



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際私法の基礎理論（6）
Author(s)	ノイハウス, パウル・ハインリッヒ; NEUHAUS, Paul Heinrich; 櫻田, 嘉章//訳 他
Citation	北大法学論集, 34(2), 201-222
Issue Date	1983-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16437
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(2)_p201-222.pdf



〈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(六)

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) (以上第三〇卷二号)

第二節 統一法

第三節 決定法と指定法 (以上第三〇卷三号)

第四節 国際私法の問題の捉え方

第五節 国際私法における正義

第六節 判決の調和

(以上第三三卷五号)

第七節 法廷地法——自国法志向

第八節 国際法

第九節 比較法

第十節 歴史

第二章 抵触規定の構成要件

第一一節 抵触規定

第一二節 類型化か個別化か

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

(以上第三三卷六号)

(以上第三四卷一号)

(以上本号)

第三節 性質決定

I Qualifikation という表現は、フランス語からドイツ抵触法学者の語彙に入ってきたのである。ドイツ語においては Qualifikation という用語は一般にある能力又は資格の存在を指すのであるが、フランス語では特にある対象の品質、性質又は特徴を意味している（これを我々はむしろ「評価付け (Qualifizierung)」或いは自然科学の用語法では「種類の画定 (Bestimmung der Art)」とよんでいるのであるが）。英米の法律家は適切にも «classificat-ion» 又は «Characterization» とよんでいる（彼等の間では «qualification» というのは大体ある制約を指している）。即ち意図されているのは、特徴付け、判断、分類又は包摂⁽²³⁵⁾というのに変らない。

第一段階の性質決定又は一次的性質決定は法廷地抵触規定への包摂である。第二段階の性質決定又は二次的性質決定とよばれるのはこの抵触規定によって適用されうると表明される法秩序への包摂である。

しかしながら「第二段階の性質決定」という表現には、詳しくは

三つの相異なる意味がある。即ち、他国法秩序への抵触法の包摂、特に反致や転致が存在するか否かの確認を目的とするそれ（後掲第三五節をみよ）であり、準拠法秩序の個別的規定のいずれが適用の指定をうけているかを画定するための準拠法秩序の実質法的体系または枠概念（人事法、債権法、物権法等々）への包摂であり（後掲第四四節をみよ）、最後に当該法の適用の過程におけるその法秩序の個別的事項規定への包摂（後掲第四六節先決問題―代用⁽²³⁶⁾）である。三つのケースのいずれにおいても二次的性質決定が一次的性質決定のそれとは異なる結果をもたらす、つまりその準拠法が法廷地抵触法とは別の内容をもつ同名の概念を用いている場合が考えられる（たとえば身分的な婚姻の効果と夫婦財産法的その別の区別を法廷地の抵触法とは違つて行つている場合）。たとえば国内法上も法人の行為能力が手続法上の目的の為と実体法上の目的の為とは必ずしも同じ取扱いをうけるに及ばないのと同様に同一事案の判断の相異なる段階が問題とされているのであるから、この点には論理的矛盾は原則として認められないのである。以下においては「性質決定」とは、別段ふれることがなければ、第一次性質決定を指す。

ある法命題の下への包摂は疑問のある場合には同時にその法命題の解釈、特に他の法命題に対するその法命題の限界画定を意味している。たとえば遺言能力が行為能力を取り扱っている民法第七七条に服するか、或いは相続に関する第二四二条以下に服すべき

かという問題が生ずると、遺言能力の性質決定は同時に第七条の解釈とその第二四条以下に対する限界画定を意味しているのである。⁽³²⁾

しかしながら性質決定と解釈は——言葉からみる限り——それが故に同義的であるのではない。⁽³³⁾むしろそれは包摂と解釈の關係同様の相関的概念である。従って抵触規定またはその構成部分の性質決定ということは誤った用語法であり、それはちやうどある原則又は他の小前提の包摂とはいわずにその解釈（ある事實關係又は他の小前提の包摂による）というにすぎないのと同様である。「住所」、「行為地」等々の連結素の解釈に対する性質決定という——残念ながら広く用いられている——名称は二重に誤っている。なぜならこの解釈は何ら「下からの」包摂作用による（即ち小前提の設定による）ものではなく、逆に「上からの」制定法上の概念の展開または具体化により行われるからである。

抵触法上の性質決定が形式上比較せられるのは連邦国家における特定の問題に対する立法権限の確定である。この場合にも問題とされているのは広く扱えられた集合概念への包摂であり、従ってたとえば「出版権」(基本法第七三条第九号——連邦の専属的立法)、「民法」(第七四条第一号——連邦とラントの競合的立法)や「出版報道」(Pressen)の「一般的法律關係」(第七五条第二号——梓規定に対する連邦の管轄権)⁽³⁴⁾の相互の限界画定なのである。

(32) «Kategorisierung“ von Prinzipien des Lager, Foreign Court-Theorie und Renvoifrage im englischen IPR (Diss. Basel 1968) 7.

(33) 一九六六年の新しいポルトガルの民法典(第一五条)は準拠規定のこの選択だけを性質決定とよんでいる。この規定の作成者の解説、FERREZ CORREIA, Das Problem der Qualifikation im portugiesischen IPR: Z. f. Rvgl. 11 (1970) 114 ff. 及び GARCIA VELASCO, Concepción del d. i. p. en el nuevo Código civil português (Salamanca 1971) 127-132 及び わゆる第一次的性質決定は何ら真の問題を提示してゐない、あるいは第二次的それゆきでは最終的なものではない、というが、それは特定の場合についてのみあてはまるのである。詳細は、in RabelsZ 35 (1971) 391 ff.

(34) 第三種の場合に対して K. VOGEL, Qualifikationsfragen im Internationalen Verwaltungsrecht: Arch. öf. R. 84 (1959) 54(64) は性質決定を問題としていゝ。即ち「外国法を指示する」(内国)事項規定の適用に際して「即ち外国法律關係を把握しようとする事項規定の適用について性質決定ということをしていゝ」。

(35) Rabert, Conflict 144 (≡ 2. Aufl. 50) が「性質決定から解釈へ」という標語を用いているのは、恐らくそれによつてこの関連性を否定しようとしたのではなく、より目的論的見方にくみして純論理的分類をいさめようとしたにすぎないの

である。限界画定と性質決定の間の RAABE, IPR 103f./107 中の区別は——それはそれぞれ抵触規定の解釈か個別事項規定の包摂がより前面に出ているかに応じてであるが——これらの側面の関連性をあいまいなものとす。

(329) 国際私法の文献に「性質決定」という表現をもちこんだ BARTIN は, Rec. des Cours 31 (1931-I) 601 において付随的に次のように述べている: 「定義と性質決定」これは同一の事柄である」——しかし「同一概念」ではな」と。

(330) 上の点で(329)は HELGA HOPPE, Die Qualifikation von Rechtssätzen, Eine Untersuchung anhand der Kanadischen Bundesverfassung und die parallele Problemstellung im IPR (1970) への書評 RabelsZ 35 (1971) 337 f. を参照せよ。

II 性質決定の実際的意義は争われている。しかし解釈はしばしば欠缺補充による法の発展的形成を意味しているのであるから、包摂、従って解釈の方法は国際私法のように非常に欠缺が多い分野においては極めて重要である。性質決定の問題を学問的に解説することは、相異なる諸国の同じ法文の抵触法規を国際的に統一的に解釈することができるかという特殊な問題に始まった。しかし遺言能力の前記の例が示すように個別的な抵触法の内部にお

いても性質決定はあいまいなことがある。(331) 限界的事例においては性質決定は新しい抵触規定の裁判官による創造と連っている。たとえばイタリアの affiliazione が養子縁組のように養親の法に従い、あるいは後見のように子の法に従って取り扱われ、また無権代理人 (falsus procurator) の責任が不法行為のそれとして不法行為地法により、契約上のそれとして (culpa in contrahendo に由来する) 表意地法によるが如きである。(332) 立法者もまた抵触規定の内容を規律されるべき問題がいかに分類されるべきかということに依存せしめることがしばしばある。(333) それ以外にも後になつて適応(後掲第四七節)や公序の留保条項(後掲第四九節)の助けを借りて修正しなければならぬような役に立たない結論を合理的な性質決定によって回避するのである。

直ちに全ての未解決の連結問題に既存の連結規則への包摂という方法で解答を与えようとするのは勿論ゆきすぎであらう。(334) また性質決定の助けを借りて、あまりにも異質な外国法の適用を(たとえばポリガミーの法)公序の留保条項を援用することなく国内抵触法の概念へそれを分類することが不可能であるとする事によって排すというのも正当とは思われない。(335)

一部においては独立の性質決定問題の存在がそもそも否定され、裁判所は「具体的事実関係からみてそれを守ることが必要だ

とされる規定を常に適用しななければならない、という見解も主張される。⁽³²⁷⁾ 言い換えれば、その適用が望ましいと思われる法の適用に到達するように裁判官は事案毎に性質決定すべきこととなる。あるアメリカの著述家が今少し慎重に述べているのだが、ある程度の国際私法における不確かさはその代りに法に対して柔軟さを与える、という。「性質決定という手段を通じてのもっともらしい策の選択」というのである。⁽³²⁸⁾ それらの見解はせいぜいあまりに硬直化した抵触規定を一般的に緩和する代りに個別事案において回避することになるにすぎない。⁽³²⁹⁾ 最悪の場合には自國法を出るだけ多く適用することを目標とする不当な性質決定が行われることとなるのである。

たとえば仲裁裁判所が内國の法人の代理権限とその代理の方式を法人の行為能力の問題として性質決定し、従って本来明白な代理および方式の準拠法（つまりいずれも外國の行為地法である）を犠牲にして内國法に従わせ、それに対して法人の契約の相手方に対する仲裁条項の許容性をたとえばそれによって相手方の行為能力としてその本國法によるのではなく、仲裁裁判所の本拠のある地の法、即ち又もや法廷地法によらしめるといふのは、極めて問題であると思われる。

従って我々は性質決定の問題をもまた不確かなままにしておく

のではなく精確に分析する方を好むのである。

民法法ドグマティクに対して抵触法的性質決定のもちうる意義の問題があるということをついでに指摘することとめたい。抵触法上の限界的事例においてはじめて時に法制度の本質があらわれ⁽³³⁰⁾ 従って時に性質決定に際してある構想の不明瞭さもあらわれ⁽³³¹⁾

(331) 最初にあげられた国際的な相連に際しては「狭義 (stricto sensu)」の性質決定といわれ、純一國のそれについては「広義 (lato sensu)」のそれといわれる。CARSTINA, Rev. roum. Sci. Soc. 10 (1966) 101 ff. 性質決定の抵触と性質決定問題を同様の意味で区別してゐるのが HERRELI (前出注 (160)) 11 である。

(332) たとえば GERHARD LUTHER, *Rabelsz* 23 (1958) 785 f. 参照。

(333) KROPHOLLER, *Die Anschienstaltung im internationalen Recht der Stellvertretung*: NJW 1965, 1641 (1645 f.); 彼自身は第三の方法を推奨している。

(334) NEMEYER (前出注 (92)) 219 f. におけるゲーブハルトの民法第一草案の理由書参照：「非嫡出子の父たりうる者に対する扶養請求権がいかなる法に服すべきかという」問題の解決は非嫡出子の扶養請求権の法的構成による制約をうける。

1. その請求権を不法行為債務に遡るのであれば、…行われた回きんの場所の法による…、2. その請求権を自然の父子関係、あるいは本質的には同一であろうが子をもうけた行為へ連結する場合には、その生みの父親が子の出生又は子をもうける行為の当時に属していた国家の法が解決すべきこととなる、3. その回きん者男性に課された扶養義務を、母並びに場合により子の扶養を要する本国又はその機関の同時的利益の為にその子に対する監護 (Fürsorge) に基礎付ける場合には、母が子の出生当時属し母と共にその子が属していた国家の法律の承認が要請される。」

(32) 恐らくこのような行きすぎを言っていると思われるのが NEUNER, Der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm, Eine Kritik der Qualifikationstheorie (Brünn 1932) であり「性質決定理論」というスローガンを併せている (特に一三二頁)。

(33) たとえば FRANCESKAKIS, La théorie du renvoi (前出注 (30)) 21 ff. nos. 17 f., und in: Mélanges Maury I (1960) 122; それによれば性質決定とは「国際化の一展開」であり、「国際的商事制度」への許容を意味している。

(34) BYSTRICKÝ, Zum Problem der Qualifikation, in: Fragen des IPR (Ost-Berlin 1958) 36 (37, 71); 性質決定の「市民的」理論と実務の批判にはまた WIEMANN, Die Bedeutung des IPR in der DDR: St. u. R. 3 (1954) 743 (757 f.)

及び POPESCU in: Fragen des IPR (前出) 76. これらの諸説の精神的な生みの親は恐らくノイナール (前出注 (32) 参照) であろう。

(35) F. HARPER, Colum. L. Rev. 59 (1959) 456.

(36) 不法行為準拠法の連結についてかよりに HARPER, a.a.O.

(37) RAMSAJEW, RwInfD 1958, 133 ff. und Rev. Crit. 47 (1958) 459 ff. (Sovetskoe gosudarstvo i pravo 1957 の独・仏訳の報告書の II, IV 及びその末によればモスクワの「対外取引・仲裁委員会」の実行はかよりのものであるという。Vgl. DERS., Die Außenhandelsarbitrage in der UdSSR (Ost-Berlin 1961) 17 f., 21. それ以来のこの実行の変更は認められない、WAEHLER, Die Außenhandelsschiedsgerichtsbarkeit in der Sowjetunion, in: PFAFF (前出注 (33)) 432 (476, 456) をみよ。

(38) Vgl. BEITZKE, AcP 157 (1958) 262; JAHR, Internationalprivatrechtliche Beiträge zur allgemeinen Zivilrechtswissenschaft, in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift……Heidelberg (1967) 179 ff. 同様に FRIDMAN, Where Is a Tort Committed?: Toronto L.J. 24 (1974) 247 (278): 抵觸法的理窟たる「行為地」の問題が不法行為法の本質的裂縫について執着するまゝがけを与えている。——他方 K. NEUMEYER (L. SCHNORR VON CARLSFELD, Internationalrechtliche Fragestellungen zur Dogmatik des deutschen Zivilprozessrechtes, in: Festschrift

Lent [1957] 245 [270] による)が既にその弟子達に「涉外法分野におけるドグマの構成の維持はたしかにその正しさを何ら充分に証明するものではないが、それを決定的に暗示するものである」ということを繰り返し注意していた」ということである。同様に HANS STOLL, in: Festschrift Böticher (1963) 365: 「抵触法はある法制度の訴訟法、又は実体法的性質に対するまさに試金石である。」

(342) 一九五七年六月一八日の男女同権法による民法第一三七一条——これについてはたとえば EIKE VON HIPPEL, Rabo's Z. 32 (1968) 348 ff. ——による剰余利得の夫婦財産制が相続法かという性質決定の争いや一九六九年八月一九日の婚外子法による民法第一九三四条 d) による事前の相続調整——これについては SEHR, Auswirkungen des Nichtehelichengesetzes auf das Internationale Privat- und Verfahrensrecht (1972) 146 ——をめぐる争いについてそうであった。いずれの法律も何らの抵触規定を制定しないということによってその改正を抵触法上の検討にかけることを省いたのである。

第一四節 性質決定の対象

性質決定の対象はどれであるのか、即ち「下位命題」として「上位命題」としての抵触規定の構成要件に包摂される事実関係

をなすのは何か、法律関係か生活関係か、はたまた実質法規か法問題か。従って、我々は抵触法規の本質的な構成要件のメルクマールが何かという前述のところ(第一一節Ⅲ末)後回しにした問題に再び行き当たるのである。蓋し、その下へ包摂される上位命題と包摂される下位命題は同種のものでなければならぬからである。

I 一般的には次のことがいえる。

1. サヴィニーによれば法規は「法律関係」を支配する⁽³⁴³⁾。それに対してしばしば強調されるのは、少なくとも法的行動と単に社会的な行動の限界をなす事例にあてはまることであるが、準拠法秩序があつてはじめて生活関係に法律関係のレッテルをはるといふことである。

2. 抵触規定の、従って性質決定の本来の対象としては、従って「生活関係(社会的関係)(Die soziale Beziehung)」があげられ、それ故抵触規定は事項規定(Sachnorm)と同一の対象を有するものと説明される(それはただ実質的法効果を直接的にはなく、間接的に準拠法秩序の名称によって定めるものにすぎない)。疑いもなく生活関係は抵触規定同様事項規定の「原素材」⁽³⁴⁴⁾ではある。しかし事項規定は直接に事実、たとえばある人間の出生へ最

も様々な法効果を結びつけている。それに対して抵触規定は事実自体を特定法秩序の適用性と決して結びつけることはないのであつて、むしろ少なくとも特定の種類の実質的法的効果を問題にしなければならぬのである。

そこでドイツ民法施行法の独自の抵触法においては、ある子供の出生に際するその権利能力については、即ちその子供の本国法（民法施行法第七条を類推して）が適用されるし、胎児の相続能力の溯及的確認には、被相続人の本国法（第二四条以下）、その子の嫡出又は非嫡出としての身分については、母の（真の又は擬制された）夫の本国法（第一八条）、非嫡出子の最も重要な両親との関係については母の本国法（第二〇条以下）、その余の親族への扶養関係についてはその本国法（通説）、出生後養子となりうる可能性については養親たるべき者の本国法（第二二条）、産後休暇への母の請求権については従業地の法（通説）、私保険の給付の請求権については、各々の契約準拠法（通説）、最初の子の出生後の夫の死亡した場合の婚姻財産共同制の継続可能性については婚姻締結時の夫の本国法（第一五条の支配的解釈）、待婚期間の婚姻障害の解消及び母の将来の婚姻締結に際して分割の証明書の必要性についてはその各々の本国法による（第一三条）等が適用される。

3. ある生活関係と法的効果を相互に結合している実質規定を一般的に抵触法の対象、従つて性質決定の対象と説明することも得

きない。蓋し、通例は——事実関係からのアプローチにおいては（前掲第四節I）——決して最初から特定の実質規定が問題とされるのではなくて、むしろ抵触法の適用をまっしてはじめてどの実質規定がそれぞれ援用されるべきかが分るからである。かようにオランダ人の外国における私署遺言の例においても、オランダの禁止規定（民法第九二条）が適用されるか、或いはそれを許容する行為地法（ドイツ民法第二二七条）によるかが問題となる。時には関連する法秩序のうちに主張された請求権が存在しないので、ある規定が全く欠除していることさえある。⁽⁴⁶⁾

4. 通常所与であるのは、実質規定の助けを借りて答えられるべき（そしてその限りではある程度はこれらの規定の鏡像となつている）法問題であるにすぎない。些細には或いは特定の事実から法的効果が（たとえはある子供の出生から）問題とされ、或いは逆に特定の法的効果の事実上の前提要件（たとえは有効な婚姻、又は離婚）が問題であり、時にはまた全く具体的に、特定の事実が特定の法的効果を有するか（たとえはある契約の不履行が損害賠償を義務付けているのか）が問題とされるのである。⁽⁴⁶⁾

チーテルマン以来用いられている各々の準拠法に対しての「効力の準拠法（Wirkungstatut）」という表現は、そこでは何ら効力

が定められるのではなく前提要件(たとえば離婚)が定められるのであるからあまりにも狭きに失す。⁽³⁴⁾ *Lex causae* というラテン語の表現は——裁判所の固有の法たる *lex fori* と反対に——、*causa* を單純に「法的事案 (Rechtssall)」と捉え、それでたとえば方式又は執行行為に対立するものとしての法的根拠を理解しないのであれば、まさにその無色である点においてより適切である。⁽³⁵⁾

法律は、ある請求権の前提要件とある事件 (Ereignis) の効力をを区別することなく、その抵觸規定の構成要件の為に、一般に出来る限り広いスパンをももしくも無色である概念を選択している。法問題が裁判官、戸籍吏、公証人、私的仲裁人又は法律顧問により出され答えられるかは全くどうでもよいことである。蓋し、法問題の発生自体が抵觸規定の適用性をひきおこすからである。——つまり既に裸の事実 (factum brutum) としての生活關係自体でも、実質規定の存在でも、また裁判官へ訴えてはじめてそうなるわけではない。重要なのは(どの抵觸法によって)どの法秩序の枠内でその問題が答えられるべきかということにすぎない。

それ故それは原則として抵觸規定へ包摂され又は性質決定される各々の法問題である——具体的にも、たとえばある請求権又は不動産又は動産という対象の性格のような個別の要素だけが疑わ

しいとしてもそうである。従って類型化された法問題が通常の抵觸規定の本質的な構成要件要素をなしている。「もし……ならば、……」(前掲第一一節Ⅲ)の基本的図式によるのであれば、従って理想的抵觸規定は、「これこれの法問題に答えるべき場合には、かの法秩序による」ということとなる。

(34) SAVIGNY 1 ff.

(35) RAUEL, Qualifikation 244.

(36) カヤールと GAMILLSCHEG, Überlegungen zur Methode der Qualifikation, in: Festschrift K. Michaelis (1972) 79 (84).

(36) 勿論ここで述べた前提要件と法的効果の問題とはまた別の種類の法問題、たとえばある規定の解釈又は歴史上の立法者がまだその視野に収めえなかつた事實關係に対するその適用の問題がある。他方では性質決定の対象としては、「ある手続を前提する」「申立 (Antrag)」「請求権 (Anspruch)」又は「権利 (subjektives Recht)」ではあまりにも狭すぎるであろう。従つて「事案 (Fall)」又は「法的事案 (Rechtssall)」——HEINERL (前出注(100)) 9 bzw. 13 が「どうやうに——では本来的に法的な要素の代りにあまりにも具体的事情 (Gegebenheiten) を強調しすぎている。——」仮定的法律關係 (Das „hypothetische Rechtsverhältnis“) が法問題と等

置かれる、というのが VALINDAS, La structur (前出注

(91) 355.

(347) RAARF, IPR 40 参照。

(348) 最後の二の二た意味での原因準拠法 (Kausalsatzu) については後掲第三一節IIIをみよ。

II 個別的事案において純私法の特実規定が中心となつて

いる場合には——たとえば私署のあるいは共同の遺言の禁止——通常の抵触規定を適用しうる為には、まずその実質規定がどの法問題に答えを与えるのかを確定し、しかる後にこの法問題がある抵触規定に包摂し(つまりその性質決定を行わ)なければならぬ。蓋し、——例については「イタリアの共同遺言の禁止は本国法に従う」とはいえないのであって、単に「ある共同遺言の作成が許されているのか禁止されているのが本国法に従う」といいうるにすぎない。その場合に当然注意すべきであるのは、相異なる法秩序の外見上類似する実質規定がその意味連関に依じてそれぞれ極めて相異なる性質決定をうけるべき法問題に答えを与えるということである。

たとえば勤勞していない妻を自己の所得により扶養すべき夫の義務は、一方では婚姻の財産法上の効果にも属するが(たとえば

夫に妻の財産の管理・用益権限がある場合)、他方ではその婚姻の人的効果にも属している(特に妻の側にも同一の義務が存在する場合)。同様に配偶者間の組合の禁止は、或いは婚姻の人的効果としても(夫の家長としての地位の利益の為に)、或いは財産法的効果としても(誤りのない夫婦財産関係の利益の為に)出て来うるものである。この場合には扶養義務もしくは夫婦間会社の禁止という**重複的性質決定 (Doppelqualifizierung)** について語れることもでき、従つて提出された法問題——それは様々なニュアンスをもつ——を解決する為に二つの相異なる法秩序に服せしめることができる。しかも三重的性質決定さえもありうるのである。(349)

(349) 一方では FERD, Das Französische Zivilrecht (1971) II 1203 (4B 159) を、他方では SELB, Martin Wolff und die Lehre von der Qualifikation nach der lex causae im IPR: AcP 157 (1958) 341 (346) を参照せよ。
(350) 配偶者間の訴訟費用の立替え義務については後出注 (375) 末をみよ。

III 「法律からする」抵触法の問題の立て方を正しいものとする**侵害規定**においてはそれに対して規定の性質決定が必要とされる。その場合に決定的であるのは抵触規定の文言 (Formulierung) ではなくその精神 (Sinn) である。

従つてある抵触規定——特に一方的なそれ——が法律から出発するように思われる場合には、まずそれがその精神に従えば法律の代りに事実関係が中心をなすような通常の規定に読み替え (Umformulieren) られうるものであるか否かを検討しなければならぬ。たとえばフランス民法第三條第三項は「人の身分と能力に関わる法律はフランス人を規律する……」と定めているが、

「フランス人の身分と能力は……その本国法により規律される」という規則へ铸直することができる。しかし同様の読み替えは、本當に第一に法律が問題となつており特定の事実関係をめぐらぬものでない場合には可能とはいえない。仮にある抵触規定が「国家または經濟政策的な根拠を有する履行禁止は履行行為の全部又は一部が禁止国で行われるべき場合に (限つて) 合意された契約準拠法とは独立に適用をみる」と定めていたとしよう。(331) この場合には別の文言であれば——たとえば「履行行為の許容性は合意された契約準拠法とは独立に、その行為の行われるべき國家の法に従う」——、全く別のより広い意味をもつてであらう。即ち、不道徳な契約の禁止や単なる債務者の保護規定との整合性をも包括するのである。

時に侵害規定と関わりのない抵触規定もまた規定や法制度から出発している。たとえば一九〇二年ハーグ後見条約や一九六一年ハーグ未成年者保護条約がそうである。(332) ——勿論これは通常の抵触規定との摩擦のない協調を犠牲にしてではあるが。(333)

これらの場合にはどの具体的規定が問題となるのかを確定しなければならぬ。しかる後にそれらの各々を性質決定する、即ちその後それが意図された類型と一致するかを検討しなければならぬ(上の例では、それが国家または經濟政策的な種類の履行禁止を意味しているか否か、である)。

結論としては、従つて性質決定の対象の問題は事実関係から法文化された(或いはそれに準じて読み替えられるべき)通常の抵触規定が存在するのか、或いは法律から出発する抵触規定であるのかに応じてそれぞれ相異なる解答が与えられなければならない。前者の場合には性質決定の対象は(抵触規定の対象と同様に)実質的法問題であり、それに対して後者の場合にはそれは実質的規定であるといえる。

(331) Vgl. ZWIEGERT, *Rabelsz* 14 (1942) 295.

(332) Vgl. KROPHOLLER (前出注 (295)) 45—51.

(333) 後掲第一六節 III の注 (397) より前の部分をみよ。

第一五節 性質決定の準拠法

性質決定の準拠法とは性質決定の基準となる法秩序である。

I 性質決定に対する基準は原則としてある法問題または規定がその抵觸規定の下へ包摂されるべき法秩序のみ由来すべきである。蓋し、いずれの法秩序もその解釈については第一に自ら決すべきだからである。たとえば遺言能力がドイツ民法第七条の意味での行為能力に属するかというのはドイツ法の問題である。即ち裁判所が自らの抵觸法を適用する限りはその性質決定は原則として法廷地法に従い行われる。それに対して裁判所が例外的に他国の抵觸法を適用する限りでは(たとえば反致の確定の場合、後掲第三五節をみよ)、その性質決定は当該他国の法に従い行うべきである。

他国の抵觸規定が内国法上も認められた語彙を用いている場合には、以前にはそれは即座に内国的意味で、かの抵觸規定の構成要件要素(たとえば「方式」)をめぐるのであるのか、或いは連結素(「住所」)をめぐるのであるのかを、解釈していた。しかし今日では他国の連結規定も通常はそれが当該国で理解されているように解釈するのである。

II この本来自明な法状態は三つの表見的例外により複雑なものとなる。即ち、

1. 法秩序はそれにより用いられた概念の具体化を明示又は黙示で他の法秩序に委ねることがある(「概念の指定」⁽³⁹⁾)。時にこの第

二の法秩序が最初から確定されていることがある。たとえばフランスの判例は民法第九九条のうちに「行為地法を指定する、遺言の性格を公的それと定める為の隠れた補助規定」⁽³⁹⁾をみていたのであった。また「関係を有する」法秩序への指定、つまり「開かれた指定」(第四節II a 参照)もありうる。国籍法がそのあらわれである。即ち全ての他国国籍の取得と喪失については争いなく当該国法が決するのである。⁽³⁹⁾同様に動産と不動産を区別する抵觸法においてはある物又は権利の不動産への帰属性(不動産としての性質決定)をその物又は権利がその法域に属している国の法に原則として委ねているのである。

たとえば機械が土地の附着物である場合にその機械が、或いは抵當状を含めた抵當権や不動産会社の持分が不動産とされるか否かは、当該土地又は関連する土地のうちの一つの法がそれを不動産と呼んでいるか否かに依存している。⁽³⁹⁾この定式によればたしかに幾つかの法秩序が同一の対象をその地域へ場所決定することもできるわけであるから所在地(この表現については後掲第三一節参照)についての抵觸が時に生じることもある(国境上に設置された建築物、或いは賃貸者の法によっても賃借者の土地の法によっても認められている賃貸された土地の附着物を考えてみよ)。しかしいずれの側からも不動産とみとめられず動産として認められているにすぎないのであるから性質決定の抵觸は排除されてい

る。⁽³⁸⁾従つてこの場合にはその対象を自らの対象として求めている法に従つた性質決定が國際的判決の同一性に役立っているのである。

しかしながら不動産に対する特別規則からは何らの一般原則を立ててはならない。たしかにある性質決定の正統性（不動産、婚姻財産制、相続法等々としての）に関する最終的決定をその場合に適用に付される法秩序に委ねることも何ら論理矛盾（循環論）ではない（効果法に従う性質決定）。特定の国籍の当該国法による

肯定又は否定も一般に承認されている（いずれの場合にもいはば条件付の指定、申込みが問題なのである）。更にマルティン・

ヴォルフの効果法による一般的性質決定を擁護する主張も非常に有名である。即ち「それは外国法による存在をきこちなく自らによつて特徴付けすることを慎しむのである。それが外国の分類に服することによつて、外国法がその法の精神に反して適用されることを妨げるのである。」⁽³⁹⁾しかしこの見解はその帰結において各法秩序がその適用範囲を自ら定めねばならないこととなる、即ち一方的牴触規定の先程否定した体系にいたることとなる（第一一節III 2 参照）。特に発生する積極的、消極的な管轄牴触は法廷地の

一般的牴触規定によるのではなく裁判官による適応（後掲第四七

節）によりケース・バイ・ケースにのみ解決することもできる。

しかしそれは國際的事実關係の規制の大部分を法的安定性を犠牲にして一般的な法規律からはずしてしまふことになる。あるいは動産と不動産というような牴触規定の全ての重要な構成要件要素の間に順位をつけなければならないだろう。しかしたとえ行為能力、婚姻の身分的効力や財産的効力の間（妻の処分能力について競合しうる）、契約、不法行為、家族法的關係の間（婚約破棄について問題となる）にいかなる序列がつけられるべきなのであるるか。効果法に従つた性質決定は幾つもの相互に矛盾する法規範による性質決定を度々もたらすことになる。

外国公法による請求権が国内においては訴ええないという前提からいえば（後掲第二三節II 2）、効果法に従つた性質決定はたとえ外国の強制加入団体の構成員会費あるいは負担額の支払い、その外国法がその請求権を私法的なそれとしている場合にのみドイツでも訴求されることができるのであるに對して、逆に全ての法律を公法であると宣言している全体的國家の法から生じる請求権は常に強制不能ということになる。

統一的概念について合意をなしえない場合、あるいは當事國の相異なる法的觀念を把握しようとするような場合には、それ故に

抵觸法條約が性質決定を効果法に委ねることがある。⁽³¹⁾

2. 抵觸法上の諸概念は同一法秩序の實質法上の概念と必ずしも一致しない(國際私法の独自性)。訴訟法、刑法、税法が民法に對するその諸概念の原則的な獨立性を貫徹してきたように、抵觸法もまた概念形成における種の自治を(法秩序全体の枠内において)主張することができる。⁽³²⁾かくしてドイツ抵觸法における婚姻の「方式」には——方式の實質法上の概念とは別に——婚姻の合意の表示及び公証の種類と方法についてのみならず、それに行する公告も含まれる。抵觸法上の枠概念はしかもそれに相應する實質法上の概念をこえるものたらざるをえない。蓋しそれは内國の法現象だけではなくて外國のそれをも把握しなければならぬからである。

民法法第一三条以下の意味における「婚姻」としては、即ち通例ドイツの戸籍吏の面前での合意の表示によるものにとどまらず、同様にたとえそれがドイツ法によるよりも容易に解消することができ、あるいはモノガミーでないものだとしても(但しそのような共同体の生存当事者が特定の法的な利益を享受する場合であっても、法的な拘束力を伴わない単なる同棲關係は含まない)外國において場合によれば宗教的司祭の面前で、またはそれによる、或いは他の方式によつたりそもそも無方式で締結された法律

上の結合も考えられているのでなければならぬ。

その著名な性質決定問題に関する論文(一九三一年)においては實質法上の概念と抵觸法上の概念の區別をはつきりとさせたのは、ラーベルの大きな功績である。即ち「裁判官の事項規定ではなくて抵觸規定が性質決定を規定するのである。」「⁽³³⁾實質法的」法廷地法と抵觸法の間の切斷は避けられないのである。」「幾多の抵觸法についてはその解釈が、専ら基礎をおきうるような個別の實質的法秩序がそもそも存在しない。条約により合意された抵觸規定やまた幾つかの對等の部分法秩序を伴う一國における中央の抵觸法、たとえばスイスの一九〇七年の民事法典制定にいたるまでの一八九一年の定住者並びに居住者の民事法上の諸關係に関する法律或いは第二次大戰後のポーランドにおける法統一に至るまでの國際的、地際的私法關係に関するポーランド法を想い浮べて頂きたい。

実際には國際私法の枠概念は徐々に判例によつて、しかも通例はやはり内國民法のそれに対応する諸概念から發展してきてい⁽³⁴⁾る。それは一國の概念の核心の周辺に「形成される(Heim-Kreis-⁽³⁵⁾Umfeld)」。従つてその發展に際して外國の法財によりその内容が豊かになる場合にも何が国内の抵觸法の概念に服し何がそうでな

いかに決定はやはり原則として内国法の問題として残っている。

しかしながら問題とされてゐる抵觸規定がその連結の選択において当該制度の内国の類型に特に合わせられており、外国の形式には合わない場合には比較法的性質決定による内国の概念の拡張には慎重さが要請される。たとえば養親の人格へ原則として連結する養子縁組に関するドイツ抵觸規定は（民法第二二条第一項）はもともと民法の実質法的養子縁組同様に子供のいない大人の為の制度としての同一の養子縁組の「家父長制的」見解に基づいてゐる。たとえば大ていの最近の養子縁組法においては養子縁組と子の里親制がとりわけ両親のいない子供の福祉に役立っているといふことを理由にイタリアの子の里親制（*affiliazione*）を一種の養子縁組と性質決定して（従つて民法第二二条により里親の属人法に従わせる）はならないのである。むしろ養子縁組に関するドイツ抵觸規定をできるだけ制限的に解釈するよう考えねばならないのであり、従つていずれにしろイタリアの里親制は後見（民法法第二三条）の類推により子の属人法に従わせねばならないのである。

稀な例外は、内国には知られていない外国の法制度をも明示的に斟酌してゐる国内抵觸規定である。

かようにしてギリシヤ民法法典第一六条はギリシヤの裁判官が外国の別居の承認の必要性がある場合に判決を下しうるようになり、離婚と並べてギリシヤ法上定めがなくギリシヤの裁判所によつて

外国人に対してさえ言い渡されえない卓床分離にもふれてゐる。

一九五六年七月一日及び一九五七年六月二四日のチュニシヤのデクレはその抵觸法第四条において国内チュニシヤ法に存在しない一連の制度（たとえば夫婦財産制及び準正）をもあげてゐる。

3. 抵觸法上の枠概念が原則的に国内法に属していることは、これらの概念が——その抵觸法全体がそうなるように——漸次國際的な統一に服することを排除するものではない。それは単に明文による法制定（条約又は一致した国内制定法。前掲第二節II、第六節IIIをみよ）により行われるだけではなく学問及び裁判官による解釈と發展形成というより穩やかな方法においてもなされるのである。「普遍的解釈方法としての法比較」とは実に実質法に対しても有機的法接近や法統一の手段として認められているが、それは抵觸法において正にこの役割りを果たしうるのである。抵觸法はとにかくその枠概念の展開の為に外国法の展望、即ち法比較（前掲第九節II）を必要とする。相異なる国内の「具体化の核（*Kristallisationskerne*）」にもかかわらず、全ての抵觸法において同一の法制度を顧慮することが結果において國際的に統一的な枠概念をなせもたらさないといえるのであろうか。

ラーベルはこのような考えを反論の余地のない言葉で述べてゐる。即ち「一般的に有用な法比較は……性質決定の〔國際的な〕

統一を達成するのである⁽³³⁹⁾」と。第二步をほぼ第一歩と同時に踏み出す天才の性急さをもって実質法からの抵觸法の解放の思想へ直ちに第二の一層大胆なそれを続けていこう。「抵觸法を「実質的」法廷地法のくびきから解き放てば比較法のおかげでそれらはお互いに適応するであろう⁽³⁴⁰⁾。彼はそれによって、彼の理論が国内法の確実な基盤を離れることになる、という批難を招いた。しかしながらそれは実定抵觸法の放棄が問題なのではなくて事物の本性に由る欠缺補充をめぐっている。国際私法が単にその固有の制定法性に拘束されているのみならず同時に国内法秩序全体の価値決定にも拘束されているということにとらわれているとしても、やはりその為には比較法的性質決定が認められ要請されている特殊一國的でない概念形成に広い領域が残されているのである。

(339) SCHNITZER, IPR 199.

(340) RABEL, Qualifikation 251; vgl. BARTHOLO, D. i. p.⁴ (1967) 727 no. 653 bei N. 35. 一九六七年一月一九日のフランスに対するハーグ遺言条約の実施以来民法第九九条はそれ以前の相続事件に対してのみ妥当している。

(341) 後出注(342)をみよ。

(342) 同前 CLARENCE SMITH, Classification by the Site in the Conflict of Laws: Mod. L. Rev. 26 (1963) 16 (29—für farm horses).

(343) SMITH a. a. O. 33: 「関連したはずれの土地の法もそれを

その土地へ付着したものとみなさない」場合には、ある対象は動産である。

(344) M. WOLFF, IPR 54. 彼の有力な加担がなければ NIEDERER, Die Frage der Qualifikation als Grundproblem des IPR (Zürich 1940) 27 の判断も恐らく適切とならなかつたであろう、即ち「効果法に従った性質決定の理論は、……法廷地法説の各主張者が「その理論を」それによって或る程度アンチ・テーゼとして引き立たせる為に……好んでその自らの解決策に對立する物として引用したが故に特になお命脈を保っているのである。」

(345) これを主張しているのがたゞえば BERTZKE, AcP 151 (1950/51) 272 並びに GAMILLISCHG, Int. Arb. Arb. 58 以下。

(346) 研究所の鑑定書 G 137/66, IPG 1965-66 Nr. 28 (dort auf S. 304) によれば一九〇二年のハーグ後見条約が最後の意味のものである。勿論 KROPHOLLER (前出注(25)) 49 N. 83 は見解を異にしており、「条約の事項的適用範囲は變動する」とし、「独自の」性質決定を主張している。いずれの見解も同一の結果をもたらす。即ち条約は離婚した親のオランダの「後見」をも対象としてゐるのである。——この問題はドイツとオランダの関係においてはハーグ未成年者保護条約(その第一八条第一項)によりその条約を代替したことの結果一九七一年九月一八日以降は単に歴史的意義のものでしか

ない。

(362) 国際私法の「巨魁」は——DE YANCUAS MESSIA
Les tendances autonomistes contemporaines en d. i. p., in :
Mélanges Maury I (1960) 563 (573) と異なり——国際私
法法源の国際的又は国内的性格の問題と直接に関わるもの
ではない。単に国内的抵触規定があるにすぎない場合にもまた
それは根拠付けられるのである。

(363) RABEL, Qualifikation 249, 287.

(364) GAMLISHEG, Int. ArbeitsR 19 N. 43 は以下の大まか
な原則を立てている。即ち他の諸目的の為の性質決定は正反
対たることの証明があるまでは国際私法にとっても有用であ
る。この意味では外国の法制度は内国のそれとしては恐らく
分類されるであろうように分類すべきであるという通常の定
式が最初の方向付けとしては役に立つのである。

(365) WENGLER, ZglRW 55 (1942—44) 326.

(366) イタリア国際私法における同様の状況にある問題につい
ては Rabelsz 26 (1961) 187 参照。——F. VISCHER, IPR,
in : Schweizerisches Privatrecht I (1969) 509 (625) = D.
i. p. (Traité de droit privé suisse I/4: 1974) 127 によれ
ば、「子は養子縁組によって養親の法圏内に入るという点に
おいて」養親の人格への連結が正当である。このような事情
によって子自身の属人法も変るのであるが、しかし子の属
人法（民法法第二二条第二項によれば斟酌されえない）と養

子縁組の準拠法との分裂は私見によれば疑わしい。後掲第二
〇節II最後から第二段目参照。

(367) JAMBU-MERLIN, Le droit privé en Tunisie (1960) 183,
268. 歴史的にはこの規制はデクレの施行から一九五七年九
月二七日のデクレによる第二の変更に至るまで当該制度を定
めていたフランス法が非イスラム及び非ユダヤのチュニシア
人に妥当していたということから説明される（一九五六年七
月一二日のデクレ第一条第二項）。JAMBU-MERLIN a. a. O.
180f. 参照。

(368) ZWIEGERT, Rabelsz 15 (1949—50) 5ff.

(369) RABEL, Qualifikation 267.

(370) RABEL a. a. O. 287.

III その他の点では性質決定の準拠法をめぐる争いは、以前は支
配的であった法構成的性質決定が機能的性質決定、即ち法生活に
おける個別的制度の機能に即した性質決定によってとって代わら
れる場合には意義を失う。蓋し、生活関係とそこから帰結する諸
問題が現代の世界においてはそれを克服する法構成的形式よりは
るかによく一致している⁽³⁷¹⁾ので、機能的性質決定が構成的それより
もより容易に個別的な法秩序の境界を超えて行われうるからであ
る⁽³⁷²⁾。

訴訟的問題と実体法的それとの限界画定については大体は一国的な色彩を帯びた法構成的性質決定に代えて機能的関連によるそれが推められる。従って一方では訴訟行為に対する損害賠償の問題と訴訟費用の負担の問題は、それが本来実体法的なものともなされる場合であっても、法適用に関しては訴訟法に含めるべきであらう。他方では実体法上の特定の制度と結びついた問題はそれに付属するものを取り扱うべきである、たとえば通例、当事者・訴訟能力、訴訟遂行の権利と義務、不作為の訴えの起訴可能性と許容性、訴訟排除期間、時効、認められた証拠方法の制限(ある種の行為方式の遵守の間接的強制が訴訟前においてもありうる)⁽³⁷⁾、証明責任及び既判力の範囲がそうである。ドイツの賃銀差し押えの限界(民法第八五〇条以下)は外国法による請求権に基づく差し押えについてもドイツにおいては手続法として適用される。それに匹敵する規則をもたない他の諸国においては特にドイツの扶養請求権について実体法上の制限としてそれが性質決定されることがある。⁽³⁸⁾

そうでなければ何らの相続人も存在しない遺産に関する国庫の復帰権又は相続権(Heimfall-oder Erbrecht des Fiskus)をめぐる争いもまた(Bona vacantia)機能的基礎に基づいて決定されるべきである。即ちその国家の権利はその起源に従えば、また若干の法秩序においては現代の法的な構成に従っても高権であらうが(それはその趣旨からいって自国領域内に存在する財産を対象とする)、やはりその主要な任務は——それ以外の相続権のそれ

と同様に——遺産の秩序にある。従って抵触法的には相続権と等置すべきである。⁽³⁷⁾

方式と内容の限界画定についての後掲第一七節をみよ。

機能的性質決定でなくては個々の法秩序における同一の実質的問題の解決の相異なる法的構成は相異なる抵触規定への包摂を招きがちであり、従って——一方的抵触規定の体系におけるように——積極的、消極的な管轄抵触をもたらすのである(規範重複と規範欠缺、前掲第四節IIも参照)。

機能的性質決定に代わる法構成的その恐らく最も重要な例をなすのが従来ドイツ(外国も同様だが)の実務における配偶者に死別した者の財産法的請求権である。その場合には夫婦財産法上の請求権(民法第一五条により婚姻締結当時の夫の本国法に従い取り扱うべきである)と相続法上の請求権(第二四条以下により死亡当時の最初に死亡した配偶者の本国法に従う)が峻別される。——これは、両請求権がやはり同一の目的、即ち配偶者に死別した者に補償し扶養するという目的を有することを無視し、従って他の請求権が存在することによって一方の請求権が消滅する(たとえばドイツ法上継続的な財産共同制がある場合)⁽³⁸⁾にかかわらない。この場合には機能的性質決定によれば、夫婦財産制の

準拠法を両配偶者の生存中の財産関係へ限定し、それに対して一方配偶者の死後の夫婦財産の整理（即ち財産共同制の継続性、全財産の分割、剰余財産の分離、生存配偶者の相続権）を全て最初に死亡する者の相続準拠法に委ねる、ということにならう。勿論若干の問題が考えられないわけではない（婚姻中の夫婦財産制の変更についてと同様に、後掲第四〇節Iをみよ）が、——相続準拠法が妻に認めない夫の死後の受益に関してたとえば夫婦財産制の準拠法も妻を終生差別していたという如き——著しい不公平はこれまでの実務に従うよりは稀なものとならう。⁽³⁷⁰⁾

(371) 前掲第九節I 5注(250)以後の部分参照。

(372) HANS LEWALD, *Règles générales des conflits de lois: Rec. des Cours* 69 (1939—III) I ff. (auch als Buch: Basel 1941), 81 (Daw. 80): 「外国法に基づき制度に帰せられた技術的・法的性質は、この制度がその法的機能については抵触法により認められたそれに相応している限りでは、無関係である」を参照のこと。

(373) 民法法第八九条第一項第三号、第三〇二条第四項第三号、第六〇〇条第二項、第七一七条第二項第一号、第九四五条又は第九九一条以下。配偶者間の訴訟費用立替えについては後出注(375)をみよ。

(374) それによって間接的な方式強制のなくなったフランスとイタリアにおける法定証拠の衰微と裁判官による証拠の判断の前進について Frey, *Anwendung ausländischer Beweismittelvorschriften durch deutsche Gerichte*: NJW 1972, 1602 ff. をみよ。

(375) ケイツの例証については Rabelsz 20 (1955) 237 f. をみよ。 KALLENBORN, *Die Prozesskostenverschuldung unter Ehegatten im internationalen und ausländischen Privatrecht* (1965) 135 ff. (PETER SCHLOSSER, *Rabelsz* 35 [1971] 585 ff. は書評で同意する)によれば、この義務は救貧法との密接な機能的連関の故に通例はそれと同様に法廷地法に従って判断すべきである (OLG Stuttgart 19, 12, 1973, IPR spr. 1973 Nr. 45 も同旨)。婚姻の身分的效果及び夫婦財産制の準拠法は二次的問題となる（三重の性質決定については前掲第一四節II末をみよ）。

(376) (オランダにうつす) JESSURUN D'OLIVEIRA, *FamRZ* 1963, 633—635 参照。

(377) 相続準拠法所屬国が外国の相続財産に関心を示さない場合合には、それで所在地法への隠れた反致（後掲第三七節）を認めることができる。この点は特にイギリス法にあてはまるであらう。本書初版においてそれと反対の証明として引用された事件 *In re Tutor's Estate*, 192 N. Y. S. 2d 254 (Surr. Ct. N. Y. Civ. 1959) 及び *イギリス及びハンジラ*

スの政府がニューヨークに所在する財産を *Bona vacantia* と主張したのであるが、恐らくは例外であったのである。(vgl. IPG 1973 Nr. 37, Hamburg G 156/72)。

(37) 民法第一四八三条第一項第三号。

(38) ラーベルは当初 Qualifikation 283 N. 4 においてこの解決を立法論として考慮したが、Conflict T 410 及び IV 366 においては断念している。本文で推奨した方法を抵触の事例についてだけ主張するのが MICHAELI, IPR (Stockholm 1948) 93 と KECEL, in: Festschrift H. Lewald (Basel 1983) 285 であるが、後者は適切な追記を行っている。即ち「その障害が(相異なる法秩序の部分の適用という)国際私法によってひき起こされたのであるから、私はそもそも原則的には国際私法的救済に傾いている。」同様の方向を示すのが SOHNTRZER, IPR I 116 である。しかしながら私見によればドイツの実務に相応した変更は適切とはいえない。蓋し法の継続性の故に判例の急激な変更が認められるのは、それが立法論にも合致する場合に限られるからである。しかしそのようなものとして推められるのは婚姻している被相続人の相続については婚姻の効力の準拠法による(ドイツ国際私法委員会の相続法部会が提案したように)。この点については FANRZ 1970, 13 参照)という意味で夫婦財産制の準拠法と相続準拠法の間の緊張を克服することである。

IV 今一つの相対化を蒙るのが、結果に導かれた目的論的性質決定(teleologische Qualifikation)による、性質決定についての実質法によるべきかという問題である。⁽³⁹⁾ある制定法の構成要件の解釈に際してそれに結びつけられた法的効果をも視野に入れ衡平な結果にたどりつくというのも今日の方法論に従えば全く正当である。負担を負わせる又は不利なスタチュート(Stautia onerosa oder odiosa)は利益をもたらす法律より狭く解釈すべきであるという大昔からの原則にこれは合致している。そのことによっては個別的事案において競合している法秩序の実質的内容がそのうちのいずれが適用をみるかということについて基準とされるということが国際私法についていわれているわけではない(前掲第四節 III 参照)。しかしあれこれの性質決定に際してどの連結が妥当するか——行為地法か属人法か、父の法か子の法が適用をみるか——が法制度の「性質」より重要たりうるのである。

あれこれの事例でどの連結が認められるかということをも既に考慮に入れていた機能的性質決定の前述の例を参照せよ。今一つの例をなすのがイスラムの子の認知である。それは(主張される)婚姻により生れたということの単なる確認としてのその形式的性質に反して、民法第一八条による子の出生時の父の本国法に従うのではなく、準正や養子縁組同様に認知当時の本国法によ

料
り判断される。⁽¹⁰²⁾

この方法には当然のことながら限界がある。たとえば公序を経ることなく法廷地法を適用しようとしてどの任意の法的効果をも

直ちに訴訟的と性質決定しうるものではないのである(後出注

(102) 参照)。

相異なる抵触規定の限界画定から部分問題という問題に達着することとなる。

(38) この表現を KROPHOLLER, EinheitsR 331 は少々がうた意味、即ち「抵触規定の目的や実質法上の制度の目的と機能を規準とする」性質決定に対して用いている。

(39) かつて das Institutsgutachten G 194/73 vom 30. 7. 1974.