしろ実質的にほとんど正当化されえない国際的法交通の阻害が問題なのである。

請求権を制限する累積は通例イエスかノーかで答えられうるような法問題についてだけ可能である。配偶者の相互の共同生活の義務が存在するか、イエスかノーか。妻は夫の氏を取得するか、イエスかノーか。しかし「その子がいかなる氏を得るか」という質問はイエスかノーかでは答えられないのであって、従って二つの法秩序の累積的適用によっては解決されえないのである。[442]

さていかなる法問題もイエスかノーかで答えられるように変形される。それに相当する義務と権利を生み出す命令（要請又は禁止）と許容の総和へその権利を解消させる者は、常にイエスかノーかによって答えられるべきそのような権利又は義務の存在についての疑問を発することができる。それで子の氏の問題の代わりに、たとえば二つの分離された問題が出現する。即ちその子は父の氏を称するのか、イエスかノーか。しかしその場合にはいくつかの生活関係は全ての関連法秩序の見解に従って実定的規律を必要とし、これらの法秩序の内容上の一致がないために何らの法効果も生じないということの単に消極的な確認で片付けるべきでないということに配慮しなければならない。その婚外子が父の本国法によって母の氏を、母の本国法によって父の氏を称する場合には、前提要件の累積の方法でその子に両方の氏を認めないというようなことは恐らく可能というわけではないのである。

これに加えてその多寡で答えることができる問題における累積も可能である。たとえばある請求権の額、期間の長さの問題である。しかし二つの量的な大きさ――たとえば短い時間に対する高額の扶養、より長い時間に対するより低い扶養――の累積においても直ちにその計算はもはや生じないのである。

関連する法秩序が相異なる法効果を定めているわけではなく同一のそれを（たとえば離婚又はある特定人の扶養義務）相異なる前提要件の下で定めている場合には、その前提要件の累積は時には各個別法秩序法上認められうるような訴えの棄却をもたらす。その限りでは請求権を制限する累積は請求権を認めるそれと同様に、関連する法秩序の趣旨にまさに矛盾しうる実質法的要素を含んでいる。

まさにそれ故にドイツ国際私法上、たとえば配偶者の一方のみの法によって或いは両配偶者の法によって認められている場合に将来の離婚が可能たるべきかについて争われている。即ちある場合には離婚が容易となり、他の場合にはそれが困難となるのである。[443]

最後にいくつかの法秩序からの裁判官による混合法の創造という意味での累積が考えられうる。[444]

5　同一の法効果のいくつかの前提要件が相異なる法秩序により判断される場合には、いくつかの法秩序の**結合された**（gekoppelt）（或いは配分的な）[445]適用という。典型例は民施法第一三条「婚姻の成立は……各婚約者についてその者が属している国の法律に従い判断される」である。前述4b)でふれられた請求権を制限する累積との違いは「問題となっている法秩序はある法効果の発生に対して何ら積極的な前提要件を定めるものではなく消極的それを定めている……事例において」示される。「これらの事例における累積は、各各の個別的な事情が二つの法秩序によってはねられるのであるからある法律効果の発生を異常に困難とするであろうが、このことは結合（Koppelung）に対してはあてはまらない。[446]」

たとえば花嫁が夫の本国法上はいまだ婚姻能力を有しないが、自分の本国法上はそれを有している場合には、民施法第一三条によればその婚姻は締結されうるのに対して、累積の場合には婚姻障害があるということになろう。勿論いわゆる双面的婚姻障害（又は二重禁止（Doppelverbote））、たとえば英国における婚姻年令が満たされていない障害が存在することも顧慮しなければならない。即ち英国人の婚約者は自らが婚姻能力あるのみでは足りず外国人の相手方も英国法上必要とされる年令に達していなければならないのである。[447]その性質上（「必然的に」）双面的であるのが親族関係の婚姻障害であるのに対して、たとえば先行する姦通は以前に婚姻していた者に対する禁止として一面的に構成されることができる。[448]双面的婚姻障害においては結合は結果において請求権を制限する累積とほぼ同じこととなる。

第一三条の場合においては結合は、つまり婚姻締結が二つの有効な表示の行為に基づいているという実質法上の規律によって規定されている。全ての債務法上の契約についても同様に各当事者の行為能力はその者自らの法に従って検討されなければならない。不衡平をその点に認めることはできない。

いずれにしろ結果においては、結合によっていくつかの法秩序の双面的婚姻障害が適用されるということは婚姻締結を困難にすることを意味している。

6　同一の法律関係へいくつかの法秩序を**分離して**適用することは（分割又は分解（Zerlegung）ともよばれるが）、その法律関係が各々特別の法秩序に服するいくつかの個別問題又は部分問題へ分けられる場合に行われる。ここでは既に牴触法規の構成要件が分割されているのであるからこの類型は上述のところで既に取り扱われた（第一六節をみよ）。

全ての態様のいくつかの法秩序の尊重は、国際的事実関係の一方

的「国内化（Nationalisierung）」を避けるという明らかな長所を有している。むしろそれは相矛盾する観点を連結の際に顧慮することを許し、従って問題となっている法秩序のいずれも退けられるということがない。このようにして国際家族法における両性平等を満たすばかりではない。往々、ある法律関係がある法秩序により有効とされるのに他のものにより（その規定の不遵守を理由に）無効とみなされることも防止されている。但しそれはある法秩序がまさにその専一的適用を要求しない場合に限られるのであるが。従ってこれらの連結は、事実関係と二又はそれ以上の法秩序の典型的にほぼ同じ位強い結びつきがある場合に特に顧慮される。しかし前に示唆した考慮と問題点にも又配慮すべきで、更に場合によればいくつかの法秩序の内容を調査すべき必要性もそれに加わる。従っていくつかの法秩序の顧慮は、或いは慎重に選択され（民施法第一三条第一項、第一七条第四項のように）、或いは不可避のものとみなされている（たとえば相異なる属人法を有している兄弟の相互の法定扶養・相続請求権について）。しかしそれを安易に（たとえば平等の原則のために）判例によって導入するのは避けたいものである。

(438) 一九六五年法の第二五条第一項によればそれは、「債務関係と関連している」どのような法秩序をも更に広く選択することができる。

(439) たとえばドイツ国際私法委員会家族法部会の提案をみよ。Vorschläge……Eherecht 2-4＝RabelsZ 25 (1960) 340f. これについて KEGEL, ebd. 208ff., 214.——フランスの文献で好まれる滝状階段の図式は補充的連結の「傾斜」をよりよく再現している。

(440) Vgl. NEUHAUS, Verpflichtungen 18.

(441) 逆に NAG 第七条 II：法廷地法と本国法の累積。

(442) Vgl. MAKAROV, Die Gleichberechtigung der Frau und das IPR：RabelsZ 17 (1952) 382 (387).

(443) 第一の解決方法を主張するのがたとえば KEGEL, IPR 329 であり第二のが（両配偶者共外国人である場合）SIEGRIST（前出注(155)）105 である。困難にするという意味では一九六〇年六月二七日の法律（後出注(594)）以前のベルギーの判例もそうである。L. SERICK/HARRIES, RabelsZ 25 (1960) 554 をみよ。

(444) いささか荒っぽく述べているのが従って GRAULICH, Ann. Dir. Comp. 33 (1958) 12f. であり、累積は権利拒絶を意味するか或いは人為的法の創造を意味しているという。

(445) たとえば GRAULICH（前注）7; DERS., Principes de d. i. p. (Paris 1961) 108.

(446) SIEGRIST（前出注(155)）82.

(447) *Pugh v. Pugh*, [1951] p. 482 をみよ。即ち英国に住所のある英国人でオーストリアで一五歳のハンガリー人女と結婚した者の婚姻が、オーストリア法及びハンガリー法に反して英国法によって無効と宣言された。——それに対して本書初版にあげ

られたドイツの重婚の禁止という例は――外国人の相手方もドイツ法秩序の観点からは結婚しているとは認められていない――ドイツにおいて結婚しようとする二人の外国人に対してもそれが妥当するのであるからドイツの公序の現われと考えられうる。

(448) 他の疑わしい事例は SCHOLL, Ehehindernisse und Eheverbote im IPR der Bundesrepublik Deutschland: StAZ 1974, 169 ff.

第二〇節　連結の公理

実定法の欠缺に際して立法者又は裁判官はどのような連結を選択すべきであろうか。この問題は国際私法全体のうちで実際上最も重要なものである。その解答は何故我々が外国法を適用するのかに依存している。国際私法と国際法に関して前述したところによって、国際法的基準によって「管轄ある」法秩序ではなく私法的観点によって適切又は最も適合したそれが探求されるべきであることが明らかであろう。更に通例は個別事案に対する実質的結果が決定的ではありえない（前述第五節Ⅱ1参照）。この結果は第二段階に至ってはじめて、即ち二者択一的連結の間の決定に際して顧慮されるべきであり（後述第二二節 Favor negotii をみよ）、或いは通常は準拠される法秩序が公序（後述第四九節）によって、最後には緊急の場合に（第四七節適応及び第五二節補充法）排除される場合にはじめて顧慮されるべきである。

連結の為の従来からの公理のうちでは形式的それと実質的それをまず区別しなければならない。

Ⅰ　連結及びそもそも国際私法の**形式的公理**と呼んでいるものは、――各々問題となっている法律関係の内容と目的を顧慮することなく――指定法の一般的構造と関連し、従って往々特定の連結をもたらすのではなくて様々な方法で遵守されうる諸原則である。道路交通規則とそれがよく比較される。即ち右側走行か左側走行かと関係なく――大事なことは同一の側を皆走ることになる。それぞれ法的安定性（即ち実質的正義と反対の法の実現の明確さ、確実さ）の部分的側面を含んでいる、全部で六つのそのような公理が問題とされる。

1　**一義性**。即ち規律を要する各々の事実関係に対して一つで唯一つに限った法秩序が定められるべきで、従って規範欠缺も規範重複も生じるべきではない（前述第四節Ⅱ1b参照）。

この関係では**法適用の単純さ**もまたあげられよう。(449) それはまず司法に役立つのであろうが、間接的には（時間と費用の節約、より低い錯誤のリスクとして）当事者ならびに一般人の役にも立つ。しかし過度の単純化の危険も明らかである。

2 **実行可能性**。準拠性を認められた法秩序は、内国判決が場合によっては実行され（執行され）なければならない国においてもまた準拠される旨承認されるべきである。この観点は外国抵触法のある種の尊重をもたらし、どの国で当該判決が実行されなければならないのかが当初から確定している確たる地域化がなされている対象（とりわけ不動産）に特にあてはまる（後述第三八節優位適用）。

まさにここにおいて**国際私法も一般的な精神的・法的発展に依存していること**が示される。[450] 一九世紀の哲学的理想主義とその法的分枝である概念法学は、国際私法においては実に抽象的な連結をもたらした。かようにして住所、生活関係の現実の中心点の代りに国籍が登場した。また個々の遺産の所在地の代りに統一的な遺産の概念が登場した。法律行為の行為地と並んで将来の履行地又は行為者の国籍、或いは「法律行為の対象をなす法律関係」が現われた。変化するそれぞれの関係への連結はある準拠法の不変更性によってしばしば置き換えられた。現実的な二〇世紀はここでは部分的には最も近接した法秩序に有利にこれに逆行する傾向を示している（即ち結果において法廷地に有利となる）。勿論権力と法を等置するという意味での実行可能性という考え方でやり過ぎると（どの法についてもそうであるように）国際私法の破壊をもたらしうる。[451]

3 **予見可能性**。信頼保護、判決の予測可能性（これら三つの表現は概ね同一のものとなる）。準拠される法秩序は裁判官によってはじめて定められるのではなく当事者がそれによって予期してよい、あるいは予期しなければならなかった基準に基づいて既に事前に確定されているべきである。当事者が係争法律行為等を行う際に既に知られていた事情を規準とするのが最も良い。（この意味で特に――証明の困難である――当事者の実際のより大きな又は小さい信頼を問題とすることのない、「信頼保護」ということがいわれる。）当事者は少くとも訴えの提起前、又は訴訟への応訴より前にそのチャンスを予測しうるべきである。（「予測可能性」という言葉ではこのことを考えている。）

a) **個人**にとってはここでは長期的に計画を立てることがとりわけ問題なのである。勿論その場合には実定国際私法、或いはその問題の立て方だけについてであっても素人の知識を過大評価してはならない。むしろ大ていの人間はせいぜいその者に最も密接している（即ちその本国又は常居所の）法秩序を知っているにすぎず、自分が知っているのとは別の規定を有した他の法秩序が適用をみるということは考えもしないということから出発しなければならない。

b) **一般人**の立場からは判決の予見可能性はそれ程重要ではない。一般人、国家は大ていはそれが裁判のために裁判所へ来てはじめて個別的私法関係に関心を持つに至る。その限りでは準拠法がその時以降に明らかにされれば充分である。しかしどの法秩序によって当事者はその行動を決めるべきか（しかも訴訟が回避される正にその

場合に）という当事者の確信は同時に生活の営みにおける法の一般的権威、従って法的平和の重要な前提をなしている。

将来の判決の単なる予測可能性としての法的安定性という流布された見解とそれに応じたその評価の低さには未だに一片のローマのアクチオ法的思考が残っている。それは訴訟においてのみ法を認めるのであるが、今日の少くとも大陸ヨーロッパの観念にとっては訴訟とは独立に何が正当かを知ることが重要なのである。内国における取引においてはこれを知るためには一般的法観念が非常に大きな役割りを果たしているので、制定法は一部は正に信義誠実又は取引慣習に関連している。しかし国際私法の分野においてはそれが広く知られていないことを考慮すると、当事者にとっては望ましい明確さが普通の場合より更に確固たる法規制によってのみ生み出されうるのである。

当事者にとっていくつかの問題となる法秩序の矛盾から義務の衝突が生じうる場合、つまりある法秩序が他のそれが禁じていることを命じている場合は予見可能性が特に重要である（前掲第六節Ⅰ注(146)参照）。しかし裁判官による法形成が当事者のそれ以前の行動から独立しているような場合においてさえ当事者はその手続上のチャンスを見通しうべきものであろう。

しかしながらあるべきものとされる法的安定性のために多くの場合に明らかに不当な結果をもたらす純機械的連結を選択することをしてはならない。蓋しまさにこれらの結果の故にその連結は一般的な承認と実行性の点で何らの見込みをも有しないのであって、従って結局はやはり法的安定性の役には立たないからである。[452]

4　**法律回避の排除**。特に強行法の領域については（家族法、遺留分相続権、必然相続権）、当事者によって恣意的に設定されえない連結を優先すべきである。なぜならそうでないと不都合な規定（たとえば離婚を困難にするような）が回避され、或いは制定法上の利益（たとえば扶養請求権）が詐取されうるからである。このような考え方は、全ての種類の法律行為に対して法の明確さを根拠として非常に頻繁に擁護された行為地法の適用に特に対立するものである。法律回避についての詳細は後述第二五節 Fraus legis。

5　**国際的な判決の同一性**。それぞれの手続に依存しない連結が選択されるべきである。それは必ずしも国際的に最も普及したものでなくてもよいが国際的に受容可能なものでなければならない（前述第六節Ⅲ2、Ⅳをみよ。）

6　**対内的又は内部的な判決の同一性**で、「実質的調和」とも呼ばれている。どの国内判決も同一の事実関係に対して下されるかもしれない外国判決とではなく、むしろ他の内国の裁判とこそ調和すべきである。これは全く同一の問題――たとえば婚姻の有効性――がある時は主要問題として（たとえば確認訴訟において）、ある時は先

決問題として（たとえば扶養請求権に対して）問題となっている場合に対してのみあてはまるのではない。（この点については第四六節先決問題をみよ。）むしろ統一的生活関係から生じる相異なる法問題を想い浮べるべきである（前述第一六節部分問題をみよ）。蓋し一つの関連生活関係の個別的諸問題へ相異なる法秩序が適用される場合には常にこれらの法秩序の間に交錯と矛盾の危険が存在するので、法的不安定と不正義、部分的には実質的不利益も生じることがある。[453] 内部的判決調和を確保する手段としては連結の分野においては同一又は少なくとも極めて類似した連結素の選択をあげることができる。

上述の六つの公理を凝視すればそれらを二つずつ類縁のものとしてまとめることができよう。即ち一義性と実行可能性、予見可能性と法律回避の排除、対外的及び対内的な判決の同一性である。そして各組の内で一つはより法秩序の堅固さへの利益が強調されており（一義性、回避の排除、対内的調和）、今一つは関係者の私的利益が強調されている（実行可能性、国際的判決の同一性）ことが分る。いずれにしろこれらの「形式的な」公理も――「形式的」訴訟法と実質法の方式規定と同様に――そのやり方で法思想に役立っているのである。

(449) So LEFLAR, Choice – Influencing Considerations in Conflicts Law : N. Y. U. L. Rev. 41 (1966) 267 (288ff.) : 「司法的任務の単純化」。

(450) Vgl. NEUHAUS, Zeit- und Geistesströmungen im IPR : ÖstZöffR 6 (1953-55) 53 ff.

(451) BLAND, Int. Comp. L. Q. 8 (1959) 577ff. は「牴触法上の管轄権の意味で」判決が実効性あるものとされうる場合には権力が存在するという「不正確な主要な前提」」（578）には警戒的である。蓋し「その窮極的な結論にいたればこのような論理は大ていの場合に法廷地法の主権を意味するだろう（583）」からである。KOLLEWIJN, Ned. T. Int. R. 7 (1960) 385 は「権力は我々によって法に変形される」という命題に反対している、即ち「それは我国では、とりわけこのような言葉では不愉快な想い出を呼びおこすのである」を参照せよ。

(452) *Siegelman v. Cunard White Star*, 221 F. 2d 189, 206 (2d Cir. 1955) のフランク判事（Judge FRANK）がケイヴァース（CAVERS）、ラインシュタイン（RHEINSTEIN）、グッドリッチ（GOODRICH）を援用しながら、「機械的ルールによる牴触法ケースの判決は……それが安定性と統一性を促進することを根拠としては擁護されえない。蓋しそのような結果はこのようにしては達成されなかったからである」といっているのを参照せよ。

(453) 「関連性の原則」又は「附従的連結」については前出注(399)をみよ。

Ⅱ　連結の**実質的公理**は――どれが各々それであるのかという点にしばしば争いがあるとしても――各個別事案に対して特定の「正当な」連結を要求している。法の内容と正義がより詳しく定められるべき場合に常にそうであるように二つの種類の主張が存在している。即ち「事物の本性」からする静態的又は存在論的根拠に立つそれと、[454]「規範の目的」、利益からする動態的又は目的論的それである。

1　「事物の本性」からする「正当な」又は「公正な」連結は、まず「空間的に最も密接な」法秩序をもたらすそれであるように思われる。しかしこの定式は、実際は、純粋に人的な法秩序の存在が示しているように全く決定的でない法秩序の空間的な要素をあまりにも強く誇張しすぎている（後掲第四二節参照）。空間的に最も密接な法秩序というこの問題の立て方の場合には法律関係と権利の「地域化」の努力において最も明白で明瞭な関係を準拠されるそれと呼ぼうとする誘惑がある。たとえばある契約の締結地又は履行地の方に内容的要素（合意された通貨、法的な形）よりも意義を認めたり、あるいは例えばある不法行為の行為地をそれと特定の法律関係との関連性以上におこうとするのである。しかしそうすることは思考上の短絡によって法秩序や法律関係の空間的な影、即ち法域又は所在地・行為地をその本質、その「性質」と混同することを意味しよう。最も密接な空間的関連性ある法の準拠性というスイス連邦裁判所の定式[455]に対しては正当にも批判的に法律の領域は「何ら一次的に空間的なものではなく社会的それである」という指摘がなされた。[456]

他方では法問題の連結はその法的性質により純構成的・概念的に行われてはならない。比較法の教えるところによれば同一の生活関係の法的な秩序は相異なる法体系においては概ね歴史的に偶然な極めて相異なった概念と構成の助けを借りて行われうるものである。従ってこのような国毎の構成と国際私法を結合することは抵触法の国際的統一を不必要に困難とするであろう。事実関係と個別的法秩序の間の頻繁に用いられる「最も現実的な結合」[457]又は「最も意義ある関係」[458]という定式も、それによって最も顕著又は量的に最も強い（最も多数の個別の contacts によって媒介される）、最も実質のある関係が考えられている場合には誤解を招くであろう。むしろどの法秩序がその事案の核心を最もよくついており従ってその事実関係を最も適切に規律する、又はその法問題に解答を与えうるかが問題なのである。ここで全ての定式化の試みの頂点にあるのがシュニッツアー（SCHNITZER）の法律関係毎の「特徴的な内容」――特に債務関係については「特徴的な給付」――が連結にとって規定的であるべきだという定式であろう（この点についての詳細は後掲第二四節）。

事物の本性の隠れた援用を伴うのが、関係者が「服して」いた法秩序という以前にしばしば用いられた定式である。それによっては意図された、法律行為的行為により行われた服従（明示の法選択におけるように）が指されているのではなくて、当該法秩序への服従性がその自然な効果とみなされるような何らかの行為（例えば住所の選定、ある国での権利の取得）により単に推定的又は間接的な服従が指されているという限りでそういえるのである。結局ここでは単なる同語反復（事物の本性によりいずれにしろ準拠される法秩序に服し、それによってその準拠性を理由あらしめる）が問題となるか、或いは自由な服従は何ら選択原理としてではなく単に法律の妥当性の根拠としていわれていることになる。[459]（これらの批判については後掲第三三節当事者自治Ⅱ末。）

2 （事項）規定の目的、又は（実質的）利益が最近よく問題とされている。

a) 目的及び利益の画定は変化しうるのであり、しばしば主観的な色彩を帯びる。従ってその一方的強調に対しては二つの留保が持ち出される。第一に通例は個別事案毎の特別の利益状態が分析されうるのではなく、単に典型的利益が顧慮されうるにすぎない（前掲第一二節類型化をみよ）。第二にどの「利益法学」も明白な個別利益を過大評価しやすく、法慣行の一様性と安定性や法的安定性に関する一般的、長期的利益をなおざりにしがちであるのはその性質に基づくものである。[460]

(1) その自己の法の適用に関する国家の利益が抵触の事案においては最も強いものである。その際に問題とされるのは或いはその国家への法的服従者の一般的拘束であり（たとえば国籍原則による流出移民のそれであり、又住所原則による流入移民のそれである）、或いは外国の法律の不利益からのその者たちの保護であり、或いは特にいわゆる侵害規定における経済政策的目的の貫徹をめぐるものである。（前述第四節Ⅱをみよ。）自らの法が適用をみないということに関するそれに対応する国家の利益は実際上ほとんど現われない。考えられるとすればたとえば個別的な利益を与える規定が内国人に対してのみ妥当し、不利益をもたらす規定が外国人に対してのみ妥当すべきである、ということであろう。

更に政治的利益がいくつかの問題となる外国法のうちから特定の一つの適用を促進することがある。即ち時には相互性がそれとの間で合意された国の法律の適用が、時にはそれに相当する事情の下では法廷地国も有しているようにその訴訟について「国際的に典型的な」利益を有している国の法律の適用[461]が促進される。

(2) それ以外の特殊私法的な目的と利益のうちではとりわけ関係者の人的利益があげられなければならない。それらは一致することもあるし（たとえばある契約に対する法選択におけるように）対立す

ることもある。後の方の事例においては牴触規定は一方の側に決めるか（たとえば受贈者に対する贈与者、違反者に対する被害者に対してはスイス人シャルル・クナップ（CHARLES KNAPP）によれば出来る限り「弱者」の為にすべきである）[462]、或いは何らかの調整を探さねばならない（たとえば夫と妻の同権――前掲第五節Ⅲをみよ）。

(3) しかしながらまさに国際的分野において特に保護される取引行為の安全と便宜[463]や、家族の統一又は遺産の法的な分散の回避のような**客観的な利益**もまた顧慮されるべきである。（既得権の保護及び favor negotii については以下の両節をみよ。）

b) 国際私法による**実質的目的の促進の可能性**が、最終的に適用される法秩序の内容が連結に際しては概して全く視野に入れられていないという指摘によって繰り返し否定されてきている。かくして妻の同権性に関するドイツの議論においては、民施法で準拠されるものと宣言された夫の本国法は妻にとってはその自らの法よりも有利であることがあるということが強調された[464]。それに対してマカロフ（MAKAROV）は正当にも、特定人の属人法に関する決定はその具体的内容とは独立に、属人法が事情によってはその者自らにより選択され、その者にとって慣れ親しんだ、最もよく知られた法秩序を示しているのであるからその者の優先権として現われることがあるという主張を行っている[465]。選択を迫られている実質法制が全体的には等価的であるが、細部において異っている場合には特にそのことがいえる。この場合には連結の人に対する単に心理的利益だけでなく、実質的それも問題となっているのである（それは各個別事案においてではないがやはり傾向においてそうである）。同じことがあれこれの人の行為地への連結についてもあてはまる（たとえば契約に際しての申込者や承諾者のそれ）。逆に人的でない連結の選択ははっきりとした中立的効力を有していることがある。最後に前にふれた実質的調和が尊重されねばならない。即ちある人の又はある家族や企業の内部の出来る限り多くの法関係に対して同一の法秩序が適用をみる場合には、それは通常はその利益になっている。

c) 牴触法の助けによる実質法上の目標を追求することの**許容性と必要性**もまた時に疑わしい。「自国の事項法に対して承認された原則を準拠される法秩序の画定に際しても決定的なものとすることによってその固有の法適用範囲の外においても妥当させるということは牴触法の機能には属さないことである」ということが特にいわれてきた。従ってこのような理由によって「それに対しては他の公理が支配権を要求しなければならない分野へ内国法の原則を投影すること」[466]が否定されてきた。しかし裁判官に対して適用されるべき法秩序を定めている内国の国際私法は、裁判官によってとられるべき

手続についての規定と同様に共に内国の価値評価に服している内国の法適用範囲に属している。

国際親子法においては――この例だけをあげるならば――かくて子の福祉の観点がその連結に対しても顧慮されなければならない。ここにおいては確かに上に(b)で)述べた、属人法の選択に関する三つのマカロフ的観点は問題にならない。しかし実質的調和の観念は残っている。即ち婚外子がその不可避の交錯と矛盾を伴う問題となっている法秩序の多種多様性で苦しまないですむように特にその子の統一的な法的取り扱いを達成するために万事が尽くされるのがよい。蓋し、子についてはその両親への関係がその法的地位全体に対して最大の重要性を有しているからである。従ってその属人法と全てのそれに関連する規定の調和が特に重要である。両親にとっては、子との関係は両親がどのような法制をあてにしえたのかという観点がここでは特に後退するであろうから一般に限られた意義しか持っていないのである。

勿論事項法の為に受容された原則は必ずしも同じ程度で国際私法に対しても指針となるには及ばないのであって、事情によってはここで「他の公理、特にIであげた形式的観点が支配を要求しなければならない」ことを認めなければならない。蓋し、あげられた実質的利益は各個別事案において問題となっているわけではない**典型的な**利益にすぎないのである。

(454) 実質法のドグマーティクに対しても抵触法的分析が有している意義については前述第一三節末をみよ。

(455) SCHNITZER, IPR II 635 によれば一九三六年・三七年以来の恒常的実務である。最後の BGE 100 (1974) II 450 (独占的代理契約 (Alleinvertretungsvertrag)) をみよ。

(456) RENÉ SCHMID, SchwJZ 53 (1957), 234 は昔の文献を引用している。

(457) かように既に WESTLAKE, A Treatise on Private International Law² (1880) § 212 (一八五八年の初版は入手しえなかった)。今日の英国判例において支配的なのは引用を伴う DICEY / MORRIS 744 (zu Rule 146) である。

(458) かように特にアメリカの Restatement². § 145 (Torts) 及び § 188 (Contracts)。

(459) たとえばイギリスの判決は lex loci celebrationis matrimonii の適用の期待可能性の意味においてそれへの「服従」を語っている。たとえば *Gatus v. Gatus*, The Times 19.7.1960 をみよ。そこではユーゴスラヴィアとルーマニアからの難民がオーストリアにおいてギリシャ正教の僧侶によって婚姻をとり行った場合には、その者たちはそれによればその婚姻が絶対的に無効であるオーストリア法に「服従して」いる、という。正当にも KOLLEWIJN, Ned. T. Int. R. 8 (1961) 174 はいう、「この何世紀もの古い擬制がいかに根強いかは極めて驚くべきものである」と。

(460) REICHERT-FACILIDES, Rechtsfragen des Wettbewerbs

zwischen inländischen und ausländischen Versicherern, in: Festschrift Klingmüller (1974) 375 (386) は適切にも「国際私法が経済政策的目標のためにも働くものとすれば、それがその内在的秩序観念の枠内で行われ、特に法の明確さと法的安定性の要請に配慮されることが要請されるべきである」という。

(461) ZWEIGERT, RabelsZ 14 (1942) 291.

(462) CH. KNAPP, in: Mélanges Guisan (Lausanne 1950) 198 ff., bespr. in RabelsZ 17 (1952) 509ff.

(463) フランス国際私法については SILZ, La notion de forme en d. i. p. (1929) 33, 398 を、ドイツ国際私法においては民施法第七条第三項第一号、第一一条第一項第二号、第一六条、手形法第九一条第二項第一号、小切手法第六〇条第二項第一号、をみよ。

(464) かように最初に DÖLLE, in: Fs. Kaufmann (前出注(27)) 40、やや慎重に DERS., IPR² (1972) 57:「妻は場合によっては夫の法に服さず自らの法に服するという点に利益を有することがある」。

(465) MAKAROV, Die Gleichberechtigung (前出注(442)) 385. ある人の本国法が更に「その国民性を有する人にあわせられており」、「その国民性を有する立法者によって創み出され」たというのは (MÜLLER-FREIENFELS, JZ 1957, 144) 必ずしも常に当ってはいない、たとえばその本国が他の国の古い法を継続しており、或いはそれが住所地法を指定しているような場合には当っていないのである。

(466) DÖLLE, in: Fs. Kaufmann (前出注(27)) 39f. 再びより慎重に DERS., IPR² (1972) 44f.

Ⅲ　様々な形式的、実質的な連結の公理の一般的な**序列**は、その相対的な重さが事案毎に違いうるのであるから立てられない。[467] とりわけ——他と同様にここでも——法的安定性と正義の間には何ら一般的な決定が下されない。むしろ相互に対立しあるいは重なり合いもする個別の観点を（上であげた親子法の例において子の福祉と実質的調和の観点が重なりあうように）それぞれ衡量し、できる限り調整すべきである。

よくあげられる割には実際上それほど維持されえない若干の公理については、以下のところで格別に立ち入るべきであろう。

(467) 「ヨーロッパ的視角から」別に ELKE SUHR, Das Recht des Personalstatuts im Zeichen der europäischen Integration (Diss. Hamburg 1967, bespr. in RabelsZ 32 [1968] 555f.) 58-66。そこでは国際私法の正義の以下の序列を立てている。即ち国際的判決調和、属地的な法的安定性、内容的に適切な法の選択、である。

第二一節　既得権の保護

既得権 (droits acquis, vested rights) の概念は国際私法にお

いて三重の役割を演じている。即ち第一にそもそも外国法の適用の為の根拠付けとして、次にそれぞれ適用されるべき法秩序の選択に対して、最後に一般的留保条項の枠内においてである。

Ⅰ 外国法適用の**基礎**としてはこの概念は特にアングロ・アメリカ法圏において用いられる。そこでは長きに亘り裁判所は常に内国法のみを適用しうる、という観念が支配していた。従って外国法の顧慮を裁判所が受け入れうるようにする為に思考上のかけ橋を探していたのであった。従って裁判官は外国法により取得された権利は承認しなければならないという（或いはしかも内国法秩序は外国で取得された権利の所持者にその外国法に模された内国の権利を与えるともいう）説明のうちにそれを見出したのである。この点については後掲第四三節Ⅰをみよ。

Ⅱ **連結公理**としてはその原則は、できる限り外国法によって取得された権利の承認をもたらす法秩序が選択されるべきである、と言う。[468]

1 「**既得**」権の承認に対してはサヴィニーが既に次の言葉で決定的な批判を述べている。「この原則は単なる循環をもたらす。蓋し我々はどの権利が取得されたのかを、どの場所的法に従って実現されたその取得を判断しなければならないかをまず知ってから知りうるにすぎないからである」[469]と。何らかの法秩序により存在する全ての権利をも「既得」とみなし従ってそれを承認しようとすればそれは一方的抵触法の体系に帰することになろう。即ち自らが管轄権ありと宣言している全ての法秩序が準拠されうることになろう（この点につき前掲第四節Ⅰ及びⅡ参照）。

若干の制限を施すものとしても――つまり当該法秩序は全く恣意的に管轄権ありと宣言してはならず、その適用は内国法の妥当意思と矛盾すべきではないという――それでもやはり支配的な双方的抵触規定の体系への矛盾が残ることになる。蓋し裁判官はそれらのうちの一つがある権利を創設したか否かを調査する為には内国抵触規定の代りに全ての問題とされる外国法秩序の検討をすることから出発しなければならなくなるからである。当該外国法秩序が権利取得の瞬間に実際に適用されたということ（従って長い間それを探すには及ばない）、そしてその当時に内国への関係が全く存在しなかったこと、が前提されていたとしても、[470] 内国の裁判官は二つの外国法の対立に際しては（積極的抵触）、自国の抵触法を参酌することなくそれによって権利が発生した法秩序に与みしなければならないであろう。

たとえば未成年のオランダ人がその本国法の規定に反して（一般規定に関する法第六条、民法第三五条第一項）スコットランドで三週間の滞在の後にその地の法に従って両親の同意なく結婚したとし

よう。[471] そうすると既得権の原則に従うとドイツの裁判官はスコットランドの法に有利にオランダの本国法に反して裁判をしなければならなくなろう。何故にそうなのであろうか。[472]

信頼保護の観念がそこにはないのであるから少くとも法律回避の事例は排除しなければならないであろう。同一の観点の下では意識的に取得された権利だけを保護することを考えることもできよう。しかしその原則の一様で客観的な適用をおぼつかなくするあまりにもむずかしい画定問題、証明問題をもたらすのである。

従って個々の著述家達はその原則を更に広く制限し、当該事実関係の発生した時に全ての、或いは少くとも大多数の合理的に問題となっている法秩序が内国牴触法がそうするのとは別の法を準拠するものとしているような場合に対してのみ内国牴触法からの逸脱を要求してきたのであった。[473] しかしこのような場合には通常は体系に即した構成の助けをえれば、即ち承認された転致をもってすれば同一の結果に到達するのである(後掲第三五節Ⅱ、第三六節Ⅲ1をみよ)。[474]

2　次に既得権の理論はそれが**権利に限定**されるが故に疑わしい。しばしば権利（延期又は解消を条件付けられた権利を含む）と単なる期待権（Anwartschaft）、期待（Erwartung）やそれ以外の「客観的ノヒトの反射」の間にきびしい限界を設けることは困難である。しかもたとえばなぜ債権者利益と債務者利益が対立する場合に他人の給付に対する債権者の要求が債務者の自由への要求よりも優先すべきであるのか、又なぜ個人と共同体の間の牴触に際して全体の利益よりは権利の形をとりがちな個人の請求権がそれだけに優先すべきであるのか、[475] は理解されえない。最後にそもそもそこでは何らの権利も現われず、又外国法秩序が内国法によって理由あらしめられている権利をまさに守る為に援用されるような私法関係も存在している。例えば法律行為の方式の瑕疵や他の瑕疵、特に一般的又は特別の取引能力（行為能力、遺言能力、手形能力）の欠除又は制限においてそうである。全ての法律関係が一群の権利に解消することは往々関連しているものをひきさき（特に継続的な法律関係や他の複合的それについて）、公平にはそぐわないことになろう。

(468)　内国で一度有効と承認された法律関係が全ての相当する法効果を有すべきであるという新しい説明は先決問題という問題にかかわっている（後掲第四六節）。

(469)　SAVIGNY 132. *Horwitt v. Horwitt*, 90 F. Supp. 528, 530 (D. Conn. 1950):「権利が「既得」であるが故にそれが変更されえないと述べてもそれは大した役にはたたない。蓋し「既得」ということによって我々は必然的にそれらが変更されることを許さない旨を示しているからである」、参照。—— ARTHUR KAUFMANN, Über [den Zirkelschluß in der Rechtsfin-

dung, in: Festschrift Gallas (1973) 7ff. による循環論法からの名誉回復は、私見によれば以下の叙述に関わりがない。

(470) FRANCESCAKIS, Théorie du renvoi (前出注(301)) 189ff., 262.

(471) このいわゆるグレッナ・グリーン婚姻についてはたとえば KNICKENBERG, StAZ 1960, 45ff. (歴史的に); ERDSIEK, NJW 1960, 2232f. (特に現代の意義について) 参照。一九四〇年七月一日に発効してはじめて、何らの証人をも必要としないコモン・ロー上の „de praesenti" の表示による無方式の婚姻締結が全スコットランドにおいて廃止されたことに両者ともふれていない。Marriage (Scotland) Act 1939, sec. 5, i, V. m. Postponement of Enactments (Miscellaneous Provisions) Act 1939 及び Marriage (Scotland) Act 1939 (Commencement) Order 1940 をみよ。

(472) ベルギー人 GRAULICH, Principes (前出注(445)) 175ff. は更にその先をいく、即ち内国の「法圏」外に実現された場合にはある法律関係の発生と消滅は内国の牴触の排除の下であるいは利害を有する第三の法秩序を顧慮することなく発生圏の牴触法によって判断しようとする。これは実際上あるいは通常準拠される本国法を犠牲にした上での行為地法の理由のない優先を意味するものである。

(473) MEIJERS, Het vraagstuk der herverwijzing: W. P. N. R. 69 (1938) 77ff., 89ff., 101ff., 113ff. (115) = Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II (1955) 366 (395) = La question du renvoi: Bull. I. J. I. 38 (1938) 191 (225f.); FRANCESCAKIS, Rev. crit. 43 (1954) 568ff.; MAKAROV, Rev. crit. 44 (1955) 439ff. 詳細は RabelsZ 21 (1956) 730f. 並びにそれ以後について FRANCESCAKIS, Théorie du renvoi (前出注(301)) 192ff. ——制定法の例をなすのがベネルックス諸国の (施行されなかった) 統一国際私法の第二一条第二項である (一九六九年七月三日の条約、付録)。それは「その法律的関係が本質的に関わっている国の」国際私法を指定している。

(474) 他方では反致又は転致が制定法により禁止されている国においてはこの新しい理論は反致の禁止の回避とみなされねばならない。かようにいうのが QUADRI, Dir. Int. 13 (1959) I 112 であり、FRANCESCAKIS (前注) のテーゼはイタリア民法前加篇第三〇条のように規定の間にある真の爆弾とみなされうる、という。

(475) 既得権の取消については RGZ 104 58, 後出注(886)を参照。

Ⅲ 一般的留保条項

の枠内においては (後掲第四九節公序) 既得権の保護はそのために特別の規則を必要とすることなく確保されうる。なかでも外国の遡及的法律の否定を想い浮べるべきである。(内国の実質的規定も衡平の理由から排除されうるものか否かは対内的一般法理論の問題である。)

Ⅳ 総じて既得権理論は不明確かつ一方的なものと思われる。

権利

の特別の要件を別にして、従って「完結した事実関係」の一般的原則を発展させるとしても、[476] 最初に（Ⅱ1で）あげられた通常の牴触法を打ちこわすことへの疑問がなくなるわけではない。これら全ての理論の正当な核は、既に上で（第二〇節Ⅰ3）述べられた、解釈規則としても、又新しい（制定法又は裁判官による）牴触規定の創造に際しての法政策としても、その点について他の連結公理がないがしろにされない限りは尊重に値する信頼保護の観念にある。実定的牴触規則に対立せしめられうるような既得権又は完結した事実関係の「原則」は現行ドイツ国際私法には知られていない。従って、このような保護は普通の牴触法の助けで充分実現されうるのであるからそれに相当する例外条項の必要性も又存在しないのである。

(476)　注(473)であげた著者達はこれを行っている。

第二二節　Favor negotii（行為に有利に）――保護原則（Günstigkeitsprinzip）

favor negotii' 法律行為又は法律関係の有効性を庇護すること（Begünstigung）' は実質法に由来する favor matrimonii（婚姻に有利に）や favor testamenti（遺言に有利に）として知られている。[477] それが証明の軽減を含んでいる限りでは、それは既存の法秩序の変更（従ってある法律行為の成立も）が推定されないという一般的原則に対立している。牴触法上は主として――専らというわけではないが――法律行為の方式について favor negotii ということが語られている。

(477)　ドイツにおいては一九三八年七月三一日の遺言法（RGBl. I 973）第五一条第三項が時際的 favor testamenti を含んでいる（この条文は形式的遺言法を民法へ再び組み入れるに際しても維持されたものである BGBl. 1953 I 33）：「本法施行後に生じる相続事件においては、その遺言が本法施行前に作成されたものといえども当該態様の遺言に対して本法に従って認められている以上の要件は遺言の有効性には何ら課せられるべきではない。相続契約についてもこれは準用される。」

Ⅰ　その庇護は**三つの態様**で行われる（それは第一一条第一項第二号において併存している）。

1　調査され易く当事者によって一番遵守される法秩序に至るに**都合の良い連結**が選択される（第一一条：行為地法の例におけるように）。ここで favor negotii をいうかその代りに favor gerentis（行為者の庇護）[478]」を語るかは視点の問題である。即ち法律行為を行う**前とその時には**最も手間をかけずに知ることができかつ守ることのできる規定の遵守がその者に認められていることが行為者に利益である。法律行為を行った**後では**――たとえ行為者が無効とみなさ

れたいと思っていても――その遵守が最も密接していた法秩序に従ってその有効性を判断するのがその有効性にとって利益となる。個別事案においてどの当事者がその行為の有効性を信頼したかとは無関係に――ここでは一種の信頼保護が問題なのである。[479]

2 部分問題は（前掲第一六節部分問題参照）、主要問題については問題とされないより利益となる準拠法にそれが従いうるように、主要問題から分離される。

かくて民施法第一一条第一項第二号によっては法律行為の方式のみが締結地の法律に服し、それ以外では（実質的前提と効力に対しては）人事法と家族法において国籍又は住所に、契約法においては当事者の意思又は履行地法に準拠される。更に民施法第二四条第三項第一号によれば帰化した者がその帰化以前に行った死因処分の有効性は、その処分に際しては一般的に未だ考えもしなかった一般的相続準拠法（つまり死亡時のドイツの本国法によって：民施法第二四条第一項）ではなく、その当時の本国法によって判断される。

favor negotii のこの第二の形態もまた牴触法における他の実質法的利益の実現と区別されるわけではない。たとえば第七条一項に従った行為無能力又は制限的行為能力者の保護もまた部分問題として行為能力を分離して連結することによって行われる。

3 **二者択一的連結**によって二つの相異なる法秩序が利用に供され、従ってその法律行為が両者のうちの一方だけに即している場合であっても有効である。

民施法第一一条第一項第二号以外にもこの二者択一はたとえば手形法第九二条第三項＝小切手法第六二条第三項にもまた見出される。それによると内国人間の意思表示の方式に対しては場所の法と並んで共通本国法が妥当する。更に外国人における一般的、特別的行為能力については民施法第七条第三項及び手形法第九一条第二項＝小切手法第六〇条第二項があるが、それによれば本国法と場所の法が競合している。[480]（後の方の事例においては favor negotii の代りにしばしば取引利益の保護又は取引の安全ということがいわれている。）一九六一年一〇月五日の遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約は第一条において多数の連結をあげている。

古典的国際私法の原則に反していくつかの法秩序の間の選択をその実質的内容に依存せしめ、それによって裁判官に特に負担となる二者択一的又は多重的でさえある連結は、法律行為の方式に関しては方式の特別連結と同一の考慮から正当である（前掲第一七節Ⅰ）。契約の有効性が契約の相手方の行為能力に依存している限りでもまたまず第一に準拠される外国法を知ることがしばしば困難であるので、この法秩序だけを専ら適用することは国際的交通においては内国交通におけるよりは頻繁に法律行為が無効となることであろう。[481]

官庁あるいは何らかの公的職務上の（特に公証人による）行為の形式的な合法性の推定やことによるとまた実質的合法性の推定によって法律行為の有効性を促進することは――もはや準拠法の選択の領域ではなくその適用におけるという――別のレベルに属している。外国法によって判断されるべき私的法律行為においても疑わしい場合にいかなる範囲でその有効性が推定されてよいのかは恐らく一般的にはいえないであろう。

(478) So ZWEIGERT, Zum Abschlußort schuldrechtlicher Distanzverträge, in: Festschrift Rabel I (1954) 637.

(479) この点について正当にも LANDO, On the Form（前出注(424)）257 は述べる：「結ばれた略式の契約が有効たることを欲する立法者はそのような契約の締結をも促進することをも望まねばならない。……favor negotii は favor gerentis を要請するのである。」

(480) 行為能力に対するこれらの抵触規定はその模範を一七九四年のプロイセン一般ラント法序章第二六条に有している。勿論それは無住所の外国人に対して妥当したのにすぎなかったのであるが。

(481) 渉外法的事案に対する「法交通における安全性」の実質的庇護を BGH 28. 1. 1960, IPRspr. 1960-61 Nr.186 は生み出した。即ち内国の取引当事者にとってこれに関連した調査がほとんど行えず外国に住所を有する黒幕（共同出資者等）の調査が期待できない場合における外国企業の受動的当事者能力の措定の緩和である。

Ⅱ　請求権を庇護する favor negotii に**ならうもの**が、既に一八八八年来被害者の請求権に有利に二者択一的に行為地法又は結果地法を適用している不法行為に関するドイツ判例に認められる。(482) 更に一九一三年・一四年のオーストリア国際私法草案は婚外の夫の義務を通常は出生当時の母の本国法によらしめているが、それに加えて（第二七条第二項で）次のように定めていた。即ち「子の出生当時においてその父と母が内国に住所を有している場合には、それらがその母又はその子により有利である限りにおいて内国の法律が適用されるべきである」と。

引用された帝国裁判所の判決においてはその**根拠**は純概念法学的なものであった。即ち「その構成要件が場所的に二つの相異なる点と結びついている」不法行為においては、「……従って両方の場所が不法行為地とみなされるべきである。従ってそこからはこの場合に争われている効果を伴う不法行為は一方**と**他方の土地において存在する法により支配されることとなる」。(483) その際に favor laesi が働いていたのか、或いは単に刑事ならびに民事訴訟における不法行為に関する判例が模範とされたのか(484)は明らかではない。――それに対して前記のオーストリアの規定は、「外国国籍の婚外の母及び子が内国の生活扶助を請求しなくてよいように」明らかに「公的な配慮によって」推奨されたのであった。(485)

最近は特定の実質的結果を庇護する提案が増えている。シャルル・

クナップは既に一九五〇年に国際私法上一般的に「弱者保護」を求めた。[486] 今日では特に favor legitimitatis 子の嫡出性の庇護——或いは全く具体的な結果を意図している favor infantis が喧伝されている。[487]

(482) RG 20. 11. 1888, RGZ 23, 305, zuletzt BGH 23. 6. 1964, IPRspr. 1964-65 Nr.51（裁判官の審査義務）。

(483) RG a. a. O. 306.

(484) RG 15. 5. 1891, RGZ 27, 418 (420) における相当する諸判決の援用。

(485) かように理由が述べている（五八頁）——〔ハンブルグのマックス・プランク〕研究所のコピー。

(486) 前出注(462)をみよ。

(487) 私が正しいとすればこの線上にあるのが、CAVERS, The Choice-of-Law Process (1965) 他の「優先の原則」でもあるが、彼は勿論ずっと慎重に精緻化を行っている。

Ⅲ それらが個別事案において熟考されているのであれば古典的国際私法の体系からは**原則として**都合の良い連結と部分問題の分割には何も文句をいう筋合いはない。二者択一的連結においてどの法が問題毎にのみならず全体的にある当事者により有利であるかはしばしば見通すことがむずかしいものである。[488] その限りでは自らの危険において行動する庇護されるべき当事者の選択権は裁判官による決定より優先されるべきである。因みにここでは区別がなされなければならない。

1 立法者又は判例が二つのほぼ同じく明白な連結の間、又は伝統的連結と現代的それとの間で一般的に決定を行いそうもないが故に単なる**弥縫策**を問題とする場合がある。

私見によれば不法行為法における行為地と結果地への二者択一的連結はこのような弥縫策に属している。**被害者**に有利な法秩序の選択はその場合にその者への「同情」から説明されるには及ばない。[489] むしろそれは行為のリスクを行為者の「責任」がない場合にもその者自身に課し他の者に課さないという実質法上も浸透しつつある危険責任に対応するものである。

2 特定の実質的結果（favor negotii, favor divortii…）又は関係者（favor prolis）等の**的をしぼった庇護**はそれが特別に渉外法的考慮に基づいているか否かに応じて承認すべきか否定すべきである。一方では国際私法は法交通の特別の困難さを除去しようと試みるのである。

既述の（前掲1 3）場所は行為を支配するの原則には配偶者が属人法を異にする場合に離婚により許容的である法に従って離婚を、「国際的結婚は特にたやすくこわれるのだからその解消を容易にすべきである」という理由で認めるケーゲルの考え方と軌を一にす

る。[490]

他方では二つ又はそれ以上の問題とされる法秩序のうちで「より有利な」結果をもたらすそれの端的な優先は上述のところで（第五節Ⅱ1）それを否定すべき旨論証された「実質的に最も適切な」法秩序の選択をもたらす。まして法律行為の内容的有効性を一般に庇護することは――つまり全ての強行法を制限することは――全く勧められるものではない。[491] しかし子の嫡出性（Legitimität）の庇護でさえも（「嫡出」及び「非嫡出」の子という原則上維持されている区別の効果を稀にしか感じることのないように）、或いは一般に「子の福祉」や「弱者の保護」というあいまいな定式さえも――そのように受け入れられやすいがしかし問題性をはらみほとんど理解されえない公理は、その第一段階において相異なる国内的法制間の実質的衡量を回避し第二段階ではじめてあるいは必要な修正を行う古典的国際私法体系の弛緩をやはり正当化するものではない。

(488) So VAN HOOGSTRATEN, L'état présent de la Conférence de La Haye de D. I. P., in: The Present State of International Law (ILA-Festschrift) (Deventer 1973) 371 (385).

(489) しかしかように KEGEL, IPR 268.

(490) KEGEL, IPR 329.

(491) 正当にも SAMTLEBEN, RabelsZ 38 (1974) 649 はいう。即ち「衡平が幾多の事案においては準正、養子縁組等々の有効性にくみするかもしれないが、しかしたとえば免責約款の有効性や強制の下で成立した婚姻の維持が問題とされているような場合には同じことはいえないのである。」

第二三節　属地性

「属地性の原則」――選択された連結に対して明瞭な理由付けの欠けている場合にしばしばうたい文句として用いられるが――は、属地性という用語の二つの全く相異なる、そして各々そのうちに精緻化を必要とする意味を含んでいる。即ちまず属人性と対立する適用領域の（空間的な）画定としての属地性であり、今一つは普遍性と対立する実際の効力（つまり実行性）の（再び空間的な）制約としての属地性である。第二のものはそれが外国裁判所における当該規定の適用を制限するので訴訟的属地性或いは territorialité judiciaire と呼ばれ、第一のものはそれに対してそこで実質的準拠性が問題とされるので実質的属地性又は territorialité juridique と呼ばれる。

「域外性（Extraterritorialität）」（国際法上の治外法権又は裁判権免除（Gerichtsfreiheit）と混同すべきでない。後掲第五四節Ⅱ及び注(1092)）及び「域外的な（exterritorial）」は、その所属国の

国境をこえることが特に強調さるべき場合に属人性及び普遍性に対して用いられる。

I （属人性に対する）**適用領域**の空間的画定性としての属地性は個別規定にも法秩序全体にもみとめられる。

1 ある**規定**は、所属抵触法による連結が空間的要素を示し、従ってその規定の適用領域つまりそれが効果法として準拠さるべき場合の総体が空間的（場所的）に画定されている場合には属地的である。[492] たとえば物の所在地法としてだけ適用をみるにすぎない物権的規定、或いは行為地法としてだけ適用される方式規定についてそれがいえる。

時に既に事項規定の構成要件要素（前出注(287)）から空間的制約が生じるのであるが、（明示又は黙示で）内国についてのみ付与された工業所有権については初めからそれが存在している。[493] この場合には自己制限を問題としうる。

個々の場合にどの空間的連結が意図されているかを――いかなる空間的属性、いかなる時点（前掲第一八節Ⅱ）――「属地的」という用語は勿論述べているものではない。（同様に「属人的」法律という反対概念は連結の個々の要素を不確定にしたままである。）一方のある物の所在地又は目的地や行為の場所への純粋に属地的な連結と他方の国家、種族等への人の帰属性による属人的連結と並んで、特に人の出身・住所・居所地への混合的連結も又存在している。それらはどの連結と対立しているかに応じて各々或いは属地的、或いは属人的と呼ばれるのである。

いわゆる条例理論（前述第一〇節Ⅲ3）の混乱の大部分はこの不明瞭さに基づいている。たとえばもっぱら領土内に居住するその領土の所属者に対して適用さるべき法律即ち外国の内国人や内国の外国人に対して適用されるべきでない法律は、「属地的」という表現によっても「属人的」という表現によっても明瞭に性質決定されえない。同じことが全ての上述のグループを包摂する法律についてもあてはまる。[494] 最後に、属地的でも属人的でもない連結が存在する。たとえばある契約の合意された通貨、他の契約との関連性、外国の土地又は営業所への物の帰属性である。

いずれにしろ属地性という用語は空間的な結合性の確定又は措定であって、その根拠付けでもその明瞭な限界画定でもないのである。

2 それが所属する裁判所組織、従ってその妥当範囲――法廷地法としてのその拘束性の範囲――が属地的に定められている場合にはその**法秩序**は属地的である。[495] これは特にたとえば中世初期の種族法や宗教的法秩序（詳細は後述第四二節序）と反対の現代国家の法に

ついていえる。ここでも又混合形態、即ち特定の領土の特定の人的グループについてのみ適用される法秩序が存在する。

法秩序の属地性と規定のそれとの間には何ら厳格な関連性が存在しない。むしろ法律の妥当範囲と適用範囲はしばしば分裂するのである。――そうでないと外国法の適用はずっと稀になるであろう。そこで民施法によればドイツの人事・家族・相続法はドイツ法の原則的な属地性にもかかわらず広く属人的に外国にいるドイツ人にも適用をみるが、ドイツにいる外国人には適用をみない。逆に行為地への属地的連結は主に属人的な法秩序においてもあるのである。

「適用範囲（Anwendungsbereich）」（法律が**そこ**へ適用される）ならびに「妥当範囲（Geltungsbereich）」（そこでそれが適用されるべき）という用語の前記の使用はドイツ連邦共和国の用語法に添うものであり、その制定法においてはしばしば空間的意味での「基本法の妥当範囲」又は「本法の妥当範囲」ということがいわれている。勿論適用と妥当の区別は用語上の理由によって一貫して実行しうるものではない。なぜならたとえばある制定法が特定の場合において適用される意思又は要求については「適用意思」が顧慮されるのではなく、単に「妥当意思」又は「妥当要求（Geltungsanspruch）」が問題となるにすぎない。それ以外でも „gelten" がしばしば簡潔の為に „angewandt werden" の代りに用いられる。[496]

――ある規定の厳格な属地性においては適用範囲と妥当範囲の一致が存在している。

(492) VOGEL（前出注(87)）2f. は「……への適用（Anwendung auf）」の「他律的（transitiv）〔恐らく目的を有する、動的な〕意味での適用領域」又は「活動範囲（Feld）」とも述べている。

(493) かくWEIGEL, Gerichtsbarkeit, internationale Zuständigkeit und Territorialitäts-Prinzip im deutschen gewerblichen Rechtsschutz (1973) 109.

(494) (KAHN, Abhandlungen I 242ff. に従って) 公序法に BOUHIER (1742) が属人的な効力を、MANCINI が属地的な効力を認めたのもその限りでは何ら矛盾とはいえない。

(495) VOGEL（前出注(87)）2 はここで「適用自体（Anwendung schlechthin）」の「自律的（intransitiv）〔静的な〕意味での適用範囲」と述べている（後のⅡで取り扱った意味での自律的属地性と明瞭な限界画定をしないで。注(497)参照）。

(496) 他方では基本法第一四四条第二項は、「本基本法の適用が諸ラントの一つにおいて制限される」旨述べている。――明らかに（ベルリンでの妥当性についての）連合側の留保の重要性を弱めるためであろう。

Ⅱ　（普遍性と反対の）**空間的に制約された効力**としての属地性は、妥当又は適用範囲に関わるのみならず、ある規定、法行為（Rechtsakt）又は法律関係の実際上の効力の範囲（実行性）、即ちその

所属国外における承認に関わっている。その場合には再び以下の区別をしなければならない。即ち、

1 **絶対的属地性**とは、即ち内国手続では内国法のみが適用され、外国の法現象はそれ自体としては無視される。[497] このようなプリミティヴな見解が、現代でもなお特に高度に政治的な法律について主張される。たとえばそれは三十年代において当時尚新しく、かつしばしば阻害的と感じられた外国為替規定について行われていたが、現在も尚補償なき収用について一般的である。しかし純粋の民事法の分野においても公序の留保条項の（外国或いは内国における）過剰な適用は、その国境を越えて認められることのない「跛行的法律関係」の発生をもたらす（後述第四八節跛行的法律関係参照）。

2 **相対的属地性**とは、当該国についてのみその外国法に直接的効力が認められ、内国に対しては場合により間接の効力が認められるにすぎない。[498] このカテゴリーに属するのは特にその所属国外におけるその制限された適用の根拠としての公法のよく援用される属地性である。公法の適用範囲は必ずしも属地的ではないが（従ってある国の兵役義務は他国に居住するその市民に及ぶのであり、それ故それは属人的意図をもつともいえる）、尚効力の絶対的属地性は存続する（たとえば外国の国籍法は直ちに内国で適用され、同様に外国で発生した事故の民事法上の判断に際して外国交通法規が適用される等）。[499] むしろ直接の効力、即ち高権による強制によるその貫徹の可能性だけが――特別の条約が存在しない限りは――当該国の領域に限定されるのであるが、他方私法上の「反射効（Reflexwirkung）」[500] は内国においても確定され主張されうるのである。[501] 前提要件はただ公法規定が判断国の公序を侵さないことであり（たとえば判断国自体が当事者であるか当事国と連盟している場合、或いは中立である場合でも、経済戦争の措置がこれにあたる）、かつそれが適正な適用範囲としてもはや要求をしないということである。しかしいかなる適用範囲が各々適正であるか、特に属人的連結素が用いられるべきか属地的それかは、公法について唯一つの文章でいえないのは私法についてと同様である。[502]

そのような相対的属地性は、たとえば収用措置にみとめられる。この措置はたしかに収用時に収用国外に存在する何らの対象物をも把捉しうるものではないが（その所在地国が例外的に同意を与えるのでない限り）、収用地国で把捉された物の事後の他国への移送に際してもその効力を失うものではない。同様に公法上の措置（たとえば禁輸規定）により禁止された法律行為の無効性は外国においても主張されうるのである。同様のことが公法のそれ以外の民事法上の効力、たとえば外国為替法により定められた外国にいる私的債権者に対する代りにクリアリング機関又は他の公的出納所への支払いの義務を解除する効力や、強制賃貸借契約から生ずる相互の請求権

についてもあてはまる。

相対的属地性の他の例をなすのが知的及び工業所有権の保護である。この保護は――国際的条約が何か別段の定めをしない限り――それに応じた自己抑制が（上述Ⅰ1の注(493)より前の部分参照）存在しない場合であっても本来当該国についてのみ働くにすぎない。従って内国においては外国の保護法に反することはありえない。しかし当該国における外国の保護法の侵害に基づいてなら内国においても損害賠償の訴えはなしうる。

3　**相対的普遍性**とは、外国の法律関係がそれに相当する内国の法律関係に等置され――それが特別の行為によってであれ自動的であれ――、従って内国においてそれと同一の法的効力を有することである。

ここでは例として締約国におけるその成立後（かつその国際的登録後）は全ての他の締約国においてもそこに成立する権利の効力を伴って承認される、一八九一年マドリッド商標条約により保護された商標をあげることができる。更に外国法人の権利能力はしばしば相当する内国社団又は財団が権利能力を有している範囲でのみ承認される。国際民事訴訟法の分野からこの相対的普遍性のカテゴリーに属するのは、それらが判決国法によってではなく承認国の法規の枠内でのみ訴訟係属の抗弁を基礎付け執行されうる筈という限りにおいては、承認された外国手続又は判決である（詳細は後述第五八節承認Ⅴ）。

上述の全ての場合において、その実質は存続しているのに対していわばその国境において行為又は法律関係の偶発的要素の変形が行われるのである。

それらと比較しうるのは、不法行為法上の保護のみしか享有しないかの法制度、即ち法制度それ自体としては普遍的に承認されるかもしれないがその保護が各々の不法行為の準拠法から生じるものである。

4　**絶対的普遍性**とは、外国法律関係が内国でその所属国におけるのと同一の法的効力を有することである。これは現代国際私法上は原則的事例であり（たとえば人事法上の関係、契約並びに形成判決について）、国際的法共同体の理想と最も密接な関係にある。

叙上の（第一〇節Ⅰ）の国際的事実関係の取り扱いの諸類型と比べれば、そこで1及び2にあげられた無権利状態若しくは内国的事実関係と外国的それとの完全な等置と完全な属地性が対応するのに対して、相対的属地性及び相対的普遍性は外国の法行為の4にあげられた承認に、完全な普遍性は5にあげられた外国法との平等に対応する。他方国内的及び国際的な特別法（3及び6）はまた別の分野に属している。

属地性と普遍性の対立は、結局は付与された、即ち個別法秩序によりはじめて創設された或いは実質上形成された権利及び法律関係

と、「自然的な」法秩序によって単に確認され詳細に確定されたそれらの区別に基づいている。前者が性質に即してしばしば属地的に制限されるのに対して、後者は普遍性へ傾く。過激な実証主義はたしかに全ての権利を――外国の法状態の承認に基づくものを含めて――単に付与された、従って厳格に属地的な権利としてのみ把えようとする。しかしそれとても前国家的生活関係の自然的統一性を尊重せざるをえないのであり、たとえばある国で有効と承認され他国ではそうではない「跛行的婚姻」を望ましからざるものと看做さないわけにはいかないのである（後掲第四八節跛行的法律関係参照）。それに対して国家による介入（たとえば収用）の属地的制約性には全く問題がない。

勿論個別的にはあげられたクラス及びあれこれの法制度がそのうちのどれに帰属するかは**歴史的に規定されている**。ある権利の性質決定も時代と共に変わりうる。そこでいわゆる知的所有権についても国家により付与された特権から「自然的な」普遍的に保護された権利へ移る傾向がみとめられる（その個々の形成は属地的に規定されたままであるとしても）[503]。逆にたとえば奴隷は既にその完全な追放以前に一般的に承認された法律関係から属地的に制約されたそれへと失墜したのであった。

法律関係の効力範囲についても「属地性」という用語は、いずれにしろある法状態を指すものにすぎず、それを根拠付けるものでも精密にするものでもない（絶対的属地性が意図されているか、相対的それであるか）。

(497) VOGEL（前出注(87)）15N. 7:「自律的属地性」。

(498) VOGEL, DVerwBl. 1964, 88:「かの規定がその自国内の事実関係のみを規律しようとするかのように適用されるので『擬制された他律的属地性』である。Vgl. VOGEL（前出注(87)）123N. 174:「そのような規定に他国領域でみとめられる他律的適用範囲の問題」。

(499) この例をあげるのが SCHNITZER, IPR I 192.

(500) WALTER LEWALD, in: Beiträge zum bürgerlichen Recht (=Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, 1950) 127 (bzw. 435), präzisiert durch DROBNIG, RabelsZ 18 (1953) 659ff.

(501) たとえば F. A. MANN, Öffentlich-rechtliche Ansprüche im internationalen Rechtsverkehr: RabelsZ 21 (1956) 1ff. をみよ。JOHANNES SCHULZE, Das öffentliche Recht im IPR(1972), besonders 191f., 207 は首尾一貫して外国の私権形成的公法に対しても「一方での私的当事者と他方での外国国家間の争いに極力内国国家がまきこまれないようにし」事実上の争いの状態を「承認する」「非活動的な中立性」を主張する。それに対してより寛容な態度を特に公的生活保護の領域からの外国の請求権に対してとるのが、RAINER FRANK, Öff-

entlich-rechtliche Ansprüche fremder Staten vor inländischen Gerichten: RabelsZ 34 (1970) 56ff.

(502) 特に外国為替法についてはその適切な適用範囲の認識が、一方では一九四四年七月二二日の国際通貨基金に関するブレトン・ウッズ協定（BGBl. 1952 II 638）が明らかに締約国相互間において„Monetary Fund"により認められる限りで相互の外国為替制定法の承認を促進することとしているいらだたしい影響によって（この点については GOLD, RabelsZ 19 〔1954〕601ff.; 22 〔1957〕601ff.; 27 〔1962-63〕606ff.; 38 〔1974〕683ff. をみよ）、他方では過去数年の外国為替法に敵対的な判決、並びに当然のことながら当該私人に対する衡平が要請する限りでのみ連邦共和国の裁判所が承認しようとするソビエト占領地区もしくは DDR の外国為替法に関する判決によって、むずかしくされているのである。（最後の点については vgl. DROBNIG, NJW 1960, 1088ff. 参照。）このような状況の下では「正常な」国際的外国為替法の発展にはほとんどその余地がないのである。

(503) 会社の権利能力については、権利能力承認への「自然」権（自由な団体形成の原則）が認められないとしても特許制度から準則制度への移行が同様の効果をもっている。

Ⅲ　属地性の**両態様の関係**は理想的場合には合同即ち特にその所属国外における承認された効力範囲と自ら選ばれた適用範囲の一致のそれである。即ちその属人性に絶対的（或いは少なくとも相対的な）普遍性が対応し、実質的属地性に相対的な訴訟上の属地性が対応する（絶対的な訴訟上の属地性が直ちに取引敵対的であるのに対して）。食い違いは、一方では法秩序がそれに認められた外国の効力範囲を充たさないことにより生じうる（たとえばドイツにおいて私的相続人なしに死亡した英国人に対してドイツ国際私法が英国の国家相続権に普遍的効力を認めることにやぶさかでないのに対して英国の本領復帰法が英国にある遺産への属地的適用のみを要求するにすぎない場合）。この場合には結果として生ずる欠缺は反致の助けによるか（後掲第三五節以下）、或いは補充法（後掲第五二節）によって充足されねばならない。より頻繁なのは逆の、要求された域外的適用（たとえば収用措置の）が外国で承認されない事例である。その場合にはその妥当要求は単に効力をもたないものとなりうるにすぎない（収用国外に所在する土地は影響をうけない）。更に妥協の方法でそれでも要求されているものよりより弱い効力が承認されることもある（たとえば収用が被収用者に対する履行障害とされる）。最後にその抵触が私人にしわよせされることもある（たとえば収用された請求の債務者が収用国では新債権者に対する支払いを余儀なくされ、外国では旧債権者への支払いを余儀なくされる場合）。

Ⅳ　原則としての**領域主義**は人間を権利及び義務の独立の中心とみなさず、外国法秩序を排除して単に緩やかな内国との関連性がある

にすぎない場合においても内国領土権によらしめるということによって、反属人性、反普遍性の両者の根本的意義においてできるだけ巾広い属地性を主張する。

かような領域主義は封建的かつ絶対主義的見解の残滓として最も強く尚英国国際私法にみとめられる。[504] 英国人のもつそれ以外においては極めて自由な精神とのこの顕著な矛盾は恐らく――類似のより弱いとはいえ合衆国及びフランスの牴触法における特色同様に――ここではまさに国家内における内的自由と外部への国家の一国的完結性がその他の世界との交通において市民を国家権力と完全に同一視するということによってのみ説明されうるのである。それに対してイタリアとドイツにおいては数世紀に亘って絶対主義的小国家性と頻繁な外国支配に侵され、それに際してローマ的普遍主義の宗教的伝統と世俗的伝統に絶えずより緊密に結びつけられていたのであって、超領土的思考を獲得しまた極めて活発に展開したので、民族国家的統一の数十年においてもそれが消滅しえなかったのである。[505] かくてドイツとイタリアの国際私法は――特にその判例において――かの古い民族民主主義者のそれよりより自由な精神を発散させているのである。

(504) 詳細は RabelsZ 15 (1949-50) 183ff. (WORTLEY, The Concept of Man in English Private International Law の書評) 参照。これは残念ながら今日に至るまであてはまるのであり、同所でふれた一八六一年の Lord Kingdown's Act が一九六三年の Wills Act により廃棄されたにすぎない。

(505) 一九四二年のイタリアの制定国際私法については RabelsZ 15 (1949-50) 22ff. 参照。

第二四節 特徴的内容の法

既に述べたように(前掲第二〇節Ⅱ1)、連結の比較的適切な一般的定式はシュニッツアーの、ある法律関係に対して通例その特徴的内容の法が妥当すべきであるという説である。[506]

私見によればシュニッツアーの功績は、特徴的給付を(その先駆者たちのように)債務者の住所又は履行地の画定の為の手段とみなすにとどまらず――債務法の範囲をもこえて――法律関係の特徴的内容を直接的連結素とする、実に連結理論の核心とする点にある。彼自身もいう、「サヴィニーは既に各法律関係をそれがその本質に従えば帰属している法律秩序に関係づける正しい原則を見出していた。しかし彼はこの原則を実行することなく……全法領域を個別の規律されるべきカテゴリーの独自性を顧みることなく最初から特定の連結点に委ねたのであった。」[507] いずれにしろシュニッツアーの客観的定式は、「その適用を当事者が正当にも期待しえ、期待しなければならなかった」[508] 法という純主観的に捉えられた問題よりましである。蓋しこの問題によっては国境を越える法律関係の分裂に至る

か――各当事者が**その者の**法から出発するので――、或いはどのような客観的な連結が妥当すべきであるかが全く不確実なまま残されるからである。

(506) SCHNITZER, IPR I 52-54, vgl. auch II 639-648 (zuerst in der 2. Aufl. [1944] I 38f. bzw. II 513-521). 彼より前には HARBURGER, Ann. Inst. Dr. int. 19 (1902) 141 (=éd. abrégée IV [1928] 790) は、それによって相互交換的契約においては準拠される債務者の法を定めうる各契約の „differentia specifica" を語っており、FRANZ LEONHARD, Erfüllungsort und Schuldort (1907) 2 他ではしばしばある債務の給付地を定める為の「特徴的場所」、「最も特徴的な基準」と述べ（彼の索引をみよ）、同様に Baron NOLDE, Ann. Inst. Dr. int. 32 (1925) 133 (vgl.68) は「特徴的な主要な債務」、HOMBERGER, Die obligatorischen Verträge im IPR nach der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (1925) 17, 50 は「典型的（特徴的）給付」という、後二者は相互的契約の履行地の画定に関している。SZÁSZY, A szerzödö felek jogszabályválasztó joga a nemzetközi kötelmi jogban（国際債務法における締約当事者の自治の法、Budapest 1929) 263f. によっても立法論的には当事者の異住所に際して双方的契約くは債務関係に特徴的な主要給付の義務を負う当事者の住所地法を適用すべきであるという（彼の法律案の第一条第二項第二号。そのドイツ語訳は NiemZ 44 [1931] 64f.)。ある金額と特定の給付が交換されるような契約においては後者が一般にその契約に特徴的であることを強調しているのが BATIFFOL, Les conflits de lois en matière de contrats (1938) no. 93, S. 84.

(507) SCHNITZER, RabelsZ 38 (1974) 325f. 早くも一般的連結素としての特徴的関係をほのめかしているのが K. NEUMEYER, Ann. Inst. Dr. int. 32 (1925) 99:「国際私法においてはその事実が服している地域的関係のうちから最も特徴的な関係をとり出してこの関係によって準拠法を画定することが問題なのである」、である。しかし彼も又その考え方を一貫して実行しているとはいえず、たとえば（前掲1で）相互的契約に対する分割を肯定している。

スイス連邦裁判所は BGE 67 (1941) II 179 (181) においてはじめて「その義務が典型的に前面に出ている」契約当事者を問題にした。それに対して「最近推奨され」ている基準としての「係争法律行為に対して特徴的な給付」にはじめてふれたのは一九四五年二月二七日の判決 (Schw. Jb. Int. R. 5 [1948] 112) で (113) あり、従って BGE 78 (1952) II 190 (191) における表現「消費貸借については……最も密接な空間的結合 (Bindung) は通常貸主の住所地国を指している、なぜならその給付が特徴的」だからである、を引き継いだのである。

(508) So HEINI, ZSchwR 88 (1969) 603, unter Hinweis auf BGE 11 (1885) 364.

Ⅰ **一般的に**いえば「特徴的な内容の法」は、ある法律関係が個別的外形によってのみならず（締結地や関係者の偶然に共通の国籍のように）、またいくつかのそのような事情の重なりによるだけでもなく（grouping of contacts）、その本質的内容によって最も密接な関係を有している法秩序のことである。その表現は法律関係の「本拠」又は「重点」、或いは「最も密接な空間的（又は事項的）関連性」という昔の定式とは反対に単に形式的なものではなく、むしろ特徴的内容を強調することによって具体化する契機を包含している。「特徴的である」のは――それが典型的又は非典型的法律関係であろうとも――法律関係にその形を与えるその内容である。このような特徴的内容への連結によって他の関係や利益が非本質的であるとされるべきではないが、国際私法は通例ある関係をともかく相対的に最も重要なものであるとして取り扱わねばならないのである。

Ⅱ **個別的には**特徴的な内容の画定のためには以下のことにふれねばならない。

1 **相互的契約**においては、現物給付と金銭給付が相対している場合には普通は現物給付を特徴的内容とみなすことができる。即ち売買契約においては売主の給付が、賃貸借契約においては貸主の給付が、製造請負契約又は雇用契約（労働契約を含む）においては労働の給付がそれである。最近では割賦販売契約又は消費者契約一般についてさえも消費者に有利な多数の増加しつつある保護規定を援用して部分的にはその役割が契約に典型的なものとされる。[509] しかしながら私見によればその場合には主要給付及び反対給付がないがしろにされる。[510] この見解の正当な意図には他の方法で配慮されるべきである（後掲Ⅲ2末をみよ）。

たとえばその専門職たることがその取引の特色を規定している場合には（たとえば骨とう屋）、物の専門的な買入れに際して主要原則の転換が起こる。しかしながらこれらの場合には大量性自体又は全ての取引を統一的に取り扱うことに関するそれと結びついた当該契約当事者の利益が直ちに決定するのではない。むしろ契約がそれに応じた形をとらなければならないのである（たとえば常にその当事者の本拠において、或いは統一的定型に従って締結されなければならない）。異なる諸国に労働者とエージェントを有している国際的企業は直ちにこれらの者に対してその本部の地に妥当している法の適用を要求しうるものではない。相異なる小製造工場の製品を買入れている卸売商は特にこれらの場合にその相手側にも職業上参加しているのであって同じことがいえよう。――**交換契約**においては大ていは特に価値の差が相殺される場合にはある給付が主要給付であり他のそれは単なる**代償**にすぎないということが諸事情からいえる。[511] ――**消費貸借契約**にとっては本来資金の引き渡しが特徴をなしている。しかししばしば逆に投資の可能性の保証（たとえば貯蓄契約において）、或いは債務証書の発行（多額の貸付けにおいて）が

重要となる。[512]

2　**不法行為法**においては前面に出るのは不法行為自体も（刑法においてそうであるように）最終的な損害あるいはその原状回復さえもでなく、加害である。問題となりうるのは単にその地域化、又は他の方法の法的なはめ込みの確定にすぎない（後掲第三〇節Ⅲ不法行為地参照）。

3　**物権法**においては当該の物が決定的である。**相続法**においては通常はその遺産が処理されなければならない被相続人の人格が支配的である。しかし特別財産（特に農業用財産）における相続順位についてはこの財産が支配的である。

4　**婚姻法と親子法**においてはかなり以前から「家族の長」としての夫又は父の人格の家父長的強調から、配偶者の同権と子の福祉の為の監護へという変化が生じている（後掲第二七節Ⅳ3参照）。従って**養子縁組**も最近数十年のうちに次第に変遷してきた（それが形成的には従来通り契約として規律されている場合においてさえも）。即ち養親とその家族の利益からその重点が養子の方へ移され、従ってもはや以前のように養親の人格が養子縁組関係の特色をなすのではなく養子が中心となる。[513]（この点については前掲第一五節Ⅱ2の注(366)より前の部分参照。）

5　法律関係の「特徴的給付」という定式の効能を示す特に見易い例は、婚約者の属人法が異なる場合の**婚約**である。[514]その特徴的内容は人為的構成を要することなく花嫁の側に見出される。あらゆる妻の解放と両性のあらゆる憲法に則した同権にもかかわらず未だに婚約においては――そもそもそれがなおある役割りを果たしている場合には――通例妻が道徳的かつ経済的にも（たとえば職業上の栄達の代りに家政と子をとる方に予め決断する場合）より犠牲となっている。従って婚約中並びにその解消がなされる場合にはその属人法によらしめることだけが適切なのである。[515]この解決方法は婚姻締結の後に夫を家族の長とみなすような法秩序に対しても受け入れられる。蓋し婚姻の約束が既に夫の優位を理由あらしめているとまでいうような婚姻の先行的効力は恐らくどこの国においても問題とならないからである。

(509) GIGER, Geldleistung als vertragstypen bestimmender Faktor, in: Revolution der Technik-Evolutionen des Rechts, Festgabe Oftinger (1969) 63ff. 及び LANDO, Consumer Contracts and Party Autonomy in the Conflict of Laws, in: Mélanges de droit comparé… Malmström (1972) 141 (154) を引用している SIEHR, AWD 1973, 576 参照。

(510) 最も「活動的な当事者」の給付というのが LOUIS-LUCAS, in: Mélanges Dabin II (1963) 762 である。

(511) SCHNITZER, IPR II 1042:「たとえばある土地又は営業所が

抵当権又は宝石と交換されるとすると、その抵当権又は宝石は金銭の代りとして受領されるにすぎないと考えられる」、参照。

(512) 客観的な特色をこのように強調することで、本文の部分はそのアプローチにおいて異なるが、その結果においてはどの当事者に対してその契約がより大きな重要性を有するかという主観的契機をより規準とした私の ÖstZöffR 6 (1953-55) 62 における叙述とほとんど異なるところはない。

(513) たとえば GLÄSSING, Voraussetzungen der Adoption (1957) 44f.; HEINISCH, Beendigung und Nichtigkeit der Adoption (1960) 7, 14をみよ。

(514) 他の連結の試みの失敗については本書初版（一二五頁以下）をみよ。

(515) 同旨は G. HOLLEAUX（前出注(150)）637; VISCHER, IPR（前出注(366)）584=D. I. P. 81：二次的にすぎないが PÅLSSON（前出注(410)）138。

Ⅲ 勿論特徴的内容という定式は**決してオール・マイティー**ではない。

1 時には法律関係の**特徴的内容がどれであるか**が不分明である。たとえば出版契約において作品の引渡しが決定的なのか、その印刷及び販売がそうなのであろうか。[516] 協同契約についてはどうなのであろうか。混合契約においては不可能でないとしても特徴的給付の確定はますます困難である。

2 更にそのような特徴の確定の後においても**個別的な法秩序に至る道程が**——即ち連結属性の画定（前掲第一八節Ⅱ2をみよ）及び連結時点のそれが——時に不確実である。人的及び物的な法律関係の地域化のためには属人法（後掲第二六節以下）及び運送中の物の所在地（後掲第三一節Ⅱ3）をあげておこう。特に、シュニッツアーによって示唆されたようにそれに義務を負っている者の住所又は営業上の本拠（Niederlassung）との特徴的給付の結合は決して絶対的であるとはいえない。[517]

たとえば両当事者の計画された同一国への移住の直前にその移住先の通貨で供与されたが明示の合意が欠如しているが故に必ずその国の法に服しなければならない（従って旧住所の法には服さない）。[518] 消費貸借の事案がこのことを示している。土地に関する契約は、両当事者が同一国に住んでいなければ一般にその所在地法に服し買主の住所地法には服さない。それ以外においても往々主債務者の住所又は営業所の代りに現実の履行地が決定を行う。例えば労働契約においては営業地、エージェント契約においては営業範囲、海上運送契約においては目的地がそうである。同様に通信販売取引の給付は（それが商品やたとえば通信教育であっても）顧客にそれが申し込まれかつ提供されるべき場所へ地域化されるべきであろう。[519]

3 最後に従ってそもそも法律行為の**内容**は、その他の法律関係と

の関連性（たとえばある販売契約の枠内での個別的供給、商品やライセンスの転売、再保険におけるように[520]）や当事者の共通属人法などには重要ではない。当該の事情がその法律関係に直接の影響を与えない場合であってもやはりそれに添う法秩序との関連性は優先に値することがあるのである。

そのような全ての事案に対しては、個別事案の事情によって明らかに他の法秩序と更により密接な関係が存在する場合には、それによって原則的な連結が後退する回避条項が持ち出される（この点については後掲第四九節V）。ともかく特徴的内容という定式は既に制定法又は当事者の合意が準拠されるものと定めていない場合には常にまず第一に適切な連結への手びきとして用いられうるのである。

(516) この点に付 ZWEIGERT / PUTTFARKEN, Zum Kollisionsrecht der Leistungsschutzrechte: GRUR / Int. 1973, 573 (577f.) 参照。

(517) 六四五頁の叙述を正当にも和らげているが SCHNITZER, IPR II 1041 (Nachtrag zu II 619) 及び次の注をも参照せよ。

(518) スイス連邦裁判所判決 BGE 78 (1952) II 190 参照。シュニッツアー自らがその点について (IPR II 707)、「撤収中の住所はもはや債務の地ではない」という。因みに彼はこの判決以前にまさに消費貸借契約について明らかに、自分の原則においては普遍的妥当性を要求する公理が問題となっているのではないといっている：IPR³ (1950) II 625.

(519) それによって前出注(509)であげた著者達の関心に結果において対応するだろう。

(520) 従って英国の判例は再保険に対して――単純な保険契約とは反対に――被保険者の法を優先させる。MONACHOS, Re-Insurance in English Private International Law: J. Bns. L. 1972, 206ff.