HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際私法の基礎理論（８）
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(5)，175-201
Issue Date	1984-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16447
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(5)_p175-201.pdf

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(八)

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　累積連結
第二〇節　連結の公理
第二一節　既得権保護
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
（以上第三四巻三・四号）

第二五節 Fraus legis
第四章 個別連結について
第二六節 属人法の連結
第二七節 国籍
（以上本号）

第二五節 Fraus legis

事項的に適切な連結の敵として現われるのが fraus legis 又は法律回避である。[521]

I この**問題**は国際私法上、本来適用されうる法律をより有利なそれによっておきかえるように、私的利益の為に個別事案においてその連結に影響を及ぼそうとする試みの全てについて現われてくる。或いはある所与の又は将来の事実関係の望ましくない法効果が回避され、或いは望ましい法効果がそれに対応する前提要件の不存在にもかかわらず詐取されるというのである。[522] このことは四つの相異なる形態で生じうる。即ち(a)形式的に許された法選択の濫用により（この点については後掲第三三節III2a及びIV1）、(b)当事者がその行為に必要に応じて売買法的な又は信用法的、或いは特許法や会社法的な衣を被せることによって国際私法の多くの体系概念の形式主義を食い物にすることによって、[523] (c)連結事実、特に行為地や居所地、或いはまた住所や国籍のような「可動の」連結素の操作によって（より稀なのは動産の所在地の操作である）、(d)また別の牴触法から出発する他国の裁判管轄権を確立することによって、である。

最後の場合においては——これを先取りすれば——出発点となる国における効果が時には全く意図されていない。例えば本国へその後に帰還することなく他国で行う結婚又は離婚や、本来準拠される婚姻財産法や相続法の排除を許容している国における財産の取得である。[524] 時には当事者にとっては**不完全な**効力でも充分なのである。例えば本国においてはたしかに取り消しうるが形式上有効な婚姻を外国で締結することであり、当事者はその取消しを本当には恐れてはいないのである。このような場合にも何ら成功をみなかった（いわゆる不真正の）回避があったというわけではない。

(b)及び(c)にあげた態様の回避事例においては詐欺的な（fraudu-lös）連結による隠れた法選択ということができよう。[525] しかしその場

合には以下の区別をすべきである。即ち、

1　時には特定の性質決定、或いは連結素が単に**見せかけのものとされる**。たとえばカルテル契約が、その種の契約に対してのみ法選択が自由であるような場合には供給契約としての形をとる。或いは実際の作成地におけるよりも当該国においてより便宜な方式規定があるが故にある文書に対して偽りの作成地を申立てることにより外国の作成地がとりつくろわれる。(526) 或いはその適用をうけるようにより有利な婚姻締結法又は離婚法を有する領域に継続的な居所が申し立てられる。その場合には真の事実関係の暴露で充分であり、それで意図された法律回避が挫折するのである。従ってここでは若干の者は全くfraus legis を語ろうとはしないのである。(尤も既に詐取された国家行為が再び撤回されうるか、又は外国において生じなかったものと取り扱われうるかどうかは一般的に述べえない。)

2　それに対して(相当する契約内容の形成による)問題の性質決定又は問題の連結素が**実際に実現されはする**が特定の法が適用されうるという目的の為にだけそうである場合には、当事者が依拠している抵触規定がその趣旨と目的からそのような事案に対しても妥当意思を有するか否かが問題となる。後の場合にのみ操作に反対すべきことになる。

例えば「場所は行為を支配する」の原則はドイツにおいては婚姻締結の方式に対しては(宗教的方式と民事的方式の間の決定の宗教政策的重要さの故に)各々の領土高権の承認として理解されるべきである。即ち各国はその領域で婚姻がどのような方式で締結されてよいかを自ら定めうるのである。そこで二人のドイツ人が信仰上の理由から民事婚を避けようとするが為にだけ外国でその地の法に従って宗教的方式で結婚する場合にも、それには問題がない。一般的にはしかし場所の方式の遵守で充分であるのは、効果法上の方式を外国で守ることの実際上の困難の故であるにすぎない(前掲第一七節I参照)。従って隣接国における財産法上の契約の無方式の締結も、その地の法に従えば何も知らない相手方を無思慮な表示に拘束しうる為や全ての公正証書作成費用節約の為であれば、もはや援用された抵触規定の趣旨に合致しないのであって法律回避となろう。

同じことが、その地の法に従って離婚し又は結婚することの目的の為にだけ(その目的の為にする属人法の**継続的**変更の方がまだましであるのだが)するある国での住所又は国籍の意識的に短期的な取得についてもいえるし、更に相続効果を定める連結素(場合によりそれぞれ国籍や住所、又は財産の所在も)の変更についてもそれによって近親者の犠牲による遺言の自由の拡張のみを目的とする場合には、同じことがいえる。但し後にあげた相続法上の事例は回避を示す通常の徴憑である後日の旧法域への復帰が被相続人の死後は行われない限りではきわどいのであるが。

(521)　この問題を異なる法秩序において相異なった取り上げ方をし

ていること――フランスでは強く、ドイツではあいまいに、イギリスでは最も弱く――を強調するのが KROPHOLLER, Schutz Minderjähriger（前出注(295)） 118 N. 116 である。

(522) GAMILLSCHEG, RabelsZ 37 (1973) 813 は適切にも連結の原因と効力の取り違えであるという。

(523) KRONSTEIN, Crisis of „Conflict of Laws": Georgetown L. J. 37 (1948/49) 483 (487 ff.) の „The Rules of Conflict of Laws—a Football in Private Hands" の項参照。これは各分節の表題抜きの形で KRONSTEIN, Recht und wirtschaftliche Macht (1962) 289 (293 ff.) に収載されている。書評は RabelsZ 15 (1949-50) 358°

(524) „as a matter of public policy" でニューヨークへ運び込まれた財産を完全にその地の法へ服せしめることが承認された ***Wyatt v. Fulrath***, 211 N. E. 2d 637, 639 (N. Y. 1965) 参照。

(525) これらの事例では通常適用される**抵触**規定が回避されるというか、或いは問題の**実質的**規定の回避というかは実際上取るに足りないことである。正確にいうべきであれば、即ち、回避されるのは抵触規定の法効果、つまり当該実質規定の準拠性である。

(526) 「表見行為」という表現はこれとの関連においてはいずれにしろ用いたくない。なぜならその行為は全体としては全く真摯に意図されているのであって個別の要素（つまり連結に規定的なそれ）だけが見せかけのものとされるからである。

II 法律回避の**克服**は特に対応する意思を前提としている。即ち時にはある法律回避が特に外国の法律をめぐって行われる場合にはそれが一般に不公平と感じられている法律に対する唯一の助けであるので公式に認容されあるいは公けに許可される。同様にその反社会的性格を憂慮しながらもそれを利用することの稀れであるが為に一般的に利用しうる態様ほどには危険でない、特に費用のかかる回避形式がしばしば黙認される。更に既成事実の受忍がより小さな悪であるということもある。たとえば監護権をもたない親の方による子の誘拐に際して (legal kidnapping) その子の数ケ月後の強制的連れ戻しがその子を精神的にひどく傷つけるというような場合である。結局法的安定性の観念は無視されるべきものではない。

かくて隣接国における契約締結の上述の例においては、より簡易な又はより安上りの場所の方式において締結された全ての契約の有効性が職権で（例えば会社法上の又は不動産の取引の登記に際して、或いは後日の訴訟においてさえ）問題にされるべきような場合には耐えがたい法的不安定さをもたらすこととなろう。――しかしながら婚姻法の分野においては全ての外国で行われた法律回避が詐欺的な婚姻締結又は離婚が敢行的それよりましであるという理由で認容されるべきものではない（この点について第四八節敢行的法律関係、特に注(987)参照）。

法律回避の認容又は許可さえすることの意義は時に過小評価される。[527]

公式に認容される法律回避の特にホットな例をなしているのがいわゆる船舶の「旗を変える」、即ち労働（及び租税）法的規定を回避するために「より安価な旗」によってある国で設立され、その会社から親会社がその船を傭船するという子会社への譲渡である。これは競争能力のない場合に比すればより小さな悪とされる。

法律回避を有効に克服しようとするとして、その為には刑罰規定は――それらがそもそも顧慮される場合においても――必ずしも常に充分なものではない。蓋し程々の刑事罰又は秩序罰は、或る者にとってはその目標、たとえば離婚や婚姻締結を達成しさえすれば止むを得ないものとされるからである。同様に詐欺的な行為の制裁として提案された全てのうるさい帰結という負担もまた法律回避に際してはしばしば既に折り込み済みである。[528] しかも回避取引の無効宣言も[529]行為地の外国への移転のような純粋に事実的な回避行為に対しては役に立たない。法律回避に対処する為にはむしろそれを端的に効力のないものとしなければならない。即ち詐欺的な表示や行為があたかも存在しないかのように回避されたうるさい法律をなお適用し、詐ってえられた有利な法律を適用しないのである。

1　„fraus legis" は（抵触法並びにその他の法の）**特別構成要件**として規定されていることがある。[530] しかしながらこの構成要件に属しているのが――「回避」という言葉の通常の用法を異常に広い定義によって回避しようというのでなければ――回避の又は詐欺的な**意図**である。[531] かような意図はしばしば立証に困難である。蓋しある英国の裁判官が何世紀も前に述べているように「ある人間の考えは立証の対象とされるべきではない。蓋し悪魔も人間の考えが分らないものだからである」。[532] その上更に意図は一般的基準として不適格である。[533] 蓋し一方では抜け目なさそれ自体を処罰しえないし、他方では単に法律目的の計画的な挫折のみならず偶然のそれをも防止することがしばしば望ましいからである。[534] 従ってこのような解決策では十分とはいえないのである。

2　**公序の留保条項**（民施法第三〇条、後掲第四九節参照）は、関係者の意図とは独立にある外国の法律の不適用を、「その適用がドイツの法律の目的と善良な風俗に違反するような場合に」可能としている。勿論これは事柄の一定の重要度を前提としている。[535] 大ていは留保条項はある外国の法律の適用に対してその**内容**について援用されるが、しかしその適用が特別の事情によってけしからぬものと考えられるという場合についてもあてはまる。しかしそのような詐欺行為の克服もまた通常は公平やその法が回避されるがその回避を

原則として受忍しない国との判決の同一性という根拠によって、また内国が他国の法律の回避の為の「天国」であるという評判に陥らないが為にその国の自尊心という根拠によっても望ましいのである。(後者の観点はドイツにおいてはたとえば外国人の多くの離婚訴訟や養子縁組の申立てに対しても述べられてきた。)——従ってこの解決策もまた不十分なものである。

3 法律の文言と目的の間にくい違いがある場合にその目的に有利に解決する**目的論的法律適用**は fraus legis の特別の法的形態や公序を(従って通常の抵触法的体系の打破を)放棄し、意図と偶然の区別や内外法のそれをすることなく常に立法者の意思に勝利を認めるということができる。ここでは法律回避の問題は普通でない構成要件の実現の場合における法律適用という一般的問題につきあたり、特に抵触法上は単に全く一時的な連結で足るか否かという問題をもたらすのである。

たとえばあるドイツ人が他のドイツ人にフランス又はオランダの国境をこえて一緒に行った散歩の間に口頭の保証の表示を行ったとして、それが行為地法上は有効だが(仏民第二〇一五条又は蘭民第一八六一条)、それに対してドイツ法上無効である場合に(独民第七六六条)は、——相手方の悪意の意図とは独立に——その者にドイツ契約準拠法の保護を与えないことは納得できないであろう。観光旅行中に通過国において契約準拠法に反して私署で締結された外国の土地に関する売買契約についても同じことがいえる。(536)

但しこの解決策の前提はそれぞれの抵触規定の目的に関する明瞭な判断、並びに拡張的又は制限的適用によるものであれ類推又は目的論的縮小によるものであれやむを得ない場合には法律の単なる文言を無視することへの——相当する一般条項に基づいて、或いはそれなしでも——覚悟である。(537) この前提がない場合には具体的な法律回避を防ぐ為には前に述べた二つの法的形態のうちの一つに頼らねばならないであろう。

(527) 意識的黙認であって例えば回避を克服することへの無気力であるとはいえないのが恐らく当時生来の内国人の外国での離婚に対するある種のオーストリアとイタリアの判例の根拠をなしていたのである(いわゆるトランシルヴァニア離婚及び河川離婚。MAKAROV, Allg. Lehren 211 ff., 218 ff. をみよ)。——V. SCHILLING, RabelsZ 5 (1931) 639:「教会と本国がその者に離婚を禁じているカトリック教徒は全世界のどこにおいても耐えがたくなった婚姻の絆を解きえないというべきなのであろうか……。」をも参照。——待婚期間のスイスの婚姻障害の回避の公式の促進については(スイス民第一五〇条) RabelsZ 21 (1956) 727 N. 4. その点について die Mitteilungen SchwJZ 1960, 180,

228 und 248 をみよ。――婚外子のその父に対する扶養請求権について SATTER,DR (Wiener Ausgabe) 1943, 17（地際法について）は、「通常の事案における抵触法的決定を恣意的に左右することは子供の権利に都合がよいのであり、その結果はそれで社会的立場からは申し分なく、まさに望ましいものと思われる」と述べている。同様に RABEL, Conflict I² 676（連結素としての出生地について）：「分娩前に母親が自分やその子に不都合な法がある場所へ移る危険性はとるに足りない。その子の為になる改善は歓迎すべきものである。」

(528) そのような間接の処罰の一例をなしているのが英国の判例 *Re Emery's Investments Trusts*, [1959] Ch. 410 であり、その妻の名だけを有価証券に記載したことが外国の租税を回避するためだけになされたという主張を夫はなしえないという。

(529) 例えばアルゼンチン民法第一二〇八条「共和国において他国の権利と法律を侵害する為に締結された契約は何らの効力をも有するものではない」参照。

(530) リヒテンシュタイン物権法第一三条第三項「法律回避の明白な意図で行われた場所の変更は顧慮さるべきではない」参照。一般的に述べているのがポルトガル民法第二一条「衝突規定の適用上は事実的又は法的な、他の事情の下では管轄を有するであろう法律の準拠性を回避しようとする詐欺的意図をもって形成された状況は取り上げられない」である。

(531) MARIDAKIS, in: Mélanges Maury I (1960) 239 によれば回避の意図が問題とされるべきではなく、むしろ連結事実の惹起の風俗違反だけが当該の者がこの構成要件から何らの利益をもひきだしえないという効果をもたらすべきなのだという。しかし原則としては風俗違反はまさに回避意図にこそあるのであり、そうでない場合には風俗違反の行為、たとえば破産者の外国への逃亡がまさに抵触法的効果の拒否によって罰せられるべき何らの必然的根拠も存在しないのである（外国で作成された遺言の方式適合性をたとえば承認しないことによる例における ように）。

(532) BRIAN, C. J., in Y. B. 17 Edw. 4, Pasch., fo. 2, pl. 2 (1477) とりわけ MEGARRY, Miscellany-at-Law, A Diversion for Lawyers and Others' (London 1969) 242 に引用されている。

(533) SCHNITZER, IPR I 257 は正当にも「当事者が法律が考え及ばなかった構成の可能性を自分達で見出すことが直ちに非難すべきものとはいえない」と述べている。たとえばローマ法の発展に後から加えられた法律行為がどれだけあったことか (RABEL, SavZ/Rom. 27 [1906] 290 ff. 参照)。

(534) 立法者が明らかに故意的回避を罰しようとしている事例は勿論別である。たとえばナチの血統保護法第一条第一項第二項 (RGBl. 1935 I 1146) や婚姻健全法 (ebd. 1246) 第三条第一項第二項がいずれも外国で締結された禁止違反の婚姻を回避意図の存在する場合にのみ無効と宣言している点を参照（詳細は KÜLPER, Die Gesetzgebung zum deutschen IPR im „Dritten Reich" [Diss. Hamburg 1975] 51 ff. mit N. 153 ff. sowie

96 ff. mit N. 271 ff.)。スイス法の無効原因を回避しようとする「明白な」意図がある場合にのみ外国でその地に妥当する法に従って締結された婚姻を承認しないスイス NAG 第七条以下は更にひかえめである。

(535) かように正当に述べるのが VERPLAETSE, Reappraisal of the Concept of Evasion of Law in the Private International Law: Rev. hell.11 (1958) 264 (277).

(536) 費用節約を目的とする外国での公正証書作成については後出注(963)をみよ。

(537) 最後の二つの重要性を特に強調するのが WESTERHOFF, Gesetzesumgehung und Gesetzesverschleichung (Diss. Hamburg 1966) 88 ff., 205 ff. である。

Ⅲ 抵触法領域における法律回避に対する有効な**予防**としては一方では意図された内容とその文言の間にくい違いを生じない抵触規定の法文化があり、他方では(既に上掲第二〇節Ⅰ4でふれたように)操作を全く許さない構成要件要素と連結素の選択がある。勿論いずれも達成不能の理想ではある。即ち各規定の ratio を余す所なくその文言中に表現することはできないし(特にこの ratio が時と共に変遷しうるのであるから。第二六節Ⅱ注(567)以降参照)、しかも詐欺的操作にそれが左右されないという観点からだけ連結素を選択してはならないのである。(538)

(538) アメリカの判決 *Larson v. Callogly*, 361 F. Supp. 305, 309 (D. R. I. 1973) とそれに関する Note, N. C. L. Rev. 52 (1973/74) 1279 ff. を参照。即ち真の内国における住所を確保すべきである離婚前二年間の居住の要件を、移住自由を犠牲にした機械的連結をもたらすという理由で違憲であると宣言したのである。

第四章 個別連結について

第二六節 属人法の連結

Ⅰ 「**属人法**」(Personalstatut)の概念は今日のドイツ語の用法に従えば(その成立は前掲第一〇節Ⅲ4注(274)の後の部分で示唆されている)ある人又はある法人、或いはそれ以外の人的団体の全ての人的法律関係に対して準拠される法秩序をいう。この言葉は人の身分又は状態を言い表わしている英国の呼称 „personal status" 即ちそれが既婚者又は独身者、嫡出、非嫡出又は準正子としての人的状態であれ、国民又は外国人、行為能力者又は行為能力の制限された者、連帯債務者、公民権を喪失した反逆者、後見人としての地位であれ、或いは法人としての地位であれ、ある法共同体の中における地位とは峻別されねばならない。玉虫色のフランス語の表現である „statut personnel" も結局或いはドイツ語の意味での属人法を

(„loi personnelle" とも呼ばれる)、或いは英語の „status" 同様に人の法的地位 („état et capacité") を、或いは属人法に服する分野の総体（即ち連結の対象）[539]を指している。

どの問題が属人法により判断されるか („statut personnel" に所属するか）の限界の画定は個別抵触法により異なっている。

ドイツにおいてはそれに属するのは本質的に人事・家族・相続法の諸問題である。――特に広くカバーするのは伝統的に**イタリア**であり、一八六五年の Codice civile（昔の格率「動産は骨に付着する」を承継し、商品在庫と銀行預金に対して「動産 (fahrende Habe)」と現金の優位していた時代からの遺物）において動産物権をも属人法に服せしめ (Disp. prel. Art. 7 I) 今日尚贈与、契約上の債務、法律行為の方式を選択的に行為者達の（共通の）本国法により判断している（一九四二年の Disp. prel. C. civ. 第二四条乃至第二六条）。**コモン・ロー諸国**では属人法は恐らく最も重要性をもたない。ここではその適用範囲は三重の点で制約されている。即ち不動産に対する所在地法の絶対的妥当により――家族・相続法における行為能力についても――、それ以外の行為能力に対する行為地法の準拠性（争いあり）や更に婚姻締結の要件に対するそれにより、最後に特に離婚・養子縁組法における法廷地法による。

最近ヨーロッパ大陸において属人法の範囲が縮減するように思われるが[540]、それは部分的には単に国籍から常居所への属人法の連結における変更が存在しうるのであり、それがいわば周辺から生じている（特に扶養問題においてと裁判所による措置について、最近のハーグ条約によればそうである）のに対して、中心においては „état et capacité" の法的規律に際しては古い主義がなおゆるいでいないように思われる。属人法の解消というよりも恐らくより適切にはそのなしくずし的「転極」という方がよいであろう[541]。

(539)　この最後の用語法を示すのがたとえば一九二九年七月一二日のドイツ・ポーランド定住条約であり (RGBl. 1930 II 1006)、その解釈についてはフランス語本文の第一〇条第一項によっている。即ち最終議定書においては第八条第三項について「人事・家族・相続法、即ち属人法は以下の事柄を含んでいる。即ち婚姻……」等と述べている。

一九五一年七月二八日のジュネーヴ難民条約の第一二条第一項の公式独文翻訳は誤っている。即ち「各難民の属人法は……の法による „Das Personalstatut jedes Flüchtlings bestimmt sich nach dem Recht" 」という、英文においては „The personal status of a refugee shall be governed by the law…" 仏文においては „Le statut personnel de tout réfugié sera regi…" という。この点についての詳細は MAKAROV, Personalstatut und persönlicher Status, in: Fs. Heidelberg（前出注(341)）115 ff.

(540)　BATIFFOL, Une évolution possible de la conception du

statut personnel…, in: XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema (1961) 295 ff. をみよ。

(541)「ある原則から他の原則への唐突な移行は望ましくもなくまた実現可能性もない」ことを強調するのが KIEVEL（前出注(232)）190 である。従って「属人法の統一性は必然的に維持されえない」という。

II

属人法に対してどれが最も適切な**連結**であるかはおよそ百年来、即ち一連の諸国が長い間市民権と同義でありまた法（及び裁判所）への服従性の基礎を示していた**住所**（Domizil）と並んで**国籍**の特別の概念が成立してこのかた国際私法の最も著名な争点をなしている。(542)

第三の連結、即ち民族政策的意味における**民族への帰属性**（Volkszugehörigkeit）がマンチーニによって一八六五年のイタリアの法典化において導入された。即ちそれは „nazione“ という言葉をもってしたのであるが、しかしそれは実務においてはただちに国籍の意味で解釈された。(543)「第三帝国」においては――それは民族共同体の命題の首尾一貫した実行であったであろうはずにもかかわらず――(544)（ドイツ）民族への帰属性への連結は明示的に否定された。それは一部は制定法の文言の援用により、(545)一部はドイツは「外国の諸国及び諸民族に自らの民族、法及び国家に関する見解を押し付ける」意図がないという原則的宣言によって、(546)また一部は「現実的、対外政策的、歴史的条件から」即ちただでさえ批判的な外国との紛争を回避するために(547)そうしたのであった。第二次世界大戦中の占領地域に対する立法でさえも通常は民族帰属性へ連結することを避けたのであった。(548)戦後はフォルクス・ドイチェの追放者の民族帰属性は同様に直接に連結素として用いられたのではなく、単にドイツ国民と彼らの平等性に対する根拠として役立ったにすぎない。(549)今日ではシオニスト達がイスラエル国籍をもたないユダヤ人に対して民族帰属性への連結を主張している。(550)

国籍主義と住所主義の対立は大部分の諸国の法の間に認められる。(551)

かくて一般に国籍へ連結している多数の抵触法が無国籍者及び多国籍を有する外国人、部分的にはなお旧国籍を保持している難民やいくつかの私法秩序が併存的に妥当している諸国の国民に対しても住所又は常居所によって解決している。(552)他方では**デンマーク**や**ノルウェー**のような住所主義諸国は特別に手形・小切手能力を一九三〇年・三一年のジュネーヴ条約により（前出注(44)）本国法により判断している。**ソヴィエト連邦**は両主義を（以前に帝政ロシアがそうであったように）外国にいる内国人へ本国法を、内国にいる外国人に住所

法を適用するという形で折衷している。[553] 実際上は同様に大部分はドイツ法に有利な民施法の多くの例外付きではあるがドイツ、[554] スイス[555]もあとは部分的に分野に応じて国籍と住所を使い分けているが、[556] それを維持している。その民法第三条第三項が国籍への連結の元祖と目されている[557]**フランス**は夫婦財産制・動産法を住所へ連結しており（不動産相続に対しては所在地法が妥当する）、最近は夫婦の国籍が異なりかつ実効的な共通住所がある場合における婚姻の効力（離婚及び子の嫡出性を含めて）を同様にそれによらしめている。[558] 住所主義の最も強力な擁護者たる**英国**は準正、[559] 遺言、[560] 外国における婚姻締結の方式、[561] 外国離婚・別居判決の承認に関する法律において、更に保護監督権に関する判例において[562]（英国の、現在では部分的には外国の）国籍を顧慮している。[563] その上その住所概念は国籍概念に非常に密接に近付いているので植民地を含む連合王国の領域内に居住しているシリア国民が事案の大多数においてシリアに住所を有するものと看做されうる旨公式に宣言するまでとなっている。[564]

一般的原則を放棄してケース・バイ・ケースにのみ――„proper law of the contract" という英国の概念を類推して――„proper law of the person" を求めることによっては属人法を最も適切に定めることをめぐる争いを回避することはできない。蓋し、まさに属人法が家族・相続法上の諸関係のつながり全体に準拠されるのであり、それらは大部分直接の当事者間のみならず全ての者に対して効力を及ぼすのである。従ってその連結は法的安定性の為にできる限り統一的に定められるべきであろう。[565]

しかしながら家族法の個別的牴触規定においてはあれこれの者のあれこれの時点における「**属人法**」の適用を規定するだけで、この概念の精確な規定は補助的規定に委ねる（今日ドイツで無国籍者に対して民施法第二九条でみとめられるように）ことで充分である。立法者が国籍主義の国でこの主義をさし当り――たとえば近隣諸国の国際私法を考慮して――維持するが、その現状を制定法により固定することを欲しない場合には、住所又は居所主義への判例の後の移行をその補助的規定を放棄するか或いは充分に不画定的にしておくことによってオープンにしておくのもよいだろう。[566]

要約すれば、国籍及び住所への連結はその連結の真の原理を明瞭に把えることなしにある法秩序の本来意図された帰属性に対する単なる近似値、徴表を含んでいるにすぎない。[567] その際に一方又は他方の主義を支持する主張は時代と共に変遷し部分的には国毎に変る。かくて住所が或いは領土高権又は移民の同化の努力によって正当化され、或いは実際の生活関係又は交通の必要性を持ち出すことで正当化される。それ故前世紀に国民性の尊重への権利という旗の下浸透しえた国籍主義が今日では特にその旧国籍をしばしばうるさい鎖のようにひきずっている政治的難民を持ち出すことによってたたか

れている。なぜなら特に権力主義的諸国がその人的高権を極力多くの人間に拡張しこの拘束から何者をも解き放とうとはしないからである。

個別的には相争う連結については次節以下で立ち入る。

(542) 前世紀半ばの対決については——特にドイツ法圏における——RabelsZ 35 (1971) 392 f. の指示参照。

(543) Vgl. FUSINATO (前出注(68)) 549 (=Estratto 31).

(544) Vgl. etwa REU, Anwendung fremden Rechts (1938) 13.

(545) RG 13. 1. 1936, RGZ 150, 61 (62 f.).

(546) HORST MÜLLER, DJZ 1936, 1068 N. 4, vgl. 1070.

(547) REU, in: Mélanges Streit II (Athen 1940; nur in Sonderdrucken erschienen) 303; ähnlich DERS., (前出注(534)) 435 ff. S.13. 全体に関する詳細は KÜLPER (前出注(534)) 435 ff. mit N. 1081 ff. sowie 450 ff. mit N. 1122 ff.

(548) かように一九四一年六月一九日のエルザス人へのドイツ法の適用に関する法規命令 (VOBl.des Chefs der Zivilverwaltung S. 445) は第一条第一項第一号により「ヴェルサイユ・ディクタートの第五一条乃至第七九条への付属書に基づきフランス国籍を取得した、或いはその国籍をかような者に依拠する者」全てについて該当した。例外をなすのは民事法領域において一九四〇年二月一九日の総督府におけるドイツ裁判権に関する法規命令第二四条 (VOBl. I 57) であり、それは人事・家族法についてはドイツ民族帰属者をドイツ国民と等置している。また一九四二年六月三〇日のフォルクス・ドイチェへのドイツ婚姻法の適用に関するウクライナの為の帝国コミサールの法規命令 (VOBl. 58) でありその第一条第一項によればこれは「かつてのソヴィエト国籍以外に何らのそれを保有していない」フォルクス・ドイチェにのみ該当したのである。

(549) 一九六一年八月一一日家族法変更法はその第九節第二号五によってその限りでは基本法第一一六条に遡及的公権的解釈を与えている (vgl. DIERK MÜLLER, RabelsZ 30 [1966] 58 f.)。一九四九年五月二四日以前の事例については第一版 (注(304)) をみよ。

(550) イスラエル判決 *Kurc v. Kurschen*, Rev. crit. 57 (1968) 457 mit Anm. WENGLER 参照。これについて PERLES, Rspr. z. Wiedergutmachung 1970, 344 f.

(551) 五億人が住所主義国の国民であり、四億六千万人だけが国籍主義国のそれである (zitiert nach CASSIN, Rec. des Cours 34 [1930-IV] 725) という一九〇九年のアルゼンチンの ZEBALLOS の再三引用される言葉はもうそれだけで初めから問題である。DE WINTER, Rec. des Cours 128 (1969-III) 358 はより正確に何人が住所主義国に、国籍主義国に、又は一方を外国人に他方を内国人に適用する国に属しているかを区別しているが、即ち (一九六八年について) 各一四億五千万人、一六億、三億五千万人という。その本国に生活し従って本国法と住所法の一致する、かの大多数の人間はところでまさに利害を持たないの

であって、国籍又は住所と連結されることで真に差を生じるのはごくわずかの少数にすぎないのである。

(552) この補充的連結を国籍諸国と住所諸国の間の取り払うべきでない「橋」とよぶこともできる(なお KOLLEWIJN, Ned. T. Int. R. 7 [1960] 386)。しかしそれは割れ目がふさがれるまでの単に暫定的な橋にすぎない。

(553) 相続法に対してだけは一九六二年五月一日以来住所主義が絶対的に妥当する。即ち一九六一年一二月八日の「ソヴィエト連邦及び連邦諸共和国の民事立法の諸基礎」第一二七条である。

(554) BRAGA, Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip?: RabelsZ 18 (1953) 227 (236 f.) のまとめ参照。

(555) NAG Art. 28 Nr. 2 einerseits, Art. 32 i. V. m. Artt. 1ff. anderseits.

(556) 前者は一般に「家族状態」に妥当する: NAG Art. 8; これに後に Artt. 7e (婚姻)、7e (離婚) が付け加わった。それに対して Artt. 1, 7, 9, 10, 22 I° 混合的には一九七二年六月三〇日の法律による (AS II 2819) Artt. 8a-8c。

(557) 歴史的に正しいかはここでは問題にしない。いずれにしろまだ FOELIX, Traité du d. i. p.[2] (1847) no. 28 a. E は「個人の住所地」と「その国家の領域」又は「祖国」という表現は区別なく用いられうる」と述べていた。

(558) BATIFFOL/LAGARDE, D. i. p.[5] II (1971) nos. 620/623, 637/639, (638), 432 (443, 462). 離婚については現在では一九七五年七月一一日の形における民法第三一〇条をみよ。

(559) Sec. 9 Legitimacy Declaration Act 1858, 現行 sec. 45 (1) Matrimonial Causes Act 1973.

(560) 以前は secs. 1 und 2 des sog. Lord Kingsdown's Act 1861, 現行 sec. 1 Wills Act 1963.

(561) Foreign Marriage Act 1892.

(562) Sec. 3 (1) (b) Recognition of Divorces and Legal Separations Act 1971 (c. 53).

(563) DICEY/MORRIS, Rules 57 (1) (a) und (3), 58; vgl. DOPFFEL, RabelsZ 22 (1957) 228. ——ドシプトにドミサイルを有する英国国民の動産相続へ英国法を適用した、本書第一版で(一三六頁注(315))その他にあげた ***Re Greaves, decd.***, The Times 29. 3. 1957, [1957] C. L. Y. Nr. 497 の判決は DICEY/MORRIS により (判例一覧表によれば) 黙殺されている。

(564) 一九四六年一一月一日のダマスカス英国公使館のシリア政府に対する覚え書き Rev. crit. 38 (1949) 377 f., 後出注(586)をも参照。

(565) これが、たとえば ELKE SUHR (前出注(467)) 126 が提案しそれに従う ZWEIGERT, Einige Auswirkungen des Gemeinsamen Marktes auf das IPR der Mitgliedstaaten, in: Probleme des europäischen Rechts, Festschrift Hallstein (1966) 555 (562) のように国籍に従い身分的婚姻法だけを連結すること (即ち婚姻の存続と効果を分離すること) に対する私の主な疑念である。

(566) Vgl.（オーストリア国際私法のシュヴィント草案第八条については後述注(1204)）NEUHAUS, Z. f. Rvgl. 13 (1972) 84.

(567) Vgl. RHEINSTEIN, U. Chi. L. Rev. 26 (1958/59) 186. そこでは彼が大旨次のように述べている。即ち、国際私法においては一層繁く具体的経験から一般的命題をひき出し、それから他の事例に基づいて反対命題を立て、——やがて両者とも各々限られた範囲に対して適合するにすぎないことに気づくこととなるのである、と。

III 法人その他の人的結合体については国籍に相当するのは国家帰属性又は国家性

（Nationalität）である。しかしこれらは自然人の国籍とは反対に制定法により定められることも、それ以外の方法ではっきりと定義されることもないのが常であるので、それは一般的連結素としては問題にならない。本拠は住所に相当するが、管理の定款上の本拠と実際の本拠とは区別される。しかしその本拠もまた会社の準拠法に対する排他的な連結素としては問題にならない。蓋し本拠の法はたしかに他の法で設立された会社の権利能力の承認を拒絶又は保障しうるのであるが（そしてせいぜいその設立者と代表者の責任を定めうるにすぎないが）、その会社の内的生活や作用をその定款上顧慮された設立準拠法とは別に定めうるわけではない。

法人の本来の属人法は従って常にその設立の法（Gründungs-oder Inkorporationsrecht）であり、それに合致するのが設立準拠法説である。本拠法説はその本拠しかも全く管理の本拠が設立国に所在しなければならないという付加的要件をみとめたにすぎない。(568) たしかに管理の本拠さえも——それは外国親会社から発しうる根本的決定の地と同じではない——操作されうる。しかし設立国への実際上の関連性というこのミニマムさえ要求されないとすれば、厳格な設立その他の監督規定を回避する危険が高まり、そのことによってどの国が最もルーズな会社を許すかという競争の危険が高まるのである（アメリカでいわゆる „race for the bottom"）。

従って純粋の設立準拠法説の方が本拠法説よりリベラルであるので、それがコモン・ローの範囲のみならず東側陣営諸国間においても妥当していることは驚きであるかもしれない。(569) しかしこれらの諸国はそれにより何ら大きなリスクを払っているわけではない。蓋し、その対外取引の独占化の前では実際上はほぼ設立国と本拠国との食い違いが問題にならない国家的対外取引機関の権利能力だけが論議されることになるからである。

第三の態様の連結、即ち有力な構成員の国籍によるそれ（いわゆる管理説）はほぼ外人法において機能するのであり、従ってここではこれ以上論じるべきではない。

(568) RABEL, Conflict II 38:「ドミサイルの要件は設立のそれに

付加されたものであり決してそれに代わるものではない。」

(569) たとえば一九六六年五月二〇日のドイツ民主共和国とユーゴスラヴィア間の法的交流に関する条約(GBl. DDR 1967 I 8)の第二六条をみよ。これについて NEUHAUS, Sozialistisches IPR?: RabelsZ 31 (1967) 543 ff. —Vgl. jetzt § 8 Rechtsanwendungsg der DDR vom 5. 12. 1975 (GBl. I 748).

第二七節　国籍

I　「国籍主義(Staatsangehörigkeitsprinzip)」という言葉はその対立物「住所主義(Domizilprinzip)」のように必ずしも常に厳格な意味における一原則を指すのではなく、しばしばある人間の人的諸関係がその者(或いは他の者)が帰属し、或いは特定の時点に帰属していた国家の法に服するという単なる事実を指すにすぎない。同様の意味でもよく「本国主義(Heimatprinzip)」ということもいわれ、当該国の法が「本国法(Heimatrecht)」と称される。

勿論「本国法」という言葉は他の意味においても現われたのであるし現われている。即ち以前においてはいかなる市民にもその故郷のゲマインデにおいて「邪魔されることのない滞在の権利と貧民扶助の権利」を保障した故郷の権限の意味で、(570) 今日では「故郷への」(認められている国際法上の)「権利」で特にその出身の故郷からの追放に対して向けられたものとしてである。

(570) ドナウ王国とその承継諸国に関する立法と文献については KORKISCH, RabelsZ 17 (1952) 417 N. 2. オーストリアにおける廃止については Art. II der VO vom 30. 6. 1939 (RGBl. I 1072)、チェコについては KORKISCH, a. a. O. N. 3, ユーゴスラヴィアについては(皆に) EISNER, RabelsZ 17 (1952) 247. ——北ドイツ同盟及びドイツ帝国については一八六七年一一月一日の移転の自由に関する法律の第五条で一九二四年まで妥当した条文、即ち「援助の住所(本国法)」。この点については後出注(616)参照。

II　国籍主義の**根拠**については時には人事・家族法上の諸関係(成年、婚姻締結、血統又は準正のような)は国籍の取得及び喪失に対する最も重要な前提要件であり、従って当該国の法に服さねばならないということが主張されている。この主張は特にその原理において反論されねばならない。なぜならそれは国際的な人事・家族法を国籍の単なる僕にしてしまうからである。国籍法はその私法上の前提問題について必要があれば固有の抵触規定を定めるであろうし、(571) 更に、述べられた根拠は大きく誤っている。蓋し国籍の得喪の多くの前提要件は**外国の**本国法、つまり取得者の従来のそれ或いは他の外国人のそれにより判断されるからである。

ヨーロッパ列強がその外国に生活している市民——特に発展段階

の低い諸国で――を一般的にその土着の裁判権に委ねようとせず、従ってその外交的、或いは領事的代表者により戸籍上、家族法・相続法上の権限を行使していた間は国籍法主義は自明であった。この現象は明らかに後退しつつある。

人事・家族法上の諸関係のできるだけ実質に即した連結という観点の下では国籍主義はいわば国際私法の金本位制である。勿論このイメージが肯定的な評価だと誤解されてはならない。周知のように以前は恐らく信じられていたように金はそれ自体で（その金属価値により）その貨幣本位制を保障するものではなく、その流入・流出が単に容易に認識しうる徴表であるにすぎず、しかも必ずしも適切な商品供給の豊富さ又は窮屈さの徴表であるわけではなく、商品供給が貨幣本位制の価値にとって結局問題となるのである。同様にその国家への帰属性の政治的紐帯が真に人的、家族的法律関係の基礎を示すというのでもはや今日の国際私法で国籍へ連結しているのではない――これを認めることは国家・民事法領域の多様な相違によっても既に反論される（特に諸国の領土割譲と新形成によって）[572]民族国家的ロマンティークであろう。むしろ国籍は単に一つの近似値、本来意図されているある民事法秩序への帰属性に対する徴表にすぎない。その際にこの徴表は全く誤っているかもしれない。蓋し国籍の得喪の根拠は国毎、事案毎に非常に様々なのであって国民の当該法秩序への実際の関連性は個別的には全く不確かだからである。即ち或いは国籍については血統、養子縁組又は婚姻締結によるある家族への編入が決するのであり、或いは単に空間的契機（出生地又は滞在地のような）がこれを決するのである。その上当事者自身の意思は極めて様々な程度で斟酌されるのである。それにもかかわらず国籍への連結は住所連結と比べて――金本位制が以前インデックス本位制のプロジェクトに対していたように――やはり国際的統一性という長所を有している。蓋し、今日ではある国籍を有しているか有していないかは原則としてその国籍が問題とされている国の法により判断すべきことが一般に承認されており[573]、従って特定の国籍の存在については一般に判決の同一性が支配するからである。（稀に生じる例外についてはすぐにふれる。）

(571) MAKAROV, Quellen des IPR² I (1953 f.) のエジプト、ブラジル、ドイツ、フランス（そこで引用された国籍法第二七条は一九七三年一月九日法により補充なく削除された。この点に批判的なのが LAGARDE, Rev. crit. 62 [1973] 441 f.）、日本、リヒテンシュタイン、オーストリア、ポルトガル（各々B項末）の項をみよ。

(572) 既に同様に KOLLEWIJN, Ontaarding van het nationaliteitsbeginsel in het moderne internationaal privaatrecht (Weltevreden 1929, イタリア語翻訳 Dir. Int. 13 [1959] I

508 ff.)。彼は民族的に染まった法と法意識の一致という考え方を「純民族主義的ロマンティーク」と述べている(3 bzw. 509)。

(573) たとえば MAKAROV, Allg. Lehren 161 ff. をみよ。この命題の内的根拠はみとめない。特に民族が各国の構成要素の一つであるということの言及は充分ではない。蓋しそれによれば各国は他国とのありうる重複を顧慮することなくその領土をも自ら画定しうるのでなければならないからである。

Ⅲ　個別的にはしかし一連の**錯綜**が認められる。

1　まず国籍の**確定**は、それが客観的法源の混乱によるものであれ（特に国家の成立と消滅、領土変更と追放と関連して）、国籍の得喪がそれに依存している人的関係、即ち血統、婚姻の有効性、他の国籍取得の自発性等の不明確さによるものであれ、時に非常な困難につき当る。往々以前の時点について確定された国籍の存続の推定が役に立つが、時に国籍が全く不明のままなのである。

多重的国籍を伴う政治的構造については――連邦諸国と種々の「同盟（Union）」特に昔の植民帝国――時に全体国籍から出発すべきか或いは直接に個別国籍からかが明らかではない。たとえばあるニューヨーク出身のアメリカ人夫婦がネヴァダ(574)で離婚した場合にそれでは家族法変更法第七節第一条第一項第三号の意味での「両配偶者が所属していた国の裁判所が裁判した」ことになるのであろうか。(575)

2　次にある国が個別的目的のために内国に対してのみ有効でそれ故外国国籍の存在は当該国の法により判断するという原則から離れるような「擬制的」又は「機能的」外国国籍を構成しているということもありうる。(576)（「擬制的」という言葉はここでは効力のないことの意味で把えられるべきではなく、法的擬制という意味、即ちある事実関係が他の事実関係があるかのように取り扱われるという意味に解されるにすぎない。）

この例は勿論公的**外人法**における程には国際私法の分野では多くない。かくて戦争中に英国で敵国によりなされた国籍剥奪(577)が――たとえば一九四一年のドイツによるユダヤ人移民の国籍剥奪――敵国スパイに対する畏れから守られないのである。(578)更にグァテマラはドイツに対する戦争に参加した後に（一九四一年）一九三九年一〇月に行われたリヒテンシュタイン国籍の取得とドイツ国籍の同時の喪失を承認しなかったのである。(579)

ここである人間の当該国への公法的関連としてのその本来的意味の国籍(580)と単なる連結素としての国籍の間の相違がみとめられる。

グァテマラ法はあるドイツ人が（形式的に瑕疵がないとはいえな

い）リヒテンシュタインにおける帰化によってそれの全ての権利義務を有する同地の国民となるか、その者が同時にドイツの国籍の結合から離れるかを決しうるものではない。それは――国際法の枠内で――両当事国に委ねられているのである。しかしグァテマラは、そのような男（或いはそうでなくとも以前のドイツ人）が反ドイツ人の措置に服することを当然定めうるのであって、従って私法上においてもその者をドイツ人として取り扱うこともできるのである。「擬制的」国籍は従って連結素としては当然ありうるのである。

3　それ以外でも国籍という連結素は場合によっては国籍の**国際法上の或いは国法学上の概念からの逸脱**[581]を含んでいる。同様に「内国」という概念はドイツ連邦共和国のドイツ民主共和国との関係においては抵触法の特別の必要性に従って解釈されるのである。

第二次世界大戦ならびにその後の時代からの若干の例を本書第一版（一四一頁以下）はあげている。それらは事情が変れば――ある領域の帰属或いは大きな住民グループの国籍をめぐる紛争の場合には――いつでも再び実践的意義をもち得ることになるのである。

4　特別の困難を連結についてもたらすのは相変らず「二重国籍者」或いは「多国籍者」即ち二重（また更に三重の）国籍を有する人であり、その数は血統主義と生地主義の国際的併存、並びに家長制と妻若しくは母の同権制の併存の下では少なくないのである。[582]多重の外国国籍の場合には今日「活動的（aktuell）」或いは「実効的」国籍が優先されるのが常であり、つまり住所又は常居所によって、当該国における選挙権の行使又は兵役義務の履行によって、或いは他の方法でより実効的であると思われる国籍が優先するのである。しかしながら関係諸国籍の一つが**内国の**それである場合にはドイツ以外で尚支配的な見解によれば常に後者が妥当すべきであり、それと併存する外国国籍は簡単に無視されるべきこととなる。これは極めて便利な解決方法である。たしかにそれは幾多の事案において実効性の乏しい国籍の国において手続が稀にしかなされないのであるから実効的国籍と同一の結果をもたらすであろう。しかしやはり内国国籍の無条件の優先によっては不衡平と国際的な判決の不一致が生ずる多くの場合が残るのである。[583]そのような優先が正当であるのは公法の分野においてであるのかもしれない。[584]

多国籍者が他の人と共通に有している国籍の優先もこの国籍がその実効的なそれでない場合、特にその者が婚姻締結に際して法律自体によりそれを取得していた場合には不当である。

5　最後に国籍に関する決定は必ずしも精確な**準拠法秩序を画定する**為には充分なものとはいえない。殊にそれがいえるのは当該国が若干の（地域的又は人的に限界付けられる）民事法秩序を併有している場合である。[585]（詳細は後掲第四四節以下）。更に主権変更の様々な可

能性を考えることができる（国家の消滅と新形成、領土割譲）。蓋し国際私法の規定はどれも、それが以前の時点へ連結するのであれ、まず第一に「妥当している」法を指示しようとするのである。昔の法は――以前の事実関係に対しても――原則として現存の法秩序（eine lebende Rechtsordnung）の時際法によってのみ適用されうるのである（その根拠については後掲第三九節Ⅲ1をみよ）。ここに全ての厳格に場所的な連結に対する国籍主義の弱点が現われる。[586] 住所地、所在及び行為地は即ち直ちに過去から現在へ至るのである。

国家承継の場合には純形式的立場をとって、即ち昔の本国がそもそも尚存在している限りはその法秩序によるべきであり、連結の人が特に故郷を有しているその部分領域がその間に割譲され、或いは独立したものとなった場合においてもそうである、ということもできる。しかし本国の消滅後には例外的にもはや妥当していない法、即ち消滅した国家の法がその最後の形において適用されるべきであるということになろう。[587] 私見によれば国家承継学説の全ての扱いにくさを斟酌することを強いる「国家」という言葉のこの厳格に国際法的な解釈は国際私法の趣旨に合致しない。むしろ法域の純国内的相違の場合に連結の人がそこにその場所を決せられるであろう領域の現在の法によるべきであろう。蓋し国際私法にとってはたとえば今日のオーストリアが戦間期のそれやオーストリア帝国と同一であるか、昔のセルビアが第一次大戦後のドナウ王国の南スラヴの領域との合併に際して消滅したのか、バルチック諸共和国が一九四〇年のソヴィエトへの併合に際してその国家的同一性を保持したのか否かはどちらでもよいことだからである。他の領域へ事後的に国籍を選択する場合についてのみ[588]既に法変更の時点に対してもそれへの帰属性が擬制されるべきであろう。

(574) 一九六一年八月一一日の家族法規定の統一と変更の為の法律（BGBl. I 1221）。

(575) 正当にも否定するのは GRÄBER, FamRZ 1963, 495 と KLEINRAHM / PARTIKEL, Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen[2] (1970) 94 N. 105.

(576) マカロフは彼の Allg. Lehren (1947) 第一版において「擬制的」国籍の概念を外国国籍という構成の**全ての**事案にあてはめていたのであるが（六一頁以下）、その第二版においては**特定の**目的の為にのみ定められ、VAN PANHUYS によっても「機能的」と称された国籍の事案をそこから除いたのである（他の諸例と共に一二頁以下及び六〇頁）。

(577) 一九四一年一一月二五日帝国市民法への第一一法規命令（RGBl. I 722）。

(578) ***R. v. The Home Secretary, ex parte L.***, [1945]K. B. 7 (10), これについて MAKAROV, in: Festschrift Raape

(1948) 261 ff.; *Lowenthal v. Att.-General*, [1948] 1 All E. R. 295 (Ch. D.); *Oppenheimer v. Cattermole*, [1973] Ch. 264 (C. A.); [1975] 1 All E. R. 538 (H. L.).

(529) Fall *Nottebohm*, Cour Internationale de Justice 6. 4. 1955, C. I. J. Rep. 1955, 4; vgl. MAKAROV, Nottebohm-Fall, in STRUPP (-SCHLOCHAUER), Wörterbuch des Völkerrechts² II (1961) 635 ff. ノッテボームが「敵国人として」逮捕されたことをグアテマラは手続中で認めた：International Court of Justice, Pleadings, Nottebohm Case vol. I (1955) 210. 彼の財産の差押えと没収はそれに対して英国の「ブラック・リスト」あるいはN.が彼と共に収用されたそれ以来グアテマラで帰化した他のブランテーション所有者同様に）一九三八年一〇月七日にドイツ人であったという事実に基づいて行われた (a. a. O. 212; vgl. O. BÖHMER, Deutsches Vermögen im Ausland II [1954] 161 N. 11)。グアテマラがリヒテンシュタインによる外交的保護権の行使を拒否してきしつかえなかったのかどうかという国際司法裁判所により専ら取り扱われた問題は又別の分野に属している。

(530) Vgl. etwa HELEN SILVING, Nationality in Comparative Law: Am. J. Com. L. 5 (1956) 410 ff.; PAPKE, Über den rechtlichen Inhalt der deutschen Staatsangehörigkeit: NJW 1960, 2326 ff.; WENGLER, Betrachtungen zum Begriff der Staatsangehörigkeit, in: Internationalrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen, Festschrift Schätzel (1960) 545 ff.; MAKAROV, Allg. Lehren 159 f.

(531) 国際法の意味での国籍と国内法の意味における国籍はまた相異なっている：CASTRÉN, ZaöRV 11 (1943) 330 f.; MOSLER, Wirtschaftskonzessionen bei Änderungen der Staatshoheit (1948) 40; WENGLER (vorige Note) 547, 556 f.; ferner die bei MAKAROV, Allg. Lehren 10 (vgl. 29), Gennanten.

(532) 連邦共和国では一九七一年だけで多重外国国籍を有する五〇〇〇人以上が存在した (Stat. Jb. 1973, 52)。ドイツと外国の二重国籍者の数は統計上把握されていない。連邦共和国が批准した (BGBl. 1969 II 1954, 2232) 一九六三年五月六日の多国籍の減少に関するヨーロッパ条約への前文によれば「これらの事例のできるだけ幅広い減少がヨーロッパ審議会の目的に合致する」ということにもかかわらず最近はこれが著しく増加した。蓋し、一九七四年一二月二〇日の連邦法は (BGBl. I 3714) 一九七五年一月一日から両親の一方がドイツ人である全ての子供にドイツ国籍を付与し、しかも申立てにより一九五三年四月一日以後出生した者にも付与するのである。ドイツ人重国籍の年間増加はそれによれば外国人男とドイツ人女の間の婚姻からの子供の数とほぼ同数であろうからつまり一万人をこえることになろう（一九六三年乃至一九七一年の間の数については in: Wirtschaft und Statistik 1973, 409 参照)。

以下については詳細に MAKAROV, Allg. Lehren 293 ff.

(533) ドイツ連邦共和国における古い見解の克服に決定的であるのは FERID, Zur Kollisionsrechtlichen Behandlung von

Inländern mit zugleich ausländischer Staatsangehörigkeit: RabelsZ 23 (1958) 498 ff. 支配的学説以外で同意しているのはたとえば BGH 20. 12. 1972, BGHZ 60, 68=IPR spr. 1972 Nr. 59b (S. 161), und OLG Düsseldorf 17. 5. 1974, IPR spr. 1974 Nr. 182b; 否定的なのは OLG Hamm 15. 7. 1975, FamRZ 1976, 168.

Vgl. auch BGE 89 (1963) I 303 und niederländ. Hoge Raad 9. 12. 1965, Rev. crit. 55 (1966) 297=Ned. T. Int. R. 14 (1967) 294, 両者ともある重国籍者の他の本国でなされた離婚を承認したもの。その他の比較法的言及は、JAYME, FamRZ 1975, 697 N. 8.

(584) MAKAROV, Allg. Lehren 304. 同様に KOLLEWIJN, Clunet 88 (1961) 882°. ——内国人に対する裁判管轄権もまたそれが専属的でない限りは広く認められてよい。

(585) これらの事案ではマンチーニも既に国籍の代わりに実際の住所によらしめようとした。NADELMANN, Am. J. Comp. L. 17 (1969) 424=Dir. Int. 23 (1969) I 133 をみよ。現行法上は——ともかく国籍主義が妥当する場合には——これは極めて思い切ったものであるように思われる、というのもそれによってこの主義がとりわけ人種的又は宗教的少数派に対する特別法を有する全ての国（ギリシャ、イスラエル、全てのイスラム諸国！）に対して問題とならなくなるからである。結局はフォラル法の故にスペイン、エルザス・ロートリンゲンの droit local の故にフランスに対してもそうなのであろうか。

(586) 法域全体に及ぶ英国の住所概念は、ここでは再び（前出注(564)参照）国籍の概念に近付く。その例を M. WOLFF, Priv. Int. L. 112 にみよ。即ちある男が一九一〇年にボーセンから移住した。彼は一九二〇年以降ドイツの domicile of origin を有しているのか又はポーランドのそれか。同様の疑問が生ずるのがたとえばインドからのパキスタンの分裂後である。一九四五年以後のドイツの分裂については後掲第四一節Ⅳをみよ。ドイツの住所概念も HENRY NEUHAUS, Der Wohnsitz im deutschen und englischen bürgerlichen Recht (Diss. Hamburg 1930) 11f. と BRAGA, RabelsZ 18 (1953) 241 f. によれば属人法の連結点としては——民法七条と異なり——ある法域と関わっているという。しかしながら私見によればそれは一般的にいえるのではなく誰かがこの領域内でその住所を絶えず変更するような限界事例についてにすぎない。

(587) かように MAKAROV, RabelsZ 22 (1957) 212-217.

(588) その限りでは STAUDINGER (—GAMILLSCHEG), vor Art. 13 EGBGB, Rdz. 207, 209 に従う。

Ⅳ　国籍主義が上記の不明瞭さをもたらすのは、それが**そもそも役に立たず**、或いは明らかに不当な結論をもたらす場合においてである。

1　両世界大戦後その数が相当に増加した無国籍者（及び確定的に明らかでない国籍のそれと同等の者）がここではあげられるべきである。(689)

理論的には無国籍並びに多重国籍の事案は**国際条約**によってただ二つの規定即ち「1 旧国籍の喪失と新国籍の取得は同時的にかつ両当事国の法律と調和する限りでのみ可能である。2 第一の国籍としてはいかなる人もその領土で出生し又はその最初の証明された滞在が存在する国のそれを取得する、但しその者がその国の法に従って他の一つの、一つに限られる国家の法によりその国籍を取得する場合にはこの限りではない」という規定により完全に避けられよう。しかし実際には見通しうる将来についてそのような条約が締結され全ての諸国により採用される見込みはない。

民施法の立法者も既に、無国籍者に対して、或る人が出生以来何らの国に所属していなかった場合には以前の国籍への連結が役に立たないことを認めていた。従ってこのような場合について補助的連結（旧第二九条）を定めていたのである。因みに以前の国籍によらしめるのは一九一三年まで妥当していた一八七〇年の帝国籍及び国籍の法に沿うものであった。それによればドイツ国籍を一〇年の外国居住によっても喪失するが容易に回復しうることとされていた（第二一条）。無国籍となったロシア人移民及び第一次世界大戦後の混乱の他の犠牲者(590)については一九三八年に以前の国籍への連結が全く廃止された。

2 しかし**純形式的国籍を持つ者**についてもこれは連結素としては不適当である。それは特に全体主義諸国からの難民について認められる。その者たちはその故郷の新しい体制とその法律と何ら関わりを持ちたくないと思っているにも関わらず、しばしばその旧国籍から自由にならないのである。多くのその他の外国人も又その旧国籍を形式的には更に長年、少なくともその新しい故郷の国籍の取得に至るまで保持しているが、当初からその新しい故郷の法律に従って生活することを欲し、或いは少なくともその覚悟があるにもかかわらずである。この場合には時に迅速な帰化が助けとなりうるのであるが、そのような方法で国籍を私法の僕とすることは前出（II）で否定された逆の場合同様に誤っていることだろう。

3 更に国籍主義は**相異なる国籍を有する夫婦又は両親**についてはや牴触法上の家族の統一性を保障しないということによってその価値を減じている。妻と子供がほぼ例外なく家長の国籍をともにしていた間は相互に関連しているある家族の人事・家族・相続法的諸関係の大ていのものについて、いわばゆりかごから墓場まで全ての家族構成員の共通の属人法が妥当していた。緊張が生じえたのは国籍の変更の場合に一部には旧本国法、一部には新本国法が準拠されるような場合にすぎない（たとえば民施第一四条、第一五条により婚姻の身分的効力については現在のそれ、夫婦財産制については以前のそれによる）。しかし妻が夫のそれとは別の国籍を保有しうるようになって以来牴触法上の家族の統一性は連結の人が全ての家族法

上の関係に対して夫であり父である限りにおいてのみなお直ちにみとめられることとなった。しかし国籍・住所法の領域における家父長制の弱体化と相まって牴触法上の解放が進行し、妻の属人法をより強く顧慮することの主張が両性平等のモットーによって、また子のそれが子の福祉をより尊重するという標語の下で主張されている。

このような展開の始まりはドイツでは既に後に更に拡張された（新第一七条第三項、第一八条第二項）ドイツ人妻と子供の為の民施法の保護条項（第一四条第二項、第一七条第三項、第一九条第二段、第二二条第二項）のうちにみとめられる。

実際に夫が家族に対する義務を免れようと最も多く試みるという事実、従って夫が特に国籍の悪意による変更又は不変更という方法で法的な優遇から最も早く濫用的に長所をひき出しうるという事実だけでもう夫の本国法だけに準拠することにとって不利である。

4　最後にその国籍を保持することを望み、同一国の国民と婚姻している「通常の」外国人についてさえその本国の私法的法律の適用は当事者達が近いうちにその本国へ帰還する意思がなくその法律の適用を全く期待していない場合には不当だと感じられる。

総体的には2乃至4にあげられた外国の国民の数は無国籍者、多国籍者の数と合わせると、その全てを「例外的現象」とみ、各人の本国法適用に関する利益を「通常の事案」とみなすにはあまりにも多くなりすぎるのである。

(589)　ドイツ連邦共和国では一九七一年一二月三一日には五万二千人以上が「無国籍及び国籍不明」であった（Stat. Jb. 1973, 52)。

(590)　一九三八年四月一二日の家族法規定の変更、補充並びに無国籍者の法的地位に関する法律（RGBl. I 380）はその第二五条において民施法第二九条を変更した。一九三五年のこの規定の作成に当っては KÜLPER（前出注(584)）379 ff. mit N. 951 ff. によれば旧法上ドイツで離婚しえなかった国籍を剝奪されたオーストリアの民族社会主義者をも顧慮していた——vgl. RG 13. 1. 1936（前出注(545)）Fall des Tiroler Gauleiters Hofer——。なぜ新法が一九三八年にはじめて法律となったのかは明らかでない。一九六一年八月一一日の家族法変更法の第九節第一項九号による一九三八年法の廃止は民施法第二九条に関わるべきではなかった。その点の詳細は MAKAROV, JZ 1962, 476 f.（「いずれにしろ次回には疑問を生む事案において今少しの立法上の適切さが望まれる。」というしめくくりがある。）

V　従って数十年来**国籍主義の衰退**がみとめられる。世紀の変り目ごろにはこの主義は大陸ヨーロッパにおいて絶対的に支配的であっ

たのに対して、第一次世界大戦末以来過激な民族主義の克服により原則としてその効験を失っただけではなくて実際上も諸国の立法と判例[591]上、また特に国際的分野においてその地歩を失っていったのである。

かくて**国際法学会**はその一九四八年のブリュッセル決議において[592]自らの伝統的な国籍主義擁護に反する明らかな「革命」として離婚[593]について国籍の連結点を大巾に常居所のために犠牲にしたのであった。[594]更に一九五一年七月二八日のジュネーヴ難民条約は（前出注(539)）個別の難民のカテゴリーに関するその第一条A第一号にあげられた旧条約にならってそれ以降一般に難民に対して国籍への連結を住所へのそれをもって代えるに至ったのである。殊に以前は完全に国籍主義に立脚していた**ハーグ国際私法会議**はその一九五一年の第七会期以来全ての新しい条約において国籍への連結を多かれ少なかれ住所或いは常居所に有利に制限してきた。一九五六年一〇月二四日の子に対する扶養義務の準拠法に関する条約の理由だけをあげておけば、そこでは常居所の法が家族の準拠法ではなく社会的、人道主義的種類の理由により独自の抵触規則として選択された旨の言い訳がなされている。[595]即ち恐らく全ての当事国の法により家族法的請求権とされている両親に対する子の扶養請求権に対して、それが社会的、人道主義的に支持しうる解決をもたらさないということ以上に国際家族法における国籍主義に対する説得力ある批判がありうるであろうか。

それに対して一九五五年一二月一三日の**ヨーロッパ定住条約**（前出注(40)）、一九五七年三月二五日EEC条約（BGBl. II 766）もまたここでは何らの意味をも有しない。最初にあげたヨーロッパ審議会の条約が第四条で他の締約国領域にいる各締約国国民に「全ての市民権の享有と行使において」内国人と同一の取り扱いを保障する場合にはそれは外人法上の差別的地位（たとえば取得制限による）に向けられているにすぎず、外国人の本国法の適用に向けられているものではない。[596]そしてその第七条第一項で「国籍を理由とするいかなる差別」をも禁じているEEC条約は専ら経済生活に関わるのであり、従って典型的に私的領域に属している属人法の問題とはほとんど関係しない。[597]競争をゆがめるような内国人保護を目的とする財産問題における国籍への一方的連結だけがEEC条約にそぐわないこととなろう。[598]

総体的には中部ヨーロッパにおける国籍主義の挫折はとどまることなく生じている。大ていの法律家――裁判所を含めて――はただそれにまだ気付いていないのみならず、たとえば憲法による[599]、或いは公序に基づく（その頻繁な援用は既にずっと前から抵触規定の不十分さの顕れであった。後掲第四九節I2の注(1002)の前の部分をみよ）個別的な例外であると述べている。[600]しかしながら個別的事案においてを――即ちここでは本国・住所・居所地法が極めて相違している場合に――再三打破されるような原則がまだ何の役に立つという

のであろうか。

(591) たとえば BRAGA (前出注(554)) 228 の言及及び FICKER (前出注(431)) 304-314 における「純粋の国籍連結の修正」の例を参照。

(592) Ann. Inst. Dr. int. 42 (1948) 281 f. = Tableau (前出注(158)) Nr. 133.

(593) MAKAROV, ebd. 264.

(594) 決議の前文において理由としてあげられるのは「国籍若しくは住所の不確実な人の増加、夫婦の国籍の統一性の崩壊、戦時の婚姻、政治的動機又は他の類似の理由による国籍の信用失墜」である。この決議によって明らかに鼓吹されたのが一九六〇年六月二七日の外国人の離婚に関するベルギー法 (Montieur 9. 7. 1960, S. 5281) である。Vgl. L. SERICK/HARRIES, Rabels Z 25 (1960) 555.

(595) Doc. La Haye 8 (1957) 127.

(596) MAKAROV, Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das IPR, in: Eranion Maridakis III (1964) 231 (233-239); ELKE SUHR (前出注(467)) 24-29.

(597) Vgl. MAKAROV (vorige Note) 235 ff.; BEITZKE, Probleme der Privatrechtsangleichung in der EWG: Z. f. Rvgl. 5 (1964) 81 (89); SUHR (前出注(467)) 19-23. せいぜい行為能力が本国法の代りに各締結地の法律に服しうるにすぎない。しかしながら——DROBNIG, Verstößt das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages?: RabelsZ 34 (1970) 636 (649 f.) に反するが——それは何ら法的に要請されたものではなく、いささか不確定的な非難の言葉である「差別」が外国人のますます恐らくは意図された不利益処分から国籍による全ての差別にまで拡大されることによってなされたヨーロッパ共同体のダイナミックからするむしろ政治的決定であるといえよう。

(598) 一方的内国民保護を抵触法上の公序（しかし後掲第五一節Ⅰをみよ）に含めるのが一般であるが、それはそれをEEC条約上度々留保されている「公序」の一部とするものではない。Vgl. MEISE, Zur Relativität der Vorbehaltsklausel im internationalen und interlokalen Privatrecht (Diss. Hamburg 1965, bespr. in RabelsZ 31 [1967] 364 f.) 266/263 f., ferner ZWEIGERT, in: Fs. Hallstein (前出注(565)) 556 f. しかしながら特に民法施法第一二条が差別的な内国民保護条項である点を争うのが KROPHOLLER, RabelsZ 33 (1969) 615 N. 47: 第一二条はドイツにおいてはその本国法のみが同時に法廷地法としてたやすく確定しうるが故にその保護がドイツ人に限定されるにすぎない。

(599) Vgl. BVerfG 4. 5. 1971 (前出注(133)): スペインの離婚した外国人との婚姻禁止の不適用。

(600) JOCHEM' 後出注(636)の適切な論評参照。

VI なお重要であるのは国籍主義による古典的国際私法の信用失墜

である。[601] この伝来的な「金本位制」へのもの狂おしい固執は——特に年配の世代の者たちによる——不適切な結果か或いは脱法操作、即ち他の場所における抵触法的体系の打破かといういやな選択を再三迫ることになる。この操作が成功してもせいぜいその国際私法を形式主義的又は三百代言的なものと思わせるにすぎないのである。[602] あるいはそれが見破られると抵触法的体系がまずより「社会的かつ人間的観点から」法廷地法に有利に打破されるべきであるという容易ならぬ印象をひきおこすのである。[603] かようにして古典的国際私法が空洞化される。国籍主義の危機はかようにして一般的な国際私法の危機をもたらす。即ち、古くなった国籍主義が抵触法全体を危くするのである。[604] 従って立法者が更にためらうようであれば判例がそれを救済するという勇気をもつべきであり、国籍主義の既に存在する多数の例外を類推して多かれ少なかれ実効性のない国籍のその他の事案において（前述Ⅳ2をみよ）これから安心して離れるべきであろう。

(601) その限りではドイツにおいて「国籍主義に含衆国における不法行為法と類似の役割り」(JUENGER, NJW 1973, 1523) がみとめられる：不合理な外国法の「大量輸入」が「革命」をもたらす。

(602) 国際私法学者の「魔術」及び「策略の能力」というのが WIETHÖLTER, BerDtGesVölkR 7 (1967) 141 である。

(603) Vgl. die Schweizer Entscheidung *Dal Bosco* vom 3. 6. 1971, BGE 97 I 389=RabelsZ 36 (1972) 358 mit Anm. NEUHAUS. そこでは引用された理由によって (Erw. 12 Abs. 3) 本国法の遵守が拒否された。一九七一年五月四日の連邦憲法裁判所の判決（前出注(133)）も又恐らく——その理由はそのことを述べていないのではあるが——そのスペイン人が既に一九六二年以来ドイツで生活していたことにより規定されていたのであろう。Vgl. RabelsZ 36 (1972) 138.

(604) 国際私法と国際手続法の自然的関連性を含めて、である（詳細は第五七節並行Ⅲ3b、特に注(1167)）。