HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（１）
Author(s)	奥田, 安弘
Citation	北大法学論集, 40(2), 1-65
Issue Date	1989-11-21
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16680
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(2)_p1-65.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（一）

奥田安弘

目次

はじめに
I　法典化の必要性
1　NAGの問題点
2　ZGB草案における国際私法規定
3　IPRG成立の経緯
4　IPRG成立の要因
II　属人法の決定基準

1　在留外国人および在外スイス人の状況
2　IPRGの基本方針
3　住所および常居所
4　国籍
5　住所地法主義
6　特別留保条款
7　段階的連結
8　択一的連結
9　補充的連結
10　限定的当事者自治（以上本号）
11　取引保護（以下次号）
12　在外スイス人の保護
13　反致
III　一般例外条項
1　成立の経緯
2　従来の判例およびNAGの規定
3　IPRG第一五条の適用に際して考慮されるべき要素
4　IPRG第一五条の適用対象

5　IPRG第一五条の効果
おわりに

はじめに

国際私法の法典化は、まず一九世紀のヨーロッパ諸国において、他の国内法の法典化と共に始まったと言ってよいであろう。わが国においても、民法の施行に合わせて、法例が施行されている。しかし今また、国際私法法典化の第二の波がヨーロッパ諸国に広がり、周知のように、わが国においても、法例の婚姻および親子に関する規定が改正された。このような時期に、スイスは、新しい国際私法に関する連邦法（IPRG）を一九八七年一二月一八日に成立させ、一九八九年一月一日から施行した。このIPRGは、全文二〇〇条からなり、準拠法のみならず、国際管轄・外国判決の承認執行・国際破産・国際仲裁に及ぶ包括的国際私法立法である。(1) わが国においても、IPRGは、試案・草案の段階から注目を集め、全体の紹介は数少ないものの、個々の条文は、しばしば文献に引用されている。(2) そのIPRGについて、本稿は、若干の基本的諸問題の考察を試みるものである。(3)

まず、何故、このような包括的国際私法典がこの時期にスイスにおいて成立したのか、という法典化の必要性が問題となる。周知のように、スイスにおいては、従来は一八九一年の定住者・滞在者法（NAG）が人事・家族・相続法の分野を不完全に規律するのみであり、(4) 財産法分野は、ほとんど判例法によっていた。しかるに、今回の立法作業が開始したのは、ようやく一九七〇年代に入ってからのことである。従って、むしろ何故、これまで成文法の欠如が続いてい

たのか、このように第一の問題を言い換えることができよう。

次に、ＩＰＲＧは、属人法の決定基準として基本的に住所地法主義を採用している。この住所地法主義は、ＮＡＧ以来の伝統とされているが、周辺諸国はいずれも本国法主義を採用している。[5] そこで、ＩＰＲＧにおける住所地法主義採用の理由、更にそこで採用された住所概念が問題となる。またＩＰＲＧは、いかなる場合にも住所地法主義を貫徹しているわけではなく、一定の範囲で本国法の適用も認めている。このような住所地法主義の修正は、ＩＰＲＧにおいて重要な地位を占めているように思われる。

最後に、わが国において最も注目を集めた一般例外条項の意義を探ってみたい。[6] これもスイス国際私法の伝統に基づくものであると言われているが、そのルーツはどこにあるのか、また現在のＩＰＲＧにおいて、どのような機能を果たしうるのか、これらが関心事となる。

これら三つのテーマのうち、中心をなすのは、住所地法主義である。なぜなら、後に見るように、スイス国際私法の法典化が遅れた最大の原因は、少なくとも当初は、ＮＡＧの住所地法主義の存続にあったからであり、また一般例外条項の伝統は、主に契約に関する判例に求められるが、現在のＩＰＲＧにおいては、とりわけ人事・家族・相続法の分野において、いかに例外を見出しうるか、これが焦点となっているからである。従って、本稿のテーマは、本来ＩＰＲＧの全体に関わるものであるが、その叙述は、人事・家族・相続法の分野に若干偏ることを予めお断りしておく。

更に、本稿は、人事・家族・相続法の分野においても、その全体構造を分析することに重点を置いたため、個々の規定の細かな解釈問題は、割愛することにした。また、本稿は、スイス法の論理を解明することに努めたが、もとよりスイスの文献は、スイスの研究者にとって当然の事柄を事細かに説明したりしない。何よりも、ＩＰＲＧの解釈については、すでにスイスの学界においても見解が大きく分かれている。従って、本稿も、少なからぬ箇所において、問題が未

解決のままであることを指摘せざるをえなかった。この点も、予めお断りしておきたい。

＊本稿の作成にあたっては、日本学術振興会の昭和六三年度特定国派遣研究員として、スイス比較法研究所を訪問し、資料収集を行った。

（1）本法の正式名称は、「国際私法に関する一九八七年一二月一八日の連邦法」（Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht ; Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé ; Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato）である。しかし、IPRG（ドイツ語）およびLDIP（フランス語・イタリア語）という略語が官報に表記されているので、本稿では、ドイツ語表記に従うことにした。本法の条文に関しては、拙稿「一九八七年のスイス連邦国際私法（一）―（六・完）」戸籍時報三七四号―三七九号（一九八九）およびそこに掲げた文献を参照願いたい。なお、以下でも、スイスの法令・判例集・雑誌等について、二つ以上の言語の表記がある場合には、ドイツ語表記に従うことにする。

（2）一九八二年草案全体に関しては、石黒一憲「スイス国際私法第二草案（一九八二年）について（一）―（三・完）」法学協会雑誌一〇〇巻一〇号一六四頁以下、一〇一巻二号一〇四頁以下、一〇一巻六号一三八頁以下（一九八三―四）がある。一九八二年草案の個々の規定については、澤木敬郎・秋場準一・田村精一・松岡博「（シンポジウム）わが国際私法改革への基本的視座――婚姻・親子を中心として――」国際法外交雑誌八四巻二号六七頁以下（一九八五）、西賢「法例改正の中間報告」同八五巻六号三五頁以下（一九八七）、田村精一「『法例改正についての中間報告』について」同八六巻一号四五頁以下（一九八七）、松岡博「『法例改正中間報告』について」同八六巻一号五五頁以下（一九八七）。

一九七八年試案の個々の規定については、山田鐐一『国際私法』（一九八二）六七頁注（1）、一三二頁注（1）および石黒助教授の諸著作（前掲・法学協会雑誌一〇〇巻一〇号一六五頁注（1）に引用されたもの）がある。

（3）なお、別の面からの考察としては、拙稿（紹介）Y. Hangartner (Hersg.), Die allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (1988). 国際法外交雑誌八八巻一号一五八頁以下（一九八九）。

(4) 本法の正式名称は、「定住者および滞在者の民事的法律関係に関する一八九一年六月二五日の連邦法」(Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter ; Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour ; Legge federale del 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti) であるが、スイスにおいては、一般にNAG（ドイツ語）およびLRDC（フランス語）という略語が使われている。以下、民法典（ZGB）および債務法（OR）も同様である。

(5) 例えば、オーストリアおよび西ドイツの国際私法は、それぞれ一九七八年および一九八六年の改正においても、基本的には本国法主義を維持した。

(6) 前掲・注（2）の諸文献参照。とりわけ、澤木・舛場・田村・松岡・七四頁、七七頁以下、九一頁以下、西・六一頁以下、松岡・五六頁以下。

I　法典化の必要性

1　NAGの問題点

前述のように、スイス国際私法の主要法源としては、従来は、一八九一年のNAGが挙げられるのみであった。(7) しかし、このNAGは、元来、一九一二年にスイス民法典（ZGB）が施行されるまで、準国際私法として、カントン間の法抵触を規律することが主要目的であった。(8) 後述のような経緯から、NAGは、ZGB施行後も、国際私法を規律するために残されたが、その内容は、従って十分とは言えなかった。

第一に、NAGの構成は、第一章「スイスにおけるスイス人定住者および滞在者の民事的法律関係」（第一条―第二七条）、第二章「在外スイス人の民事的法律関係」（第二八条―第三一条）、第三章「在留外国人の民事的法律関係」（第三

二条―第三四条）、第四章「経過・最終規定」（第三五条―第四〇条）となっている。すなわち、その規定の大半は、第一章のカントン間抵触法に向けられており、国際私法は、周辺においてのみ規定されていた。しかも、在外スイス人については、原則として、「外国の立法により外国法に服さない場合には、本籍カントンの法および裁判管轄に服する」（第二八条）と規定するだけであり、また在留外国人についても、原則として、本法の規定が準用されるだけであった（第三二条）[9]。従って、内容の面からも、これらの規定は不明確であるため、後に問題を残すことになった（後述II 12(1)・III 2参照）。

第二に、NAGは、後に若干の補充が行われたとはいえ、人事・家族・相続法の枠を越えるものではなく、財産法関係については、全く規定を欠いていた[10]。なぜなら、すでに一八八一年に連邦債務法が成立しており、これは後に一九〇七年のZGBおよび一九一一年の連邦債務法（OR）に取って代わられるものの、その時点において、スイスの国内実質法を財産法関係については統一していたからである[11]。

第三に、NAGは、人事・家族・相続法についても、準拠法および裁判管轄は規定していたが、判決の承認執行は規定していなかった。これは、カントン間の判決の承認執行がすでに一八七四年の連邦憲法第六一条に規定されていたことによる[12]。

最後に、総論関係の問題は、第一章において、カントン間抵触法として必要なものだけが規定されていた。すなわち、他のカントン法の職権による適用、住所の定義、重本籍、不統一カントン法などである。

以上のように、NAGは、カントン間抵触法としては、必要十分であったかもしれないが、国際私法としては、欠缺が多すぎた[13]。それゆえ、後に述べる当時の外国人の在留状況からみても（II 1参照）、ZGBの施行と同時に、NAGは廃止し、新しい国際私法立法を行うことが自然の成り行きであったように思われる。現に、ZGBの起草過程において、

それは試みられたが、しかし、失敗に終わったのである。

(7) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf (1979), S. 1 ; Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982 (1983), S. 3. 両文献の性格については、後述・注 (31)・(35) 参照。

(8) BBl (1888－III), S. 610. ちなみに、一八六二年一一月二八日の「カントン間定住関係におけるカントンの管轄の規律および分配に関する法律案」においては、税法および破産法が含まれていたが、在留外国人および在外スイス人に関する規定は存在しなかった。BBl (1862－III) 509. 続く、一八七六年一〇月二五日の「スイスの定住者および滞在者の民事的法律関係に関する法律案」においては、在留外国人に関する規定だけが置かれた（第一五条）。BBl (1876－IV) 39. そして、ようやく一八八七年五月二八日の「定住者および滞在者の民事的法律関係に関する法律案」において、在留外国人および在外スイス人に関する規定がそれぞれ三か条ずつ設けられた。BBl (1887－III) 113.

(9)「本法の規定は、スイスに住所を有する外国人に準用する。」但し、在外スイス人に関する第二章が準用される範囲については、若干の争いがあった。Vgl. W. Stauffer, Praxis zum NAG (1975), S. 100. なお、ZGB施行後に改正追加された規定（第七a条―第八e条）は、当然のことながら、第三二条によるまでもなく、在留外国人に適用される。Vgl. I. Schwander, Die Handhabung des neuen IPR-Gesetzes, in : Hangartner, a. a. O., Anm. (3), S. 13.

(10) 財産法分野における国際私法規定については、Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 4 f. ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 5 f. 抵触規定だけを列挙しておくと、道路交通に関する一九五八年一二月一九日の連邦法第八五条、OR第四一八b条第二項（代理商契約）、OR第五〇一条第四項（保証契約）、OR第一〇八六条―第一〇九五条（手形）、OR第一一三八条―第一一四二条・第一一四三条第一項第二一号（小切手）、OR最終規定第一四条および一九三七年六月七日の商業登記規則第五〇条第二項（法人の本拠移転）、以上にすぎない。

(11) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 2 f. ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 4. この債務法に関する一八八一年六月一四日の連邦法は、動産物権・会社・手形小切手などに関する規定も含んでいた。ちなみに、現在では、人事・家族・相続・

物権は、ZGBにより、債務・会社・手形小切手などは、ORにより規律されている。

(12) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 2；Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 4. 連邦憲法第六一条は、次のように定める。「カントンにおいて下された確定力を有する民事判決は、全スイスにおいて執行されうるものとする。」但し、ZGBの施行に伴い追加されたNAG第七f条および第七g条第三項は、それぞれ外国における婚姻挙行および離婚判決の承認を規定していた。それによると、外国において挙行された婚姻は、明らかにスイス法の無効事由を回避する意図をもって、挙行地を外国に移したものでない限り、承認される（第七f条）。また、外国の裁判所により下された在外スイス人の離婚に関する判決は、当該外国法により管轄が認められる限り、承認される（第七g条第三項）。

(13) とりわけ、国際民事訴訟法の分野においては、連邦法とカントン法が入り乱れ、複雑な様相を呈していた。すなわち、連邦憲法第六四条によると、連邦は、自然人の行為能力、商法・手形法を含めた債務法、無体財産権法、倒産法、その他の民事法に関する立法権限を有するが、裁判手続法は、カントンの管轄とされている。従って、二六のカントンが独自の民事訴訟法を有し、かつ土地管轄についても独自の規定を有していた。しかも、カントンの裁判所は、国際的管轄についても、土地管轄に関するカントン法の規定を準用する傾向にあった。他方において、連邦も、連邦法の適用に必要な限りにおいて、国際的管轄を定めていた。しかし、これらは、統一的な連邦民事訴訟法としてではなく、個々の連邦法に散在していた。そして、これらの連邦法の規定が存在する限りにおいて、国際的管轄については、カントン法の適用が排除されたのである。詳細については、Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7). S. 4 f.；Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 5 f.；P. Volken, Referat, in：Lausanner Kolloquium über den deutschen und schweizerischen Gesetzesentwurf zur Neuregelung des internationalen Privatrechts (1984), S. 221 ff.；ders., Neue Entwicklungen im Bereich der internationalen Zuständigkeit, in：Festschrift für Rudolf Moser (1987), S. 237 ff.

2　ZGB草案における国際私法規定

一九〇〇年に公表されたフーバーのZGB試案は、まず序章第五条において、若干の総論上の問題、すなわち条約法

の優位、外国法の適用、外国法の内容不明の場合における措置などを扱い、更に、最終章第一節において、「内外法の適用」を規定していた。この最終章第一節は、物権・債権・公序・方式を規定している点において、ＮＡＧの欠缺をかなり補うものであったが、更に、在留外国人の人事・家族・相続法関係については、ＮＡＧの原則を変更していた。すなわち、ＮＡＧは、住所地法主義を採用していたのに対して、このフーバー試案は、出生以来、または少なくとも一〇年以上継続してスイスに住所を有する外国人のみがスイス法の適用を受け、その他の外国人は、本国の国際私法によって指定された準拠法に服することと定めていた（第Ⅱ項）。[14] しかし、このようなフーバー試案の国際私法規定は、その起草過程、立法形式、そして何よりも住所地法主義と本国法主義の調整方法などの点で、マイリーの強い批判を受けると共に、[15] 専門委員会においても、結局、審議されることなく削除されてしまった。[16]

ところが、その後、一九〇五年の政府草案においては、再び三三か条に上る国際私法規定が最終章に置かれた。そして、そのうちの二四か条が人事・家族・相続法関係の規定であるが、ここでも、在留外国人について、住所地法主義と本国法主義の調整が図られた。すなわち、スイスにおいて出生し、かつスイスに住所を有する外国人のみがスイス法に服し、その他の外国人は、本国の国際私法によって指定された準拠法に服することと定められたのである（第一七四五条）。[17] しかし、このような一九〇五年草案の国際私法規定も、とりわけ住所地法主義の修正の点で、連邦議会の強硬な反対を受け、再び削除されることになる。[18]。そして、結局、一九〇七年に成立した現行のＺＧＢは、在外スイス人および在留外国人の法律関係について、引き続きＮＡＧが効力を有することを確認すると共に、婚姻法等について、若干の規定を追加するに留まった（最終章第五九条）。[19]

このような決定に至った理由は、次のように述べられている。第一に、国際私法は、いまだ形成途上の段階にある。第二に、今後の国際条約の成り行きを見守るのが得策と思われる。このような理由から、あくまで暫定的にＮＡＧの存

続を認め、数年後には、国際私法立法を行うことが予定されていたのである。[20] しかし、その後の経緯は、学界の中に、包括的な国際私法立法を求める声があったにもかかわらず、[21] 一九七〇年代に入るまで、長い暫定期間が続くことになった。

(14) フーバー試案の国際私法規定については、E. Huber, ZGB Vorentwurf von 1900 (1900), S. 6, 250 ff. その最終章第一節第II項の立法趣旨については、後述II1参照。

(15) マイリーの批判は、とりわけ次の三点に集約される。第一に、フーバー試案は、公表前に、スイスの（国際私法）専門家に対して何の説明も行われなかった。少なくとも、ハーグ国際私法会議の代表の意見をあらかじめ聞くべきではなかったか。第二に、立法形式については、国際私法は単行法とされるべきである。第三に、住所地法主義と本国法主義の調整については、フーバー試案のような解決方法は他に見たこともなく、改められるべきである。その際には、NAGの原則を拡張すると共に、万国国際法学会の（一八八〇年の）決議も考慮すべきである。F. Meili, Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts (1901), S. 112 ff.

(16) 従って、一九〇四年の委員会草案は、国際私法規定を欠いて、公表された。BBl (1905－I), S. 675 f.; Sten. Bull. STR (1907), S. 126.

(17) 一九〇五年の政府草案の国際私法規定については、BBl (1905－II), S. 276 ff. 連邦政府の報告書によると、第一七四五条の起草趣旨は、基本的には、フーバー試案の最終章第一節第II項と変わらないが、法的安定性のために、住所地法に従うべき外国人と本国法に従うべき外国人の区別を簡明にしたものと説明されている。BBl (1905－II), S. 59 f. ちなみに、この一九〇五年草案の国際私法規定は、まずハーグ国際私法会議の連邦政府代表、すなわちマイリー（チューリッヒ大学教授）およびローガン（ローザンヌ大学教授）の鑑定に付され、更に、ローガンおよびグレニエ（ローザンヌ大学教授）が出席した会議において審議されたとのことである。BBl (1905－II), S. 57 f. 前掲・注（15）のマイリーの批判参照。

(18) その詳細については、Sten. Bull. STR (1907), S. 126 ff.

(19) 追加された規定の詳細については、後述II 5(1)および12(1)参照。

(20) Sten. Bull. STR (1907), S. 127 f.

(21) 例えば、スイス法曹協会は、すでに一九二五年に国際債務法をも含めた包括的立法要求の決議を行っている。ZSR (1925—II), S. 335a. その後の学説としては、H. Fritzsche, Das Problem der Gesetzgebung über das internationale Privatrecht der Schweiz, ZSR (1927), S. 232 ff. ; A. F. Schnitzer, Bedarf das Schweizerische Internationale Privatrecht eines neuen Gesetzes?, SJIR (1955), S. 55 ff. ; ders., Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes, in : Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller (1959), S. 429 ff. ; W. Schönenberger u. P. Jäggi, Züricher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V la (1973), S. 32 f.

3　IPRG成立の経緯

今回の立法作業の契機は、スイス法曹協会の一九七一年総会における報告および討論にある。[22] フィシャーおよびブロジーニの報告は、少なくともNAGの全面改正という点では、一致していた。[23] これに対して、財産法分野については、意見が分かれ、[24] 総論の立法化については、両者とも消極的であった。[25] 包括的な立法に反対しながら、NAGの全面改正を主張する理由は、フィシャーによると、次の通りである。第一に、一旦成文法として成立したものを再び不文法に戻すことは、経験則上不可能である。第二に、家族法および相続法の分野においては、とりわけ法的安定性が重要であり、また、ここでは法適用が裁判所ではなく官庁の手に大部分委ねられている。しかるに、NAGの規定は、現状において満足できるものではないと言うのである。[26] 他方、包括的立法に反対する理由は多岐に渡るが、とりわけ判決の硬直化および国際的法統一の阻害が強調されている。[27] これに対して、討議においては、総論をも含めた包括的立法を主張する者、NAGだけの改正を主張する者、NAGの改正を不要と主張する者、NAGを廃止して国際私法全体を判例に委ねよと

主張する者、このように様々の見解があった。[28]

ところが、その後間もなく、連邦議会に動議が提出された。この動議は、形式上はＮＡＧの全面改正を要求するものであるが、新たに規定されるべき分野として、法人に関する法・外国における外国人に関する法・国際債務法・国際物権法・国際私法総論を挙げており、実質上は包括的立法を要求するものであった。これに対して、連邦政府は、先のスイス法曹協会の年次総会における意見の不一致をも考慮して、問題全体を専門家グループの作業に委ね、その作業の結果は、動議に拘束されないで判断したいと回答した。そこで、この動議は要請に変更され、連邦下院が一九七二年九月二七日の決議によって、これを支持した。[29]翌一九七三年、連邦政府は、スイス国際法協会に対し、「学説および実務の現状において可能であると判断できる限りにおいて」、スイス国際私法・国際民事訴訟法の試案を作成するよう依頼した。この依頼にもとづき、スイス国際法協会は、その会員の中から人選を行い、この人選を受けて、専門委員が任命された。[30]

この専門委員会は、その後一九七八年に全文一九六条からなる試案および最終報告書を提出した。[31]報告書の冒頭において、スイス国際私法の現状が概観された後、そこには多数の欠缺および欠陥が存在するとの結論が下されている。もっとも、スイスは、約三〇〇に上る二国間および多数国間の国際私法関係条約を締結しているが、それは、スイス国際私法の運用を容易ならしめるどころか、むしろ国内立法の欠如を際立たせる。なぜなら、そこには、国際私法条約を填め込むべき「国内法の枠」が存在しないからである。専門委員会は、このように述べて、包括的立法の結論を下したのである。[32]

その後直ちに、この試案について、各方面に意見が求められた。立法の必要性に関しては、大部分は、専門委員会の方針に同意したものの、一部においては依然として、判決の硬直化および国際私法条約の増大による国内立法の実質的意義の喪失が懸念されている。また、このような包括的立法ではなく、部分立法に留めるべきであるとの見解も、一部

には残っていた。[33] その結果、例えば、一九七八年の試案においては、第一二章として、「司法共助、訴訟費用の担保および訴訟上の救助」（第一八三条―第一八九条）が置かれていたが、草案においては、独立の章を置かず、司法共助行為に関する第一一条および期間に関する第一二条だけが残された。[34] しかし、連邦政府は、その他の規定については、大方の支持を得ていると判断し、一九八二年に政府草案および理由書を公表した。[35]

この政府草案は、一九八五年から連邦議会の審議にかけられたが、上院における審議開始の表決は、二三対一一であった。また、上院においては、国際仲裁に関する草案第一一章が一八対一七で削除される一幕もあった。しかし、下院においては、満場一致で審議が開始され、国際仲裁に関する規定も、多数の修正追加を経て、復活している。[36] そして、一九八七年一二月一八日、ついにIPRGは成立したのである。[37]

(22) F. Vischer, Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts, ZSR (1971－II), S. 1 ff.; G. Broggini, La codification du droit international privé en Suisse, ZSR (1971－II), S. 245 ff. 但し、口頭の報告においては、要旨だけが述べられた。ZSR (1971－II), S. 391 ff.

(23) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 56 f.; Broggini, a. a. O., Anm. (22), S. 245 ff., 253 ff., 304 ff.

(24) すなわち、財産法分野の法典化については、フィシャーは、明らかに消極的であったが、ブロジーニは、これを肯定しているように思われる。Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 48 ff.; Broggini, a. a. O., Anm. (22), S. 309 f. 但し、フィシャー自身は、ブロジーニが全体として同じ結論に至ったと考えていた。ZSR (1971－II), S. 397. Vgl. auch Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7). S. 14; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 10. これに対して、ブロジーニの報告は、より包括的法典化に積極的である、とみる見解が討論において表明されている。ZSR (1971－II), S.404 (P. Lalive), 412 f. (A. F. Schnitzer). Vgl. auch F. Sturm, Die allgemeinen Grundsätze im schweizerischen IPR-Gesetzesentwurf, Eine kritische Analyse, in: Festschrift für Moser, a. a. O., Anm. (13), S. 3 Fn. 2.

(25) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 52 ff. ; Broggini, a. a. O., Anm. (22), S. 312 f.

(26) Vischer, a.a. O., Anm. (22), S. 57. 第二の点に関するブロジーニの同様の見解については、Broggini, a. a. O., Anm. (22), S. 308.

(27) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 29 ff. これに対して、ブロジーニによると、法的安定性のためには、ある程度の硬直化は止むを得ず、また現状においては、国際的法統一は非常に限定されているので、結局、これらの要因は、国内における国際私法の法典化を妨げないとされる。Broggini, a. a. O., Anm. (22), S. 299 ff.

(28) ZSR (1971－II), S. 404 ff. 第一の立場については、S. 404 ff. (P. Lalive), S. 411 ff. (A. F. Schnitzer). 第二の立場については、S. 415 ff. (A. Heini), S. 419 ff. (A. von Overbeck). 第三の立場については、S. 424 ff. (P. Mercier). 第四の立場については、S. 417 ff. (P. M. Gutzwiller), S. 422 ff. (R. Hengartner).

(29) Motion (von Arx)-Egli, Amt. Bull. NR 1972, S. 1556 ff. Vgl. auch Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 15 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 11. ちなみに、外国に住所を有する外国人の民事的法律関係は、ＮＡＧにおいて規定されておらず、これもＮＡＧの欠陥として挙げられている。Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 2 ; Botschaft, a. a. O., Anm (7), S. 4. Vgl. auch F. Vischer u. A. von Planta, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (1982), S. 37 ff. 但し、ＺＧＢの施行に伴い追加されたＮＡＧ第七ｅ条は、スイスに住所を有しない外国人の婚姻について、それが本国において承認されることが証明された場合には、挙行地のカントン政府が許可することができると規定していた。

(30) BBl (1973－I), S. 1676 ff. Vgl. auch Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 15 ff. ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 11 f.

(31) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7). この最終報告書は、Schweizer Studien zum internationalen Recht, Bd. 13. として出版された (Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich)。その前年に、F. Vischer u. P. Volken, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht/Loi fédérale sur le droit international privé (Loi de d. i. p.), Projet de loi de la commission d' experts et Rapport explicatif (1978) が同じシリーズの第一二巻として出版されている。石黒・前掲・注（2）、法学協会雑誌一〇一巻一二号一〇七頁注（6）は、両者を混同されているようであるが、これらは区別しなければならない。但し、内容的には、両者は実質上同じと考えられ

るので、本稿においては、Schlussbericht だけを引用する。もっとも、後述の意見聴取に付されたのは、Begleitbericht の方である。また、石黒・前掲・注（2）は、この一九七八年の試案を「第一草案」と称されるが、そのような名称は、少なくともスイスの文献には見られない。その性質は専門委員会の草案であるが、スイスにおいては、一般に Vorentwurf/avant-projet と称されているようであるから、本稿においては、「試案」として引用することにした。

(32) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 1 ff, bes. S. 11 f. Vgl. auch Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 3 ff., bes. S. 8. ちなみに、専門委員会の議長は、フィシャーであった。そこで、連邦議会の審議においては、フィシャーが「改宗」(vom Saulus zum Paulus werden) したと評する発言もあった。Amt. Bull. STR (1985), S. 120 ; Amt. Bull. NR (1986), S. 1286. しかし、もともと試案および草案の作成は、三二名の委員全員の共同作業であり、フィシャー個人に帰せられるべきではない。また、フィシャーが専門委員会の議長となったのは、たまたま彼が当時スイス国際法協会の理事長を務めていたからにすぎない。専門委員会の作業方法については、Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 17 f. ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 12 f.

(33) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Darstellung der Stellungnahmen auf Grund des Gesetzesentwurfs der Expertenkommission und des entsprechenden Begleitberichts/Loi fédéral sur le droit international privé, Présentation des réponses à la procédure de consultation relative au projet de loi de la commission d' experts et au rapport explicatif (1980). この意見表明は、連邦法務省によってタイプ打ちで一冊にまとめられた (G. 54/Nu/ha)。法典化それ自体に対する疑問については、S. XXI (Uni Basel, Uni Lausanne, Staatsrat des Kantons Waadt). 法典化の範囲に対する疑問については、S. XXII (Schweizerische Bankiervereinigung, Regierungsrat des Kantons Schaffhausen, Regierungsrat des Kantons Thurgau). ちなみに、意見聴取は、一九七八年一〇月九日から一九七九年五月三一日まで行われた。

(34) これに対する批判としては、P. Volken, Rechtshilfe und andere besondere Fragen innerhalb des Erkenntnisverfahrens, in : Hangartner, a. a. O., Anm. (3), S. 122 ff., bes. S. 124.

(35) Botschaft, a. a. O., Anm. (7). この政府草案および理由書は、もともと官報 (BBl (1983－I) 263) に掲載されたものを別刷にしたものであり、市販されている。同様に、フランス語版およびイタリア語版も市販されている。Message concernant une loi fédéral sur le droit international privé (Loi de DIP) du 10 novembre 1982/Messaggio per la legge federale sul

diritto internazionale privato (Legge di DIP) del 10 novembre 1982. 官報においては、FF (1983－I) 255 ; FFi (1983－I) 239. 本稿においては、特に断らない限り、ドイツ語版を引用する。但し、条文の翻訳に際しては、常に独・仏・伊を比較した。その理由については、拙稿・前掲・注（1）参照。ちなみに、石黒・前掲・注（2）は、この一九八二年の草案を「第二草案」と称されるが、前掲・注（31）において述べたのと同様の理由により、本稿においては、「政府草案」または単に「草案」として引用する。また「告示」(Botschaft) それ自体の性質は、連邦政府による連邦議会に対する報告書であるが、その中には、草案と理由書の両方が含まれている。本稿では、草案は条文番号により、理由書は告示の別刷の頁数により示すことにした。

(36) Amt. Bull. STR (1985), S. 111－183 ; NR (1986), S. 1281－1288, 1290－1315, 1343－1370 ; STR (1987), S. 178－200 ; NR (1987), S. 1064－1073, 1894 ; STR (1987), S. 506－510, 685. この連邦議会の審議における政府草案の修正点については、後述IIおよびIII、更には、拙稿・前掲・注（1）参照。

(37) 但し、スイスの連邦法については、法律公布の日から九〇日以内に五万人の有権者または八のカントンの要求があった場合には、国民投票を行わなければならない。その九〇日の期限が当初は一九八八年四月一一日とされていた。ところが、ドイツ語およびフランス語の条文が一月一二日に公布されたのに対して、イタリア語の条文は、印刷の遅れから二月三日に公布された。そこで、イタリア語圏の国民投票要求期限を五月四日まで延長することが三月七日付けで確認されたが、このような手続上の不備を理由として、IPRGの発効に対しては、連邦裁判所に二件の異議申立が行われた。しかし、連邦裁判所は、九月三〇日および一〇月三日の判決により、これらの異議申立をいずれも棄却した。そこで、一〇月二七日、連邦政府は、IPRGの一九八九年一月一日発効を決定したのである。Vgl. BBl (1988－I) 5 ; FF (1988－I) 5 ; FFi (1988－I) 5, 990 ; BBl (1988－II) 1111 ; FF (1988－II) 1084 ; FFi (1988－II) 989 ; A. E. von Overbeck, Das neue schweizerische Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRax (1988), S. 329 Fn. 1.

4　IPRG成立の要因

スイスにおける国際私法の法典化というひとつの歴史的事実を説明するには、政治的側面、憲法問題なども考慮する

必要があるが、[38] ここでは国際私法プロパーの問題に限定したい。

まずNAG・ZGB成立の時代は、ヨーロッパ大陸において本国法主義が定着し始めた頃であり、それは当時の立法作業において無視できない状況であった。[39]しかるに、当時においても、すでに在留外国人は、スイス住民のかなりの割合を占めていた(後述II1参照)。そこで、前述のように、住所地法主義と本国法主義の調整が図られたが、それは失敗に終わったのである。

ところが、その後のNAGの運用においては、住所地法主義の適用を命じた原則規定ではなく、むしろ例外的に本国法を指定していた規定に問題が生じ、それが一九七二年および一九七六年におけるNAGの一部改正につながった。[40]更に、周辺諸国およびハーグ国際私法会議においても、本国法主義は、絶対的優位を徐々に失い、少なくとも部分的には修正を余儀無くされている。[41]このような状況の変化により、スイス国際私法においても、属人法の決定基準について合意の成立が可能になったと言えよう。

第二に、スイスは、ヨーロッパ大陸の中心に位置する小国として、すでにNAGの時代から、国際私法条約の締結に積極的にならざるをえなかった。しかるに、前述のように、本国法主義が定着し始めていた時期に、ハーグ国際私法会議もすでに活動を開始していた。従って、たとえ住所地法主義にもとづく国内立法を成立させたとしても、本国法主義にもとづく多数国間条約の批准により、実質上、国内立法が無意味となるのではないか、このような判断から、ZGB草案における国際私法規定は削除され、暫定期間が設けられることになったのである。[42]しかし、その後のハーグ国際私法条約の状況は、もはやこれを国内立法不要の理由とすることを許さない。なぜなら、それは、事項的に限られた分野を扱っているにすぎず、また、すべての周辺諸国によって批准されているわけでもないからである。[43]何よりもスイス自体が、当然の事ながら、すべてのハーグ条約を批准しているわけでもなかった。[44]

他方において、このような状況の変化にもかかわらず、国内立法が国際私法の統一を阻害するとの考えは、一部において根強く残っていた。[45] しかし、このような危惧も、ＩＰＲＧの制定過程において克服されたと言えよう。すなわち、前述のように、ＩＰＲＧは、国際私法条約を塡め込むべき「国内法の枠」と考えられており、現在および将来の国際私法条約をすべて受容可能としている。これは、スイスがすでに批准した国際私法条約の解釈について、国内法に対する条約法の優位を意味するだけでなく（第一条第二項）、[46] スイスがＩＰＲＧ成立後も、国際私法条約の締結に積極的であり続けるという政策の表明とも受け取れよう。[47]

また、ＩＰＲＧは、相互主義にもとづかない普遍的適用の条約を、直接に指定している。すなわち、夫婦間の扶養義務（第四九条）、親子間の扶養義務（第八三条）、遺言の方式（第九三条）、有体動産の売買（第一一八条）、道路交通事故（第一三四条）、外国仲裁判断の承認執行（第一九四条）、これらは、それぞれ特定の条約によることが明記されているのである。[48] これに対して、相互主義にもとづく条約は、当然の事ながら、ＩＰＲＧの条文において指定されていないが、後見に関する第八五条のように、ＩＰＲＧが相互主義の要件を外し、普遍的適用に拡張した条約も見られる。他方において、その他の相互主義にもとづく条約に関係する事項は、外国離婚判決の承認（第六五条）および養子縁組（第七五条以下）のように、ＩＰＲＧにおいて独自に規定されているが、これは、全く問題を生じない。なぜなら、締約国間の関係においては、第一条第二項により、当然に条約だけが適用されるからである。[49][50]

第三に、スイスの学説におけるアメリカ法の影響は、法典化に対して消極的に作用していた。その典型は、スイス法曹協会の一九七一年総会におけるフィシャーの報告であり、前述のような判決の硬直化に対する警戒であった。[51] しかし、そこで念頭に置かれていたのは、フーバー試案のような国際私法規定であり、フィシャーの主張は、むしろＩＰＲＧの起草過程において考慮されるべき問題であった。例えば、フーバー試案は、在外スイス人の人事・家族・相続法関係、

在留外国人の同様の法律関係、物権および債権について、それぞれ一か条を規定するにすぎず、その他には、若干の総則規定が見られるだけであった。このような適用範囲の広い概括的な国際私法規定においては、確かに、判決の硬直化が著しいであろう。しかし、IPRGにおいては、「表面的に同じに見えるもの」も、厳密に区別する方針が取られている。[52] すなわち、IPRGは、意識的に詳細な規定方法を採用したのであり、それゆえにこそ、国際民事訴訟法を含むとはいえ、二〇〇条に上る規定を擁することになった。また、IPRGにおいては、随所に硬直化防止のための規定が置かれているが、[53] とりわけ一般例外条項は、このようなIPRG成立の経緯を抜きにしては、語れないであろう。

最後に、ヨーロッパ大陸における国際私法法典化の傾向を挙げておかなければならない。NAG・ZGB成立の時代には、確かに、ドイツ・オーストリア・フランス・イタリアなどに成文国際私法が存在していたが、まだ不完全なものが多かった。[54] スイス法曹協会の一九七一年総会の当時においても、これらの諸国に国際私法改正の動きがあったが、まだ本格化していなかった。[55] しかるに、連邦議会において政府草案の審議が開始された一九八五年には、すでにオーストリア（一九七八年）、チェコスロバキア（一九六三年）、ポーランド（一九六五年）、ポルトガル（一九六六年）、ドイツ民主共和国（一九七五年）、ハンガリー（一九七九年）、トルコ（一九八二年）等において包括的国際私法典が成立しており、ドイツ連邦共和国のEGBGB改正（一九八六年）も目前に迫っていた。従って、包括的法典化の傾向は、いまや着実なものとなっており、政府草案は、他に例を見ない程の条文数とはいえ、これを拒否すべき理由は見出し難かったと言えよう。[56]

以上のように、IPRG成立の過程は、決して平坦ではなかった。それは、NAGの問題点にもかかわらず、決してその当時から急務とされてきたわけではなく、むしろ、しばらく様子を見ることが決断されていたのである。また、一九七三年に専門委員会が設けられてからも、更に、一九七八年の試案および一九八二年の草案が公表されてからも、反

対意見が表明され続けてきた。しかるに、ようやく一九八七年にＩＰＲＧが成立したのは、以上のように有利な環境があったからであろうし、また、ＩＰＲＧの内容自体においても、反対意見において主張されていた問題点が一応の解決を見ていたからでもあろう。本稿は、このようなＩＰＲＧの解決をすべて考察するわけにはいかない。そこで、以下では、二つの重要なテーマ、すなわち、属人法の決定基準および一般例外条項だけを取り上げることにしたい。

(38) ＩＰＲＧの合憲性については、連邦法務省が一九八〇年二月一五日付けの鑑定書を提出している。VPB 45 (1981) Nr. 49, S. 279 ff. Vgl. auch Botschaft, a. a. O, Anm. (7), S. 26 ff.; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 20 ff.

(39) すでにＮＡＧの制定過程において、万国国際法学会の一八八〇年決議が取り上げられ、学説における本国法主義への傾斜が意識されていた。BBl (1888－III), S. 611.

また、ＺＧＢの制定過程においては、ドイツ国際私法がすでに本国法主義を採用していたことから、本国法主義が有力となり、国際私法統一条約においても、それが基調になるであろうと予測されている。BBl (1905－II), S. 58. Vgl. auch Sten. Bull. STR (1907), S. 126. 更に、フーバー試案に関しては、後述II 1参照。

(40) 後述II 5 (1) およびIII 2参照。

(41) 例えば、西ドイツの改正法においては、常居所の単独連結（第八条、第一八条、第二〇条第二項）、法選択の可能性（第一〇条第四項・第五項、第一五条第二項）、択一的連結（第二〇条第一項）、補充的連結（第一三条第二項）、段階的連結（第一四条第一項、第一七条、第一九条、第二一条）などが見られる。また、オーストリアの改正法においても、段階的連結（第一八条、第一九条、第二〇条第一項）および法選択の可能性（第一九条）が見られる。ハーグ国際私法条約における常居所概念の採用については、後述II 3参照。

(42) Sten. Bull. STR (1907), S. 127 f.

(43) スイスの学説における同様の指摘については、Fritzsche, a. a. O., Anm. (21), S. 259 f.; Broggini, a. a. O., Anm. (22), S. 301 ; W. von Steiger, Zur Kodifkation des internationalen Privatrechts, ZbJV 115 (1979), S. 54 ff.

(44) 例えば、一九八八年七月一一日現在でみると、一九五五年から一九八〇年までに成立したハーグ条約一八件のうち、一三件だけがスイスによって批准されている。また、スイスが批准していない条約のうち、五件はすでに発効している。但し、司法共助に関する三件の条約は、現在、連邦政府部内において批准が検討されているとのことである。Volken, a. a. O., Anm. (34), S. 125 f.

(45) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 34 f. Vgl. auch P. Mercier, ZSR (1971－II), S. 426 ： A. von Overbeck, ZSR (1967), S. 723. 但し、フォン・オヴァーベックは、後に改説した。ZSR (1971－II), S. 420.

(46) 詳細については、Schwander. a. a. O., Anm. (9), S. 45 ff. ちなみに、国際私法における条約の優位は、スイス法の伝統と言えよう。NAG第三四条、一九〇〇年のフーバー草案第五条第一項、一九〇五年のZGB草案第一七四一条第一項・第二項。Vgl. auch Sten. Bull. STR (1907), S. 127.

(47) Vgl. von Overbeck, a. a. O., Anm. (37), S. 330. ZGBの制定過程における同様の態度表明については、BBl (1905－II), S. 59 ； Sten. Bull. STR (1907), S. 127 f.

(48) 条約の直接指定は、IPRGにおいては、単なる情報提供の意味を持つだけである。Schwander, a. a. O., Anm. (9), S. 49 ； A. E. von Overbeck, Le projet suisse de loi sur le droit international privé－Une codification nationale d' inspiration internationaliste ?, dans ： Colloque en souvenir de Francois Laurent (1989), p. 553.

(49) しかも、養子縁組についての機関の管轄、準拠法および判決・決定の承認に関する一九六五年一一月一五日のハーグ条約は、スイス以外には、オーストリアおよび英国によって批准されているにすぎない（一九八八年七月一一日現在）。

(50) 報告書および理由書は、更に、第三のグループとして、実質法の統一を目的とする条約を挙げている。すなわち、これらの条約も、IPRGにおいては、直接に指定されていないが、第一条第二項により、IPRGに対して優先するとのことである。Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 42 ； Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 35.

(51) 同様の傾向としては、ZSR (1971－II), S. 417 ff. (P. M. Gutzwiller), S.422 ff. (R. Hengartner).

(52) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 22 f.； Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 23 f. Vgl. auch F. Vischer, Die Kritik an der herkömmlichen Methode des internationalen Privatrechts, in ： Festschrift für Oskar A. Germann (1969), S. 304 ff.

(53) 例えば、第三条（緊急管轄）、第一五条（例外条項）、第一九条（外国の強行適用規定の考慮）、第一一七条（契約の客観的連結）などが代表的なところであろう。後述Ⅲ参照。Vgl. auch Amt. Bull. STR (1985), S. 127 ; A. K. Schnyder, Das neue IPR-Gesetz (1988), S. 14 f. ; K. Siehr, Zum Entwurf eines schweizerischen Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, RIW/AWD (1979), S. 735 ff.

(54) 例えば、ドイツのEGBGB（一八九六年）、フランス民法典（一八〇四年）、オーストリアのABGB（一八一一年）、イタリアの民法施行規則（一八六五年）など。Vgl. auch Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 39

(55) 例えば、フランスの国際私法協会の草案（一九五一年、一九五五年）、西ドイツの国際私法会議の改正提案（一九六〇年、一九六六年、一九六九年）、イタリアのヴィッタ草案（一九六七年）、オーストリアのシュヴィント草案（一九七一年）など。Vgl. Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 39 ff.

(56) Vgl. auch M. Gutzwiller, Der Entwurf zu einer Kodifikation des schweizerischen Internationalprivatrechts, ZSR (1979－I) 1, S. 4 f. フィシャーも、これらの国における包括的法典化の傾向を意識していたと言われている。Amt. Bull. STR (1985), S. 126.

II 属人法の決定基準

1 在留外国人および在外スイス人の状況

スイスにおける在留外国人数は、常に大きな社会・経済問題であった。[57] すでにNAGの起草過程において、この在留外国人数が重視されている。すなわち、一八八〇年一二月一日付けの統計によると、スイス住民二、八四六、一〇二人のうち、在留外国人数は、二一一、〇三五人であり、バーゼル・シュタット州においては三四パーセント、ジュネーヴ州においては三七パーセントに上る。更に、NAGにとって重要な他州出身者数は、バーゼル・シュタット州において

三六パーセント、ジュネーヴ州において二〇パーセントである。従って、先の在留外国人数を合わせると、自州民以外の割合は、バーゼル・シュタット州において七〇パーセント、ジュネーヴ州において五七パーセントに上り、これらの住民について、外国法ないし他州法の適用を命じる本国法ないし本籍地法主義は、到底受け入れ難いというのである。(58)

更に、フーバーは、住所地法主義と本国法主義の調整の必要性を、次のように述べている。すなわち、NAGの住所地法主義は、確かに、現在通説となりつつある本国法主義に反するものである。しかし、外国人は、通常、スイス国籍を取得するためには、一定の金銭を支払って、ゲマインデ（市町村）に帰属することを要するので、たとえ何世代にも渡って、スイスに居住していようとも、ほとんどの場合には、外国人のままである。そこで、試案の規定は、住所地法主義と本国法主義の調和を図ったというのである。(59)

このような状況は、帰化が比較的容易となった現在においても変わらない。すなわち、スイスへの帰化件数は、最近一〇年間をみると、毎年一万件前後あるにもかかわらず、一九八七年一月一日現在の在留外国人数は、九七七、〇〇〇人であり、全人口の一五パーセントに当たる。更に、質的側面をみても、一九八六年にスイスにおいて挙行された婚姻四〇、二三四件のうち、約四分の一において、当事者の双方または一方が外国人であり、七六、三二〇人の出生者のうち、一二、二五一人が外国人である。養子縁組に至っては、一、四三〇件のうち、半数以上が外国人を養子とするものであった。(60)

次に、在外スイス人の状況をみると、NAG制定当時には、正確な統計がないものの、一八八三年には、一二、八〇〇人が外国に移住していたと言われている。これは、全スイス人の約五パーセントに上る。当時においては、南北アメリカへの農民の移住が多かったと言われるが、(61)最近は、他のヨーロッパ諸国への流出が目立つ。一九八六年末に在外公館に届けられたスイス人は、四〇二、七八五人であり、全スイス人の約七パーセントに当たる。但し、そのうちの二五

一、五〇六人、すなわち半数以上は重国籍者である。[62] このような状況の下で、連邦憲法は、一九六六年の改正により、新たに在外スイス人に関する第四五条bisを設けた。それによると、連邦は、在外スイス人の本国および本籍地との関係を促進し、このための組織を援助する権限を有する（第一項）。更に、連邦は、在外スイス人の特別な状況に鑑みて、その権利義務の規律に必要な法令、とりわけ政治的な権利の行使、兵役義務の履行および生活保護に関する法令を制定することができる。但し、これらの法令の制定に際しては、事前にカントンの意見を聴取しなければならない（第二項）。

(57) 国際私法における住所地法主義は、まさにスイスにおいて、外国人統合の側面を持っていると言えよう。F. Vischer, Referat, in : Lausanner Kolloquium, a. a. O., Anm. (13), S. 266. 更に、スイスの就業人口における外国人の比率は、一九七〇年以降の数字をみると、常に二〇パーセントを越えており（短期滞在者を含む）、このような外国人労働者の問題も重要である。Statistisches Jahrbuch der Schweiz / Annuaire statistique de la Suisse 1987 / 1988, S. 336 f.

(58) その他に、国際私法とカントン間私法の相違、取引保護、人の移動の活発化、連邦憲法第四六条などが住所地法主義採用の理由として挙げられている。BBl (1888－III), S. 612 ff. ちなみに、連邦憲法第四六条は、次のように定める。「定住者は、民事的法律関係については、原則として住所地の法および立法に従う。」「連邦の立法は、この原則の適用および二重課税防止のために、必要な規定を行うものとする。」従って、NAGは、連邦憲法第四六条の「施行法」であると言われている。Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 2 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 4.

(59) E. Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartments (1901), S. 34.

(60) 以上の数字については、Statistisches Jahrbuch, a. a. O., Anm. (57), S. 38, 49, 64, 81.

(61) 以上については、A. Huber, Staatskunde-Lexikon, 3. Aufl. (1988), S. 34 ; Schweizer Brevier 1988 (1988), S. 26. 一般に、在外スイス人は、その数の多さから、ドイツ系、フランス系、イタリア系、レート・ロマーニッシュ系に続く「第五のスイス」と呼ばれる。

(62) Statistisches Jahrbuch, a. a. O., Anm. (57), S. 86 f. それによると、ヨーロッパ在住者が二四一、六六〇人、南北アメリ

カ在住者が一一四、四一八人、アフリカ在住者が一七、一五三人、アジア在住者が一二、五二〇人となっている。

2　IPRGの基本方針

以上の数字から、スイスは、移民受入国であると同時に、移民送出国であるとも言えよう。しかし、そのことから、直ちに、属人法の決定基準が導き出されるわけではない。報告書および理由書は、確かに同様の数字を挙げているが、NAGの起草過程の際と異なり、それは、単にスイスにおける国際私法立法の必要性を裏付けるためであった。(63)

これに対して、IPRGにおける住所地法主義は、スイスにおける在留外国人数ではなく、最も密接な関係というIPRGの基本的連結政策に沿ったものであった。すなわち、人事・家族・相続法における最も密接な関係の法は、人が生活の中心を置く場所によって連結されるというのである。(64) しかしながら、人事・家族・相続法の問題がすべて住所地法の適用によって解決されるわけではない。最も密接な関係は、むしろ本国に存在する場合もあり、そのような場合には、本国法が指定されている(段階的連結)。また、IPRG全体がそうであるように、実質法の基礎にある法目的、法律関係の容易な成立、より柔軟な解決など様々の要素が考慮された結果、随所において、択一的連結、補充的連結、当事者による法選択など様々の連結方法が使われている。更には、在外スイス人に対しても、一定の配慮がなされているが、これは、その他の問題と区別して、取り扱われるべきであろう。従って、以下では、まず連結概念としての住所・常居所・国籍に関する規定を考察した後、個々の問題における住所地法主義およびその修正を順次見てゆきたい。(65)

なお、全体としての住所地法主義採用の理由としては、報告書および理由書も認めているように、NAG以来の伝統、周辺諸国およびハーグ国際私法条約における本国法主義の後退なども、確かに大きく影響しているに違いない。(66) しかし、IPRGは、そのような従来の本国法主義と住所地法主義の対立を止揚した点に、意義が見出されるであろう。(67)

(63) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 12 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 8 f. 後者は、更に、財産法分野における立法の必要性を裏付ける数字として、輸出入額、外国人労働者数、登録外国会社数、内外直接投資額、外国居住者の特許件数、外国人当事者の関わる仲裁件数などを挙げている。

(64) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 32 f. ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 46, 54 f. Vgl. auch Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 58 ff. 但し、スイスにおいても、本国法主義を採用すべきであるとの見解が見られる。Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. XXXVIII (Uni Basel, Verband Schweizerischer Zivilstandsbeamten, Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen). Vgl. auch B. Dutoit, ZSR (1971－II), S. 427 ff ; L'avenir possible du rattachement à la loi nationale en droit international privé suisse, SJIR (1969/70), S. 41 ff.

(65) Vgl. auch Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 54 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 32 f. ちなみに、一九〇〇年のフーバー試案および一九〇五年のZGB草案のような本国法主義と住所地法主義の調整方法は、一方的抵触規定としてのみ可能であり、スイス在留の外国人にしか適用できないとして、フィシャーにより批判されている。Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 60.

(66) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 32 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 53 f. また、移民受入国としての政策的立場から、これを肯定する見解もある。G. Kegel, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (1987), S. 282 ; von Overbeck, op. cit., n. (48), p. 564. 更に、フォン・オーヴァーベックは、住所地管轄と結びつけて、自国法適用の機会が増大するという面も指摘している。A. E. von Overbeck, Die Ermittlung, Anwendung und Überprüfung der richtigen Anwendung des anwendbaren Rechts, in : Hangartner, a. a. O., Anm. (3), S. 93 ; von Overbeck, op. cit., n. (48), p. 564.

(67) ちなみに、万国国際法学会の一九八七年総会においては、「国際私法における国籍主義と住所地主義の二元性」が決議された。とりわけ、夫婦財産制・相続・婚姻の効力・離婚および別居について、当事者の法選択を認めるべきこと、ならびに本国法主義において共通国籍が存在しない場合には、共通住所地法を適用し、住所地法主義において共通住所が存在しない場合には、共通本国法を適用するというように、段階的連結を認めるべきことなどが勧告されているのは、注目に値する。La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé, Ann. Inst. Dr. int. (1987－II), p. 290 ss.

3　住所および常居所

スイス国際私法における住所概念は、NAG第三条および第四条にまで遡ることができるが、[68] これらの規定は、ZGBの施行に伴うNAGの一部改正に際して削除された。そして、その趣旨は、ほとんどそのままZGBの第二三条から第二六条に受け継がれたため、これらの規定が渉外事件においても適用されると解されていた。[69] まず、ZGB第二三条は、住所を次のように定義している。

「人の住所は、その者が継続して留まる意思をもって滞在する地に存する。[70]

何人も、複数の地に同時に住所を有することはできない。[71]

本条の規定は、営業所の所在には適用しない。」

更に、ZGB第二六条は、住所概念を補足して、特別の目的をもった滞在は、住所を形成しないとする。すなわち、「通学のためのある地における滞在、および教育・養育・療養・刑罰のための施設における宿泊」がそれである。[72]

他方において、ZGB第二四条および第二五条は、それぞれ擬制的住所および派生的住所を定める。すなわち、前者によると、スイスにおいて一旦取得した住所は、新しい住所を取得するまで存続する。[73] 但し、以前に取得した住所が不明であるか、または外国において取得した住所が放棄されて、いまだスイスにおいて新しい住所を取得していない場合には、居所をもって住所とされる。また後者によると、妻の住所・親権に服する子の住所・後見に服する者の住所は、それぞれ夫の住所・両親の住所・後見官庁の所在地と同一とみなされる。[74]

これに対して、専門委員会は、IPRGとZGBとの間では、異なった住所概念が定められるべきであるとして、次のような規定を提案した。[75]

「人は、その生活関係〔独〕＝利害関係〔仏〕の中心の存する国に住所を有する」（試案第一九条第一項）。

「住所および居所に関する民法典の規定は適用しない」（同条第三項第一文）。

これによって、専門委員会は、とりわけ次の二点を明らかにしようとしていた。第一に、ＩＰＲＧにおいては、擬制的または派生的な住所は認められない。住所は、それぞれの人について独立に定められるべきである。第二に、住所は、本人のみならず、第三者および官庁にとっても重要であるから、本人の主観のみでは決定できない。住所は、むしろ外部から認識しうるすべての事情を考慮して、客観的に認定されるべきである。しかし、これは、住所の取得に際して、全く本人の意思を不要とする趣旨ではない。このような意思も、外部から認識しうる事情によって確認されるべきであるというのである。(76)

このような専門委員会の提案趣旨自体は争われなかったが、しかし、同じく住所と言いながら、ＩＰＲＧとＺＧＢとで異なった定義規定を置くことには、批判が多かった。(77) そこで、草案においては、規定の文言だけは、ＺＧＢと一致させられたのである。すなわち、人は、「継続して留まる意思をもって滞在する国」に住所を有する（草案第一九条第一項ａ号、ＩＰＲＧ第二〇条第一項ａ号）。但し、ＺＧＢの適用を排除する規定は、そのまま残された（草案第一九条第二項第三文、ＩＰＲＧ第二〇条第二項第三文）。更に、理由書においても、報告書の説明がそのまま受け継がれている。(78) 従って、前述のようなＺＧＢとの相違点は、現在のＩＰＲＧにも当てはまるであろう。

ところで、ＩＰＲＧにおいては、新たに常居所の概念が採用されている。従って、これと住所の区別を明らかにする必要がある。(79) まず、試案以来変わらないその定義規定によると、人は、「たとえ予め期間が限られていたとしても、相当の期間居住する国」に常居所を有する（試案第一九条第二項、草案第一九条第一項ｂ号、ＩＰＲＧ第二〇条第一項ｂ号）。従って、これを前述の住所の定義規定と比較するならば、次の点において、両者は異なるように思われる。第一に、住所に関しては、規定の文言および立法趣旨から、本人の意思を必要とすることは明らかである。これに対して、常居所

に関しては、このような意思が要件とされていない。それでは、常居所に関しては、全く本人の意思は考慮されないのであろうか。報告書および理由書は、これに関して、住所の場合よりも外観が重視され、意思の要素が後退するとだけ述べている。[80] 第二に、常居所に関しては、滞在期間が最初から限定されていてもよいとされている。これに対して、住所に関しては、このような文言がないことから、予め期間を限定した滞在が住所の要件を充たすか否かは不明である。しかし、報告書および理由書は、この点については、何も述べていないのである。[81]

更に、その他の規定も見ておくと、まずＩＰＲＧ第二〇条第二項第一文は、「何人も、複数の地に同時に住所を有することはできない」と規定する。すなわち、住所の積極的抵触は生じない。これは、ＩＰＲＧが国際私法独自の立場から住所を定義していることから、当然のように思われるが、更に、最も密接な関係の観点からも、肯定されよう。[82] これに対して、常居所に関しては、このような規定が存在しない。そして、報告書および理由書は、複数の地に常居所が存在しうると述べている。[83]

また、ＩＰＲＧ第二〇条第二項第二文は、「人がどこにも住所を有しない場合には、常居所をもって住所とする」と規定している。これは、試案および草案には無かった規定であり、しかも、連邦議会でも提案の理由は説明されていない。但し、草案第一九条第二項第一文が「本法において住所という場合、行為能力を有しない者については、常居所をもって住所とする」と規定していたので、ＩＰＲＧは、この草案の規定を拡大したと見ることが可能であるかもしれない。[84]

次に、報告書および理由書の説明を見ておくと、まず住所は、前述のように、生活関係の中心に存すると考えられているが、このような生活関係の中心は、通常は、親族とのつながりが最も強い場所に求められるとする。しかし、これは職業的・経済的利益の考慮を全く排除するものではなく、親族とのつながりが全く存在しないか、または非常に疎遠である場合には、むしろ職業的利益が決定的ともなりうる。例えば、独身の外人労働者が本国の親族と疎遠な関係にな

り、その時々の労働場所を生活の中心とする場合が考えられよう。[85] これに対して、常居所は、通常、特別の目的のために取得されるとする。例えば、職業または営業の目的、療養・教育・勉学の目的、余生を過ごす目的などがそれである。従って、常居所は、必ずしも住所と一致するとは限らず、異なった場所に存在しうる。例えば、季節労働者は、本国に家族と家があり、度々そこに戻るわけであるから、生活関係の中心、すなわち住所は本国に存在するが、常居所はスイスに有するであろう。また、年間滞在者は、通常スイスにおいては常居所を有するだけであるが、家族を呼び寄せることができるようになった時点から、むしろスイスに住所を有すると考えるべきであろう。更に、定住許可を受けた者は、通常、住所も常居所もスイスに有する。[86]

それでは更に、IPRGにおいて住所と常居所は、どのように使い分けられているのであろうか。ここでは、準拠法および管轄に関する規定だけを見ておく。まず準拠法に関しては、人事・家族・相続法の分野において、圧倒的に住所が連結点とされている。理由書によると、これらの分野においては、直接の個人的関係にある者だけが関与すること、それゆえ、このような関係の一定の継続性を保証する解決が望ましいことが、理由として挙げられている。[87] 但し、親子関係における子に関しては、その子が住所を形成するだけの判断能力を有しているか否かの認定が困難であるため、住所に代えて常居所が連結点とされている。[88] これに対して、属人法とは言えないが、債務法の分野においては、一定の範囲で常居所が連結点とされている。例えば、契約の客観的連結において、最も密接な関係は、特徴的給付を行うべき当事者の常居所地国または営業所在地国に存すると推定され（第一一七条第二項）、不法行為の客観的連結においても、加害者と被害者が同一国に常居所を有する場合には、共通常居所地国法が準拠法とされる（第一三三条第一項）。報告書によると、これらの分野においては、ある者がその活動を行っている地に統合されているか否かではなく、その地に活動の中心があるという外観が重要であるとされている。[89]

次に、管轄に関しては、第二条の一般規定において、被告の住所が原則的管轄原因とされる。しかし、財産法の分野では、被告の住所がない場合にも、被告の常居所が管轄原因とされ（補充的管轄）、[90] また場合によっては、原告の住所または常居所が管轄原因とされる（択一的管轄）。[91] 他方において、人事・家族・相続法の分野では、やはり住所を管轄原因とする方が多いが、[92] ここでも、親子関係における子に関しては、常居所が基準とされ、[93] また婚姻の効力および親子関係の効力における親に関しては、住所がない場合にも、常居所が管轄原因とされる。[94] このような常居所を原因とした補充的および択一的管轄について、理由書は、スイスの裁判所へのアクセスを容易にするためであると説明している。[95]

以上のように、住所および常居所は、様々の分野において連結点または管轄原因として採用されている。すなわち、住所は、人事・家族・相続法における準拠法の連結点および管轄原因として、最も多く使われているが、管轄原因としては、財産法の分野においても採用されている。他方において、常居所は、親子関係における子にとっては、住所に代わる機能を果たしているが、財産法分野における準拠法の連結点としては、むしろ中心的役割を果たしている。また、管轄原因としては、常居所は、親子関係における子の場合を除けば、住所がない場合の補充的管轄原因として、または住所と共に択一的な管轄原因として、認められている。従って、前述のようなＩＰＲＧの規定ならびに報告書および理由書の説明は、一応の参考にはなるが、むしろ、それぞれの分野における住所または常居所の機能を考慮して、問題毎に決定していくべきではないかと考えられる。[96]

最後に、条約における住所および常居所概念との関係について触れておきたい。例えば、スイスが批准した範囲でみても、条約における住所概念としては、無国籍者の法的地位に関する一九五四年九月二八日のニューヨーク条約第一二条第一項があり（ＩＰＲＧ第二四条第一項）、条約における常居所概念としては、扶養義務の準拠法に関する一九七三年一〇月二日のハーグ条約（ＩＰＲＧ第四九条、第八三条第一項）、未成年者の保護についての管轄および準拠法に関する

一九六一年一〇月五日のハーグ条約（ＩＰＲＧ第八五条第一項）、有体動産の国際的売買の準拠法に関する一九五五年六月一五日のハーグ条約（ＩＰＲＧ第一一八条第一項）などがある。そして、これらの条約においては、住所および常居所の定義がほとんど行われていないので、ＩＰＲＧの定義がこれらの条約に適用されるか、このような問題が生じるかもしれない。[97] しかし、これは、条約の優位を定めたＩＰＲＧ第一条第二項からみて、否定されるであろう。また、報告書および理由書によっても、条約において使用された概念は、その目的および趣旨を考慮して、独自に定められるとする。従って、住所および常居所の概念も、条約とＩＰＲＧの間で同一に解釈される必要はないというのである。[98] しかし、前述のように、ＩＰＲＧの定義自体を機能的に解釈するのであれば、住所および常居所概念について、ＩＰＲＧと条約の区別をそれほど強調する必要がないようにも思われる。[99]

(68) 更に遡ると、住所の定義は、一八七六年のＮＡＧ草案第二条・第三条および一八八七年のＮＡＧ草案第三条・第四条に見られる。これに対して、一八六二年の草案においては、住所ではなく「定住カントン」という用語が使われていた。ところが、一八七六年の草案においては、定住者と滞在者を区別するべきではないとして、新たに住所概念が導入されたのである。BBl (1876－Ⅳ), S. 40. Vgl. auch BBl (1887－Ⅲ), S. 116 f. これらの草案の条文については、前掲・注（8）の官報参照。

(69) BG 10. 10. 1930, BGE 56 II 335, S. 337 f.; BG 7. 2. 1934, BGE 61 II 12, S. 16; Vischer/von Planta, a. a. O., Anm. (29), S. 33; M. Keller u. K. Siehr, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts (1986), S. 318; A. Egger, Nr. 13 zu Art. 23 ZGB, Züricher Kommentar, Bd. I (1930), S. 197.

(70)(71) ＮＡＧ旧第三条第一項・第四項、一八八七年草案第三条第一項参照。但し、一八七六年のＮＡＧ草案第二条第一項においては、意思は要件とされていなかった。それによると、「すべてのスイス国民は、ただ一つの普通住所を有し、それは通常、その者が定住または継続して滞在する地に有するものとする。」

(72) ＮＡＧ旧第三条第二項、一八八七年草案第三条第二項参照。

(73) ＮＡＧ旧第三条第三項、一八八七年草案第三条第二項、一八七六年草案第二条第二項参照。

(74) ＮＡＧ旧第四条、一八八七年草案第四条参照。但し、妻の派生的住所は、一九八四年一〇月五日の婚姻法改正により廃止され、それに伴って、親権に服する子の住所に関する規定も修正された。それによると、「親権に服する子の住所は、両親の住所、または両親が共通の住所を有しない場合には、子を監護する親の住所と同一とみなす。その他の場合には、居所をもって住所とする。」

(75) 但し、専門委員会の中には、様々の意見があった。すなわち、ＺＧＢ第二三条以下の規定をそのままＩＰＲＧに適用すべきであるとする見解、ＺＧＢ第二四条ないし第二六条を除外して、第二三条だけを適用すべきであるとする見解、専ら常居所だけを連結点とし、定義しないで採用すべきであるとする見解などである。Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 68 f.

(76) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 72 f. 第一の点については、少なくとも妻の派生的住所は、ＺＧＢにおいても廃止された。前述・注（74）参照。Vgl. auch BG 3. 5. 1984, BGE 110 II 102, S. 112 f. 第二の点については、とりわけ BG 25. 3. 1971, BGE 97 II 1, S. 3 f. Vgl. auch J. M. Grossen, Einzelperson, in : Schweizerisches Privatrecht, Bd. 2 (1967), S. 350 f. ; E. Bucher, Nr. 5 zu Art. 23 ZGB, in : Berner Kommentar, Bd. I－2 (1976), S. 549 f. ; Egger, Nr. 19 zu Art. 23 ZGB, a. a. O., Anm. (69), S. 199. また、一八八七年のＮＡＧ草案第三条第四項は、同様の趣旨を明文で規定していた。すなわち、「争いのある場合には、住所は、その際に問題となった事実関係の全体から決定されるものとする。」一八七六年のＮＡＧ草案第二条第一項第二文も同じ趣旨である。

(77) Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. XXXVII (Staatsrat des Kantons Tessin, Uni Basel, Uni Lausanne, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Schweizerischer Anwaltsverband), S. 90 ff. (Ticino, Vaud, Uni Basel, Uni Lausanne, Institut universitaire de Genève, Schweizerischer Anwaltsverband). 但し、スイスの判例および学説は、一般に住所を「生活関係〔独〕＝利害関係〔仏〕の中心」(Mittelpunkt der Lebensverhältnisse/le centre des intérêts) と解していた。BG 25. 3. 1971, BGE 97 II 1, S. 3 ; BG 7. 6. 1963, BGE 89 II 113, S. 115 ; BG 12. 2. 1951, BGE 77 II 15, S. 17 ; Bucher, Nr. 3 zu Art. 23 ZGB, a. a. O., Anm. (76), S. 549 ; Egger, Nr. 19 zu Art. 23 ZGB, a. a. O., Anm. (69), S. 199 ; Grossen, a. a. O., Anm. (76), S. 350 f. グロセンによると、このような「生活関係の中心」は、フランス民法第一〇一二条の "principal établissement" と異ならないとのことである。Vgl. auch BBl (1876－W), S. 40 f.

(78) Botschaft, S. 54 ff. ちなみに、連邦政府は、意見聴取の後、IPRGの規定とZGB第二三条を別の形で調和させようと試みたが、結局、ZGB第二三条が国民の法感情に深く根づいているとして、本文のような解決を採用したとのことである。

(79) 但し、前述・注（75）のように、専門委員会の中には、住所または常居所のいずれか一方だけを採用すべきであるとの見解があった。更には、後述・注（97）も参照。

(80) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 74 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 57. 他方、困難な問題は、子の奪取の場合に生じる。すなわち、子を保護する権利のある親から違法に奪取され、別の国に連れ去られた子の常居所は、どこに存在するのであろうか。理由書は、この点について、子を保護する権利のある親が定めた地に、子の生活の中心があるとする。なぜなら、子の常居所は、子の利益を考慮するならば、最も密接な、すなわち最も安定した家族関係が存在する地にあると考えられるからである。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 58. Vgl. auch Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 75.

(81) もっとも、ZGB第二三条の住所に関しては、予め滞在期間が限定されていても構わないと一般に解されている。BG 2. 2. 1923, BGE 49 I 188, S. 193 ; BG 5. 3. 1943, BGE 69 I 9, S. 12 ; BG 4. 10. 1943, BGE 69 I 75, S. 79 ; BG 23. 9. 1943, BGE 69 II 277, S. 281. Vgl. auch Egger, Nr. 25 zu Art. 23 ZGB, a. a. O., Anm. (69), S. 201 ; Bucher, Nr. 22 zu Art. 23 ZGB, a. a. O., Anm. (76), S. 553 f.

(82) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 55. 試案においては、このような規定が存在しないが、報告書は同様の趣旨を述べている。Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 71. 更に、ZGB第二三条第二項、NAG旧第三条第四項参照。

(83) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 74 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 57. Vgl. auch Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 324 f. 但し、報告書および理由書は、このような常居所の積極的抵触をいかに解決すべきかを述べていない。しかし、IPRGの全体の趣旨からみると、重国籍に関する第二三条が準用されるべきであろう。この規定に関しては、後述II 4参照。

(84) 但し、専門委員会は、このような規定の拡張を予想していなかったようである。A. E. von Overbeck, le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé, Rev. crt. dr. internat. privé (1988), p. 240 ; Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse, dans : F. Dessemontet (éd.), Le nouveau droit international privé suisse

(1988), p. 60 s. ; ders, a. a. O., Anm. (37), S. 331. 草案第一九条第二項第一文の起草趣旨は、行為無能力者が住所を形成するだけの判断能力を有するか否かを個別に認定することが困難であるという配慮にあった。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 58. Vgl. auch Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 74 f. 従って、行為能力者の無住所の問題は、全く念頭に置かれていなかった。

(85) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 55 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 71. Vgl. auch OGer Zürich 21. 2. 1963, ZR 62 N. 93, S. 314.

(86) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 57 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 74. Vgl. auch OGer. Zürich 21. 2. 1963, ZR 62 N. 93, S. 308 ff. ちなみに、このような季節労働者（Saisonnier）・年間滞在者（Jahresaufenthalter）・定住権者（Niedergelassene）という区別は、滞在許可の区分にもとづく。すなわち、季節労働者は、一年間に最大九カ月間のみ継続して滞在することが可能であり、家族の同伴は認められない。年間滞在者は、まず一年間についてのみ滞在が許可されるが、毎年更新することが可能である。定住権者は、もはや許可を必要とせず、滞在することが可能である。Huber, a. a. O., Anm. (61), S. 32. 但し、報告書および理由書も、以上の滞在許可の区分は、単なる一つの要素として考慮されるにすぎないと述べている。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 55 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 71 f.

(87) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 56. IPRG第三三条第一項（人事法の一般原則）、第三五条（行為能力）、第四八条第一項・第二項（婚姻の効力）、第五二条第二項（夫婦財産制における法選択）、第五四条第一項（夫婦財産制における客観的連結）、第七二条第一項（認知）、第九五条第一項（相続契約）など。後述II 5 (2)のように、住所地管轄と結びついたスイス法の指定も、住所地法の指定と解される。IPRG第三七条第一項（氏名）、第三八条第三項（氏名変更）、第四一条第三項（失踪宣告）、第四四条第一項（婚姻の実質的成立要件）、第六一条、第六三条、第六四条（以上、離婚および別居）、第七七条第一項（養子縁組）、第九〇条第一項（相続）など。

(88) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 58 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 74 f. IPRG第六八条第一項（親子関係の成立）、第七二条第一項（認知）、第八二条第一項（親子関係の効力）など。更に、前述・注（80）参照。

(89) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 33, 74. 報告書は、それを「信頼保護」（Vertrauenschutz）の問題であるとする。本文に掲げた以外にも、IPRG第一二〇条第一項（消費者契約）、第一二二条第一項（無体財産権に関する契約）、第一二

三条（申込に対する沈黙）、第一三五条第一項a号（生産物責任）、第一三九条第一項b号（人格侵害）、第一五八条（団体法における代表権の制限）など。但し、第一二一条第二項および第三項（労働契約）は、住所概念も採用している。

(90) 但し、スイス全体の国際的管轄にとっては、被告の住所または常居所がスイスにあれば、管轄が発生するので、択一的管轄と同じ結果になる。IPRG第九八条第一項（動産物権）、第一一二条第一項（契約の一般規定）、第一一四条第一項b号（消費者契約）、第一二七条（不当利得）、第一二九条第一項（不法行為）、第一五一条第二項（団体法）、第一五二条a号（外国の団体の責任）など。Vgl. auch Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 577.

(91) IPRG第一一四条第一項a号（消費者契約）、第一一五条第二項（労働契約）など。Vgl. auch Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 577 ff.

(92) IPRG第三三条第一項（人事法一般）、第三八条第一項（氏名変更）、第四一条第一項（失踪宣告）、第四三条第一項（婚姻の挙行）、第五一条a号・b号（夫婦財産制）、第五九条、第六二条第一項、第六三条第一項、第六四条第一項（以上、離婚および別居）、第六六条第一項（出生による親子関係の成立）、第七一条第一項（認知）、第七五条（養子縁組）、第八六条第一項（相続）など。

(93) IPRG第六六条第一項（出生による親子関係の成立）、第七一条第一項（認知）、第七九条第一項（親子関係の効力）など。

(94) IPRG第四六条（婚姻の効力）、第五一条c号（夫婦財産制）、第七九条第一項（親子関係の効力）。

(95) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 58 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 74. 報告書は、更に、家族法の分野について、スイスの裁判所の管轄原因がスイス法の適用要件よりも厳格にされるべきではないという。すなわち、ここでは、裁判管轄の発生は、一種の「公共サービス」(service public) であり、それ故、外国人にとって、スイス裁判所へのアクセスはあまり困難であってはならない。Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 71. Vgl. auch Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 77. ちなみに、試案においては、管轄の一般原則は、被告の住所または常居所とされていた。それ故、家族法および財産法の分野においては、住所または常居所のいずれかを管轄原因とする択一的管轄が広く採用されていた。試案第四四条第一項（婚姻の効力）、第四九条b号・c号（夫婦財産制）、第五八条、第六二条第一項、第六三条第一項、第六四条第一項（以上、離婚および別居）、第六六条（親子関係の成立）、第七一条第一項（認知）、第七二条第一項（準正）、第七八条第一項（親子関

係の効力)、第一〇〇条第二項(動産物権)、第一一一条第一項(債権)、第一五〇条第二項(団体法)など。

(96) Vgl. A. E. von Overbeck, Der schweizerische Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, RabelsZ (1978), S. 613 ; ders, Zwischenbericht über die schweizerische IPR-Reform, ZfRV (1978), S. 200 ; Bucher, Nr. 42 ff. zu Art. 23 ZGB, a. a. O., Anm. (76), S. 559 f. フォン・オーヴァーベックは、もともと常居所概念だけで足りるとする見解であった。A. E. von Overbeck, Quelques solutions générales du projet suisse de loi sur le droit international privé et premières réactions à leur égard, Traveaux du Comité français de droit international privé, années 1980－1981 (en réalité 1979－1980), (1981), p. 86.

(97) すなわち、ハーグ国際私法条約において一般に考えられている常居所は、試案第一九条の定義によると、むしろ住所の方に該当するので、更にIPRG独自の常居所概念を定めることは、混乱を招くとする批判が意見表明に見られた。Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 90 ff. (Regionalkonferenz, Uni Genève, Siehr, Vgl. auch Direction des recherches de Genève). またIPRGの成立前の判例によると、条約にいう常居所は、「生活関係の重心〔独〕＝生活の現実的中心〔仏〕」(Schwerpunkt der Lebensverhältnisse ; le centre effectif de la vie) に存するとされていた。BG 24. 7. 1986, BGE 112 V 164, S. 166 (社会保障に関する一九六九年五月一日のスイス・トルコ共和国間の条約最終議定書第三号) ; BG 5. 6. 1984, BGE 110 II 119, S. 122 (未成年者の保護についての機関の管轄および準拠法に関する一九六一年一〇月五日のハーグ条約)。Vgl. auch Vischer/von Planta, a. a. O., Anm. (29), S. 34 f. このような定義は、前掲・注 (77) の住所の定義とそれほど異ならないであろう。更に、より端的に、管轄原因については、住所と常居所が等価値であるとする判例も見られる。BG 6. 6. 1963, BGE 89 I 303, S. 314 ; BG 8. 2. 1968, BGE 94 I 235, S. 243. Vgl. auch Vischer/von Planta, a. a. O., Anm. (29), S. 35 ; Bucher, Nr. 52, 94 vor Art. 22－26 ZGB, a. a. O., Anm. (76), S. 521, 530. 前述・注 (79) も参照。

(98) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 56 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 75 f. ちなみに、試案第一条第二項もすでに条約の優位を定めていたが、その第一九条第三項第二文は、改めて条約の規定を留保する旨を定めていた。これは、専門委員会がとりわけ住所および常居所について、IPRGと条約の関係を意識していたためと思われる。なお、このような条約独自の解釈は、当然の事ながら、IPRGによって直接指定された条約についても行われる。本文に掲げたIPRGの規定参照。このようなIPRGによる条約の直接指定は、単なる情報提供の意味を持つにすぎない。前掲・注 (48) 参照。

(99) von Overbeck, a. a. O., Anm. (37), S. 331. とりわけ、条約の適用範囲を拡張した箇所においては、ＩＰＲＧとハーグ条約との間で異なった解釈を行ったならば、不都合が生じるであろう。ＩＰＲＧ第八三条第二項、第八五条第二項・第三項、第九三条第二項参照。Vgl. auch H. Hoyer, Die gemeinsamen Bestimmugen des schweizerischen IPR-Gesetzesentwurfs, 35 SJIR (1979), S. 42 f.

4　国籍

連結点としての国籍についても、ＮＡＧおよびＺＧＢの規定を見ておく必要がある。まず、ＮＡＧは、その第五条において、重本籍を規定する。それによると、複数のカントンに本籍を有する者については、最後に住所を有していた本籍カントンを本籍地とみなし、いずれの本籍カントンにも住所を有しなかった場合には、本人または始祖が最後に市民権を取得したカントンをもって、本籍地とされる。[100] また、ＺＧＢは、その第二二条第三項において、同様の規定を置いている。すなわち、人が複数の地に市民権を有する場合には、現在または最後の住所がある本籍地が基準とされ、いずれの本籍地にも住所がない場合には、本人または始祖が最後に市民権を取得した地をもって、本籍とされる。両者は、同じ趣旨の規定であると解されるので、ＮＡＧの規定は、条文としては残っていたが、ＺＧＢの規定によって廃止されたと考えられる。[101]

ところで、ＺＧＢ第二二条第三項は、従来の判例により、重国籍者についても準用されていたが、その者が同時にスイス国籍も有する場合には、それだけが基準とされる傾向にあった。[102] これに対して、ＩＰＲＧは、場合に応じた解決方法を採用している。まず、直接管轄が問題となる場合には、スイス国籍は、特に在外スイス人を保護する目的で管轄原因とされているので（後述Ⅱ12(2)参照）、重国籍者についても、当然に、スイス国籍だけが基準とされる（第二三条第一

項)。これに対して、準拠法については、国籍の実効性が問題とされる。すなわち、IPRGに別段の定めがない限り、本人と最も密接な関係のある国の国籍が基準とされるのである(同条第二項)。このような別段の定めとしては、夫婦財産関係における法選択(第五二条第二項)、相続における法選択(第九〇条第二項)および死因処分能力に関する択一的連結(第九四条)があり、これらの場合には、実効性に関わりなく、いずれの国の国籍も連結点となりうる。更に、外国判決の承認に関しては、それを容易にするために、いずれの本国において下された判決も間接管轄の要件を充たすとされている(第二三条第三項)。[103]

以上の規定をみると、IPRGの規定は、とりわけ準拠法の決定に際して、重国籍者たる在外スイス人について、従来の判例を大きく変更するものであろう。これに対して、外国国籍のみを有する重国籍者については、ZGBの規定を適用した結果とそれほど大きく変わらないと思われる。なぜなら、本人と最も密接な関係のある国とは、通常は、その者が現に住所または常居所を有する国だからである。[104]

次に、国籍の消極的抵触については、ZGBの施行に伴って追加されたNAG第七a条は、国籍も住所もいずれも証明することができない者について、スイス法を適用すると定めていた。これは、住所が明らかである場合には、無国籍者について、住所を基準とする趣旨であろう。[105]同様の趣旨は、IPRGにおいても規定されている。但し、IPRGにおいては、まず無国籍者の定義が行われており、それによると、無国籍者の法的地位に関する一九五四年九月二八日のニューヨーク条約により無国籍者とされる者、更には無国籍者と同一視しうる程に本国との関係が疎遠になった者も、無国籍者とされる(第二四条第一項)。また、一九七九年一〇月五日の連邦難民法により難民とされる者は、IPRGにおいても難民とされる(同条第二項)。そして、これらの無国籍者および難民については、住所をもって国籍とされているのである(同条第三項)。[106]住所も有しない場合には、前述のように、第二〇条第二項第二文により、常居所をもって住

所とされるであろう。従って、後者の場合についてのみ、NAG第七a条が修正されたと言える。

最後に、ZGB第二二条第一項によると、人の本籍は、その市民権によって定めるとされていた。同様の趣旨は、IPRGにおいて、国籍についても規定されている。すなわち、人がある国に国籍を有するか否かの決定は、当該国の国籍法によることが明記されているのである（第二二条）。これについては、特に説明を要しないであろう。

(100) 同趣旨の規定は、一八八七年のNAG草案第六条および一八七六年のNAG草案第四条にも見られる。

(101) Vgl. Vischer/von Planta, a. a. O., Anm. (29), S. 32.

(102) BG 22. 5. 1950, BGE 76 I 34, S. 38 ; BG 2. 7. 1953, BGE 79 II 337, S. 338 ; BG 22. 7. 1958, BGE 84 II 469, S. 474 ; OGer. Zürich 25. 11. 1954, 13 SJIR (1956) 285, S. 288 f. Vgl. auch Vischer/von Planta, a. a. O., Anm. (29), S. 31 f. ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 60 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 79.

(103) 以上については、Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 61 f. ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 80 f.

(104) Vgl. auch Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 310. また直接管轄および間接管轄については、IPRGと同様の趣旨がすでに従来の判例においても認められていた。BG 22. 7. 1958, BGE 84 II 469, S. 472 ff. ; BG 6. 6. 1963, BGE 89 I 303, S. 308 f.

(105) Vgl. Vischer/von Planta, a. a. O., Anm. (29), S. 32.

(106) ちなみに、試案においては、「いかなる国もその者を自国民としない場合、または無国籍者と同一視しうる程に本国との関係が乏しくなった場合」に、その者を無国籍者とし、このような無国籍者については、住所をもって国籍としていた（第二二条）。しかし、このような規定は、事実上の無国籍者を含めることにより、ニューヨーク条約の適用範囲を拡大しているため、草案以降は、この点が明らかにされた。また、難民についても、IPRGの規定は、難民の法的地位に関する一九五一年七月二八日のジュネーヴ条約および一九六七年一月三一日のニューヨーク議定書の適用を妨げるものではなく（IPRG第一条第二項）、単にスイスの国内立法により難民の概念を拡大することがありうることを示唆するにすぎないものとされ

ている。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 62 f.; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 81 f.

5　住所地法主義

(1)　NAG

前述のように、スイス国際私法における住所地法主義の伝統は、NAGにまで遡ることができる。[107] すなわち、そこでは、妻の行為能力および遺言能力（第七条）、親権（第九条第一項）、後見（第一〇条）、夫婦財産制（第一九条）、相続（第二二条）、相続契約（第二五条）について、住所地法の適用が定められていた。しかし、NAGには、重要な例外が存在していた。すなわち、人の身分、とりわけ嫡出・非嫡出、認知、親子関係の確認および養子縁組については、夫、父または養親の本国（本籍地）法が適用され、かつ管轄も本国（本籍地）にあると規定されていたし（旧第八条）、[108] 親族間の扶養義務は、扶養義務者の本国（本籍地）の法によるとされていた（第九条第二項）。[109] また、相続についても、原則的には、被相続人の最後の住所地法が適用されるが、遺言または相続契約により相続順位を本国（本籍地）法によらせることができた（第二二条）。[110]

更に、ZGBの施行に伴うNAGの一部改正においては、むしろ本国法主義が基調とさえなっている。すなわち、行為能力については、内国取引保護を規定することにより、原則は本国法主義であることを窺わせ（第七b条第一項）、婚姻の成立要件については、各当事者につき本国法によるとされ（第七c条第一項）、離婚についても、離婚原因は本国法によるとされていた（第七h条第一項）。[111]

しかし、一九七二年のZGBの養子法改正に伴うNAGの一部改正においては、住所地管轄と結びついた法延地法主義が採用され（第八a条―第八c条）、[112] 更に、一九七六年のZGBの親子法全面改正に伴うNAGの改正においては、第

八条がついに削除された。そして、親子関係の確認および否認は、共通住所地法を第一順位とする段階的連結が採用され（第八e条）、管轄についても、当事者の一方の住所の存在により、スイスの管轄が肯定されることになった（第八d条）。[113] 一九八四年には、ZGBの婚姻法が改正されたが、これに伴うNAGの改正は、IPRGの成立により不要となった。[114]

以上のように、NAGは、一旦、本国法主義に傾斜した後、再び住所地法主義へ復帰する傾向を示していた。このような傾向は、IPRGにおいて、更に発展させられたのである。

(107) 更には、一八四八年の連邦憲法第四六条にまで遡ることができよう。前述・注（58）参照。ちなみに、一八八七年のNAG草案第二条および一八七六年のNAG草案第一条では、「本法に別段の定めがない限り、住所地の法および住所地の裁判管轄」によるとされていた。これに対して、NAG第二条では、「本法が明示的に本籍地の裁判管轄を留保しない限り、……住所地の裁判管轄」によるとのみ規定されている。

(108) 連邦政府の報告書によると、人の身分は公法の問題であり、本籍と最も密接な関係にあるとのことである。BBl (1891－III), S. 559.

(109) 連邦政府の報告書によると、親族間の扶養義務の問題は、本籍カントンの生活保護義務と密接に関連しているため、本籍地法によらせることにしたとのことである。BBl (1891－III), S. 560.

(110) 本条の立法趣旨については、後述II 10参照。

(111) 但し、これらの規定の趣旨は、すでにNAG以前の連邦法によって規定されていた。すなわち、行為能力については、自然人の行為能力に関する一八八一年六月二二日の連邦法第一〇条第二項および第三項により、外国人の本国法主義および内国取引保護が規定されていた。そして、この一八八一年法は、NAG第三四条により、その適用が留保されていた。他方において、ZGBの最終章第六〇条は、この一八八一年法がZGBの規定と抵触する限りにおいて廃止されるとしていたが、同法第一〇条第二項および第三項については、判例により効力維持が確認されている。BG 17. 9. 1982, BGE 108 V 121, S.

125 ; BG 28. 3. 1980, BGE 106 I b 193, S. 197. Vgl. auch Vischer/von Planta, a. a. O., Anm. (29), S. 53. また婚姻および離婚については、身分の確定および公証ならびに婚姻に関する一八七四年一二月二四日の連邦法第三一条第一項・第三七条第四項・第五六条は、スイスにおける婚姻および離婚が本国において承認されることを要求していた。Vgl. auch Sten. Bull. STR (1907), S. 127 f.

(112) この改正は、同時に、養子縁組についての機関の管轄、準拠法および判決・決定の承認に関する一九六五年一一月一五日のハーグ条約批准のためでもあった。しかし、このハーグ条約は、締約国の国籍を有する未成年者の養子縁組だけを対象としているため、NAGの改正が必要とされたのである。その背景には、もちろん外国人を当事者とする養子縁組件数の増加があり、NAG第八条の本国法主義は、この点で不都合とされている。BBl (1971－I), S. 1243 f. ちなみに、ハーグ条約においては、住所ではなく、常居所が連結点とされている（第三条第一項a号）。

(113) 親子関係の確認および否認については、ハーグ条約は存在しないが、NAG第八条の不都合は明白であった。詳細については、後述Ⅲ2参照。但し、政府草案においては、共通本国法を第一順位とする段階的連結が採用されていた。以上については、BBl (1974－II), S. 106 ff. なお、このような管轄および準拠法の例外についても、後述Ⅲ2参照。

(114) 連邦政府は、もともとZGBの婚姻法改正が発効する一九八八年一月一日に、IPRGも同時に発効することを望んでいた。P. Volken, Das Zivilstandswesen im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, 54 ZZW (1986), S. 339.

(2)　IPRG

IPRGにおいては、前述のように、住所と常居所が区別されているが、両者を含めた広い意味の住所地法主義としては、人事法の一般原則（第三三条）、行為能力（第三五条）、婚姻の効力（第四八条）、夫婦財産制（第五四条）、出生による親子関係の成立（第六八条）、認知（第七二条）、親子関係の効力（第八二条）、相続契約および相互的死因処分（第九五条）などが見られる。これらの規定においては、明示的に住所地法ないし常居所地法が指定されているのである。

ところが、NAGにおいても、養子縁組について、住所地管轄と結びついた法廷地法の指定が行われていたように（以

下では、管轄・法廷地法主義と略称する）、ＩＰＲＧにおいても、氏名（第三七条第一項）、氏名の変更（第三八条第一項・第三項）、失踪宣告（第四一条第一項・第三項）、婚姻の実質的成立要件（第四三条第一項、第四四条第一項）、離婚・別居（第五九条、第六一条第一項、第六三条、第六四条）、養子縁組（第七五条第一項、第七七条第一項）、相続（第八六条第一項、第九〇条第一項）などに同様の規定が見られる。すなわち、管轄・法廷地法主義は、ＩＰＲＧにおいて、更に拡大されたのである。そして、これらの規定は、要するに、スイスの裁判所または官庁が管轄を有する場合についてのみ、準拠法を定めているのであって、実質上は、住所地法主義を採用しているのと異ならないと説明されている。[115]そこで、これに関しては、次の二点を指摘しておきたい。

まず、このような管轄・法廷地法主義は、人事・家族・相続の法律関係形成の分野に限定されていることが注目される。そして、これらの分野においては、外国における形成行為は、すべて承認の問題として扱われているのである。すなわち、氏名の変更（第三九条）、失踪宣言（第四二条）、婚姻挙行（第四五条）、離婚・別居（第六五条）、養子縁組（第七八条）、相続（第九六条）がそれである。これらの形成行為の承認については、必ずしも裁判所が関与したものに限らず、行政機関が行ったものでも構わないと説明されている。[116]しかも、承認の要件となる間接管轄は、スイスの機関の直接管轄と別に規定されており、それらは、概ね直接管轄よりも広く認められている。[117]もちろん準拠法要件は、この場合、それとして課せられていないのであるから、この面から、人事・家族・相続の法律関係形成については、双方的抵触規定が必要なかったと言えるであろう。

次に、これらの法律関係形成行為の幾つかは、スイスにおいても、官庁の手によって行われている点に、注目しなければならない。すなわち、氏名、婚姻挙行および養子縁組がそれである。[118]従って、この場合の管轄・法廷地法主義は、手続の迅速性のために、むしろ必要であったと説明することができるかもしれない。[119]しかし、ここでのスイス法の適用

は、必ずしも国内事件におけるものと同一であるとは限らない。例えば、養子縁組について、ＩＰＲＧ第七七条第二項は、次のように規定する。「養子縁組が養親となるべき者もしくは夫婦の住所地国または本国において承認されず、その結果、子に重大な不利益が及ぶと認められる場合には、機関は、当該国の法による要件をも考慮するものとする。それでもなお、承認が確実と認められない場合には、縁組を許可してはならない。」これをもって、養子縁組については、住所地法と本国法が累積適用されていると速断することはできない。[120] なぜなら、外国法は考慮されるにすぎないからである。従って、これは、むしろ渉外的要素を考慮したスイス法の適用とみるべきであろう。

これに対して、その他の法律関係形成行為については、同様の規定を見出すことはできない。従って、外国における承認可能性の考慮およびそれに伴った外国法の適用ないし考慮は、国際私法総論に委ねられていると言うことができよう。[121] ちなみに、ＩＰＲＧ第四三条第二項は、スイスに住所を有しない外国人間の婚姻について、「スイスにおける婚姻が当事者双方の住所地国または本国において承認される場合」に限り、許可することができると規定している。しかし、これは、第一に、管轄に関する規定であるから、婚姻が外国において承認されない場合に、当該外国法の考慮を定めたものではなく、そのような場合には、そもそもスイスの管轄自体を否定するものである。第二に、これは、スイスに住所を有しない外国人の婚姻に関する規定であり、ＩＰＲＧの管轄原則によるならば、全く例外に属する。[122] 従って、後述 II 12(2)の在外スイス人に対する特別の配慮を除くならば、少なくとも婚姻当事者の一方の住所が管轄原因となり、それと結びついて、住所地法たるスイス法が適用される、これが常態であろう。

(115) 一般的には、Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 27 ; Siehr, a. a. O., Anm. (53), S. 732 ; von Overbeck (Traveaux), op. cit., n. (96), p. 87 ; (Rev. crt.), op. cit., n. (84), p. 244. 氏名、離婚・別居および相続については、Botschaft, a. a. O.,

Anm. (7), S. 73, 96 f., 123 f. ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 91 f., 134 f., 180. その他については、Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 314.

(116) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 74, 75, 81, 99 f., 110 f. ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 93, 94, 106 f., 139 f., 158, 193 ff.

(117) 一般的には、Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 65 f. ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 34 f. ; Volken (Festschrift Moser), a. a. O., Anm. (13), S. 246 f. これに対して、財産法の分野においては、連邦憲法第五九条の制約から、関接管轄が直接管轄よりも制限される傾向にあるとされる。IPRG第一一一条第一項b号、第一四九条第二項a号・f号、第一六五条第一項a号・第二項。連邦憲法第五九条第一項によると、スイスに住所を有する債務者は、その住所地において訴えられることを要し、かつその住所地カントン以外の財産については、差押を受けないとされる。

(118) 氏名については、ZGB第三〇条、第一四九条、第一六〇条、婚姻挙行については、ZGB第一〇五条以下、養子縁組については、ZGB第二六八条参照。更には、一九五三年六月一日の戸籍規則第六七条以下、第七三a条以下、第九二条以下参照。

(119) Vgl. Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 391 f.

(120) しかし、おそらく累積適用と解しているものとして、von Overbeck (Rev. crit.), op. cit., n. (84), p.244 ; Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 278.

(121) Vgl. Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 80. この点で、注目されるのは、IPRGの施行に伴い改正された戸籍規則の氏名および婚姻に関する規定である（一九八八年一一月二八日改正、一九八九年一月一日施行）。まず、氏名に関する第四三a条によると、カントンは、外国法が適用されるか、または適用されうる場合について、氏名の問題をカントンの監督機関の検討に委ねる旨を規定することができるとされる。また、婚姻に関する第一六八条によると、同じくカントンは、婚姻当事者の一方がスイス国民でない場合について、婚姻公示の書類をカントンの監督機関の検討に委ねる旨を定めることができるとされる。ちなみに、IPRGの試案第四一条第三項においては、スイスにおける婚姻を困難としない限りにおいて、外国における承認を容易にするために、婚姻当事者の一方の本国法または住所地法を付随的に適用することができると規定されていたが、このような規定は、草案以降は削除された。

(122) 同様の規定は、すでにNAG第七e条に見られる。前述・注(29)参照。ちなみに、IPRGの施行に伴い追加された戸籍規則第一六八a条によると、このような婚姻については、カントンの監督機関が決定を下すとされている。

6　特別留保条款

管轄・法廷地法主義と区別すべきものとして、IPRGにおいては、随所に特別留保条款が見られる。これらは、当然の事ながら、スイスの裁判所または官庁が管轄を有する場合にのみ適用されるが、その趣旨は、住所地法としてよりも、スイスの国内実質法の適用確保にあるように思われる。

まず、権利能力については、試案第三二条第一項および草案第三二条第一項は、「何人も権利能力を有する」と定めていた。これは、文言上、ZGB第一一条第一項と全く同じであった。現在のIPRG第三四条第一項は、権利能力について、スイス法を指定しているが、試案および草案の趣旨を変更するものではないと説明されている。(123)

次に、認知の取消は、試案第七三a条では、出生による親子関係の成立に関する規定に従うとされていた。これに対して、草案以降では、スイス法によると修正されている(IPRG第七二条第三項)。その趣旨は、専らZGB第二六〇a条以下、とりわけ第二六〇b条の適用にあるとされている。(124) それによると、認知の取消は、認知を行った者が子の父でないという事実を証明すれば足りる。

他方において、方式におけるスイス法の適用は、行為地法として理解できるかもしれない。すなわち、「スイスにおいて挙行される婚姻の方式」(第四四条第三項)および「スイスにおける認知の方式」(第七二条第二項)がそれである。しかし、同じく行為地法主義といっても、夫婦財産契約および契約の方式は、択一的に実質の準拠法または締結地の法によることができるのに対して(第五六条、第一二四条)、婚姻および認知の方式は、常に行為地法によることを要する。

その意味では、絶対的行為地法主義であり、やはり行為地の公序を反映したものであろう。[125] 具体的には、婚姻の方式は、ZGB第一〇五条以下により、[126] 認知の方式は、ZGB第二六〇条第三項によらなければならない。[127]

最後に、離婚および別居の保全処分についても、スイス法が指定されている（IPRG第六二条第二項）。ここでは、通常、迅速な手続が要求されるので、外国法の適用は妥当でないとされる。[128] 具体的には、離婚および別居の保全処分については、ZGB第一四五条が常に適用される。[129]

ちなみに、NAGにおいては、婚姻の方式（第七c条第二項）および離婚原因を除いた離婚の要件および効力（第七h条第三項）について、スイス法が指定されていた。これらは、特別留保条款と解することができるであろう。

(123) Amt. Bull. STR (1985), S. 140. Vgl. auch Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S.70 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 87 f.

(124) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 108.

(125) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 80 f., 108 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 104 f. 婚姻の方式については、Vgl. auch Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 293.

(126) スイスにおいては、領事婚も認められないとのことである。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 80 f. ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 105. 他方において、ベイルート・カイロ・ダマスカス・バグダッド・テヘランのスイス大使館においては、スイス国民について、領事婚が行われているとの指摘がある。B. Dutoit, Le nouveau droit international privé suisse de la famille, dans : Dessemontet, op. cit., n. (84), p. 32 note 10. なお、IPRG第四三条第二項によるスイスに住所を有しない外国人間の婚姻については、婚姻挙行に先立つ公示手続は、カントンの監督官庁の裁量に任されている（戸籍規則第一六八a条第四項）。

(127) ZGB第二六〇条第三項によると、認知は、戸籍官吏の面前における宣言により、もしくは遺言により、または父子関係

確認の訴が係属している場合には、裁判官の面前において、行うものとされている。ＩＰＲＧ第七一条第一項および第二項も参照。

(128) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 98 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 137.

(129) ＺＧＢ第一四五条によると、離婚または別居の訴が提起された場合には、夫婦は、訴訟の間、同居義務を免れることができる（第一項）。そして、裁判所は、とりわけ住居、家族の扶養、夫婦の財産関係および子の監護について、必要な保全処分を命じるものとされている（第二項）。

7　段階的連結

段階的連結は、すでにＮＡＧにおいても、親子関係の確認および否認に関する第八ｅ条において採用されていた。すなわち、そこでは、第一段階として、親子の共通住所地法が指定され、同一国に住所がない場合には、第二段階として、共通本国法が指定されていた。更に、共通住所地法にも共通本国法にもよることができない場合には、第三段階として、スイス法が指定されている。これに対して、ＩＰＲＧにおいても、確かに、一定の場合には、もはや住所地法が適用されず、それに代わって、本国法が適用されるが、そのような第二段階以降への連結の要件は、様々に規定されている。

まず、夫婦財産制の客観的連結に関する第五四条第一項は、第一段階として、夫婦の現在または最後の共通住所地法を指定する。(130) ここでいう共通住所とは、国内で住所が同じであるとか、あるいは同居を意味しているのではなく、準拠法の決定のためには、住所が一つの国のどこかに存在していれば足りる。(131) 従って、現在も過去も、一度も夫婦が同じ国に住所を有したことがないというようなケースは、きわめて稀にしか生じないであろう。ところが、第五四条第二項は、第二段階として、このような稀なケースのために、共通本国法を指定している。(132) そして、もっと稀なケースであろうが、「夫婦が一度も同じ国に住所を有したことがなく、かつ共通の国籍も有しない場合」には、スイス法の別産制が適用され

る（同条第三項）。

ところで、この第三段階におけるスイス法の適用は、単なる法廷地法ではない。スイス法においても、通常は、夫婦の財産は、共有財産と特有財産から構成されるからである（ＺＧＢ第一九六条以下）。ところが、ＺＧＢ第一八五条以下に、特別の夫婦財産関係として、まず別産制の手続が規定されている。それによると、夫婦は、法定の重大な事由が存在する場合にのみ、裁判所に別産制を申し立てることができる。更に、別産制の内容に関するＺＧＢ第二四七条以下によると、夫婦は、法定の範囲内において、各自で自己の財産を管理・収益・処分するものと定められている。従って、ＩＰＲＧ第五四条第三項のような特別の状況においては、ＺＧＢの別産制が適切であると判断されているのである。[133]

次に、離婚および別居については、確かに、第一段階において、スイス法が指定されているが（第六一条第一項）、これは、前述のように、住所地管轄（第五九条）と併せて解釈するならば、夫婦の共通住所地法と見るべきである。そして、夫婦の一方のみがスイスに住所を有する場合には、第二段階として、共通本国法が適用される（第六一条第二項）。ここでは、「夫婦の一方のみがスイスに住所を有する場合」と書かれているが、いずれにしても、夫婦のいずれもがスイスに住所を有しない場合には、少なくとも外国人夫婦の離婚については、スイスの管轄が生じないのであるから、単に「夫婦が同一国に住所を有しない場合」と書いても、同じことになる。そして、更に、住所および国籍のいずれもが共通でない場合には、第三段階として、再び第六一条第一項に戻り、スイス法が指定される。このように、第六一条第一項によるスイス法の指定は、二通りに解釈される。[134]

最後に、出生による親子関係の成立および親子関係の効力については、第一段階として、いずれも子の常居所地法が指定されている（第六八条第一項、第八二条第一項）。しかし、父母のいずれもが子の常居所地国に住所を有しない場合には、第二段階として、当事者全員の共通本国法が指定されている（同条第二項）。更に、このような場合であっても、

当事者全員の共通本国法が存在しない限り、結局は、子の常居所地法が適用されることになる。しかし、これをもって、直ちに、子の常居所地法の優位と見ることはできない。なぜなら、子の常居所地は、通常、両親の住所と同一であるか、または、少なくとも、母の住所と同一であると考えられるからである。そして、子の常居所が親の住所と同一でない例外的なケースとしては、外国人労働者の子がスイスに残された場合とか、非嫡出子を養子にするために、親権が解除された場合（ZGB第三一二条第二号）などが考えられており、これらの場合には、未成年者の保護に関する規定との調和が必要であるとされる。(135)

以上のように、現実問題として、第二段階以降への連結は、離婚および別居に関しては、比較的容易に行われるかもしれない。しかし、出生による親子関係の成立および親子関係の効力については、若干それが少なくなり、夫婦財産制については、きわめて稀にしか生じないであろう。いずれにしても、第二段階への連結の要件は、本国法がより密接な関係の法として適用されるべき典型的事例として、予め規定されたのである。(136)

ところで、このような住所地法から本国法への段階的連結ではなく、婚姻の一般的効力に関する第四八条のように、あくまで住所地法の範囲内における段階連結も見られる。それによると、婚姻の一般的効力は、第一段階において、夫婦の共通住所地国の法が適用されるが（同条第一項）、夫婦が同一国に住所を有しない場合には、第二段階として、事案とより密接な関係を有する住所地国の法が適用される（同条第二項）。このような規定が設けられた趣旨は、理由書によると、一方において、当事者の相対立する利害関係を十分に考慮する必要があること、および他方において、実務にとって迅速に処理しうる規則が必要であることに求められる。そして、第四八条第二項の適用に際しては、具体的事案、事情全体および婚姻共同体維持のための処分の機能が考慮されるべきであるとされている。(137)

ちなみに、婚姻共同体を維持するための処分は、ZGBにおいては、第一七二条以下において規定されている。それ

によると、夫婦の一方が家族に対する義務を履行しない場合、または婚姻共同体にとって重要な事項について、夫婦の意見が一致しない場合には、共同または単独で裁判所に仲介を申し立てることができる（第一七二条第一項）。更に、裁判所は、必要に応じて、夫婦の一方の申立にもとづき、法定の処分を行うものとされている（同条第三項）。従って、事案とより密接な関係のある住所地国とは、通常、このような処分が実行されるべき国を指すものと思われる。[138]

(130) 婚姻の一般的効力と異なり、夫婦財産制においては、夫婦がもはや同一国に住所を有しない場合には、最後の共通住所地国法が指定されている。従って、夫婦のいずれもが最後の共通住所地国を離れ、相異なる第三国に住所を有する場合にも、夫婦財産制は、最後の共通住所地国の法による。これは、夫婦財産制においては、出来る限り、同一の連結を維持することが望ましいと考えられていることによる。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 91 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 124.

(131) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 91 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 124.

(132) 報告書および理由書によると、この場合には、すでに婚姻前に実効的国籍が共通であることを要するので、単に婚姻の結果としてのみ取得した国籍は考慮されない。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 91 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 124 f.

(133) A. Bucher, Das neue internationale Ehegüterrecht, ZBGR (1988), S. 69 ; D. Henrich, Referat, in : Lausanner Kolloquium, a. a. O., Anm. (13), S. 107.

(134) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 96 f. ちなみに、試案第六〇条では、第一段階として夫婦の共通住所地法、第二段階として共通本国法、第三段階としてスイス法が指定されていた。更に、第三段階においては、夫婦双方の申立により、一方の住所地法または本国法の適用も可能とされていた。Vgl. auch Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 134 f.

(135) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 104 f., 113. ちなみに、試案第六八条第一項および第八一条第一項によると、第一段階として両親、または子と同居する親の住所地法が指定され、第二段階として、両親のいずれもが子と同居しない場合には、子の常居所地法が指定されていた。従って、草案以降の規定においては、第二段階として、当事者全員の共通本国法が入った

以外には、実質上、試案と異ならないと言えよう。但し、出生による親子関係の成立については、試案第六八条第二項により、事案が子または両親の一方の本国法と明らかにより密接な関係を有する場合には、この国の法が適用されると規定されており、また同条第三項は、準拠法によると、出生さえも母子関係を生じない場合には、スイス法が適用されるとしていた。これらの規定は、草案以降では削除されている。

(136) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S.54 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 32 f. このような段階的連結は、複数当事者の平等的取扱の観点からも肯定されよう。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 77 f. ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 98 f.

(137) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 83. Vgl. auch Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 112.

(138) I. Schwander, Das Internationale Familienrecht der Schweiz, Bd. II (1985), S. 697 f. ; ders., Referat, in : Lausanner Kolloquium, a. a. O., Anm. (13), S. 88.

8　択一的連結

一定の実質法的価値判断にもとづいて、法律行為の成立を容易するための択一的連結も、すでにNAG第二四条において、遺言等の方式について見られた。すなわち、「遺言、相続契約および遺贈は、行為地法、被相続人の行為時もしくは死亡時の住所地法または本籍カントン法に合致する場合には、方式に関して有効とする。(139)」これに対して、IPRGは、遺言の方式の準拠法に関する一九六一年一〇月五日のハーグ条約を直接に指定すると共に、これを遺言以外の死因処分の方式にも準用している（第九三条）。(140) 同様の択一的連結は、その他にも、夫婦財産契約の方式（第五六条）、認知（第七二条）および死因処分の能力（第九四条）について見られるが、連結可能な法の範囲は様々である。しかし、いずれも、当該法律行為の成立を容易にする点では、目的を同じくする。

まず、夫婦財産契約については、実質の準拠法または締結地法のいずれかに合致すれば、方式に関して有効とされる。

婚姻および認知の方式については、前述のように、絶対的行為地法主義ないし特別留保条款が採用されていたが、ここでは、むしろ契約の方式の場合（第一二四条）と同じ解決になっている。[141]

次に、認知の実質的成立要件については、認知有効視の政策が採用されており、認知の方式および取消に関する特別留保条款とは対照的である。[142] すなわち、「スイスにおける認知は、子の常居所地国の法もしくは本国法または父母の一方の住所地法もしくは本国法により行うことができる」（第七二条第一項）。[143] これに対して、認知の結果として発生する親子関係の効力は、前述のように、子の常居所地法を第一順位とする段階的連結による。従って、親子関係の効力の準拠法によるならば、認知が成立しない場合にも、第七二条第一項に掲げられた法のいずれかにより、認知が成立しうるが、本条に服するのは、親子関係の発生までであり、それ以降の親子関係の効力は、第八二条により判断される。[144] 同様に、第七二条第一項に掲げられた法のいずれかによると、認知の取消が許されないことがあるかもしれないが、そのような場合であっても、認知の取消は、第七二条第三項により、常にスイス法によるべきである。[145]

最後に、死因処分の能力に関しては、死因処分の時点における住所地法・常居所地法・本国法のうち、いずれかの法により能力を有する場合には、死因処分を行うことができる（第九四条）。これは、行為地法および不動産所在地法が含まれていないことを別にすると、遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約に匹敵するほど広い択一的連結であり、方式の場合と同様に、死因処分有効視の政策が働いていると見ることができる。なお、この場合の本国法の指定については、第二三条第二項の適用が排除され、重国籍者は、いずれの本国法によることも可能である。[146]

(139) 但し、一八六二年の草案第二六条では、行為地法または定住カントンの法のいずれかにより、一八七六年の草案第一四条では、行為地法のみにより、一八八七年の草案第一八条では、行為地法または最後の住所地法のいずれかによるものとされ

ていた。

(140) 但し、スイスは、条約第一〇条による留保宣言を行っているため、重国籍を有しないスイス国民は、緊急の場合を除き、口述の遺言を行うことができないとされている。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 129. なお、ZGB第五〇六条第一項によると、口述の死因処分は、生命の危険、交通遮断、疾病または戦時のように、異常な事態により、他の方式によることが不可能である場合にのみ、行うことができるとされている。

(141) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 93 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 128.

(142) 但し、試案第七一条第三項においては、認知の方式についても、実質の準拠法またはスイス法のいずれかによれば足りるとされていた。また、認知の取消は、試案第七三a条では、親子関係の成立に関する試案第六六条ないし第七〇条によるものとされていた。

(143) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 108 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 154. ちなみに、試案第七一条第二項では、子または父母の一方の住所地法、常居所地法もしくは本国法のいずれかによるものとされていた。従って、父母の一方の常居所地法によることができなくなった点では、適用可能な法の範囲は狭まったと言えよう。

(144) Vgl. K. Siehr, Referat, in : Lausanner Kolloquium, a. a. O., Anm. (13), S. 182.

(145) Vgl. Siehr, a. a. O., Anm. (144), S. 187.

(146) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 129 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 192. ちなみに、NAG第七条第四項では、遺言能力は、遺言作成時の住所地法によるとされていた。

9　補充的連結

同じく実質法的価値判断にもとづき、法律行為の成立を容易にするものとして、補充的連結がある。しかし、これは、一定の法律行為が原則的連結によるならば成立しない場合にのみ、例外的に他の連結によるものであり、その点で、択一的連結と区別すべきである。[147] このような補充的連結は、NAGには見られなかったが、IPRGにおいては、婚姻の

実質的成立要件（第四四条）および離婚・別居（第六一条）について採用されている。いずれも、婚姻および離婚・別居をそれぞれ容易にするという政策は、共通である。しかし、このような政策を実現する手段としての連結点は、両者の間で大きく異なっている。

まず、婚姻の実質的成立要件については、第一段階として、前述のように、管轄・法廷地法主義により、住所地法たるスイス法が指定されている。これに対して、外国人間の婚姻は、たとえスイス法の要件を充たさない場合といえども、一方当事者の本国法によることが可能である（第四四条第二項）。[148] このような一方当事者の本国法の補充的連結は、スイスに住所を有しない外国人間の婚姻（第四三条第二項）のみならず、スイスに住所を有する外国人間の婚姻についても、行うことができる。[149] しかし、重国籍者については、第二三条第二項により、本人が最も密接な関係を有する本国法が基準とされるため、スイスに住所を有する重国籍者たるスイス人は、第四四条第二項の適用を受けることが困難であると思われる。[150]

次に、離婚および別居については、前述のように、第一段階として、共通住所地法が適用され、第二段階として、共通本国法が適用されることになっていた。ところが、共通本国法によると、「離婚が全く、または異常に厳格な要件の下でしか許されない場合」には、補充的にスイス法が適用される。但し、夫婦の一方が重国籍者たるスイス人であるか、または二年以上スイスに滞在していることを要する（第六一条第三項）。このような規定は、非常に煩雑に見える。しかし、これは公序条項の適用を回避するために、設けられたものと思われる。そこでは、主に在外スイス人の保護が考えられていた。すなわち、後述II 12(2)のように、第六一条第一項によるスイス法の指定は、本国（本籍地）の管轄（第六〇条）と結びつく場合には、本国法の指定を意味するが、この場合には、管轄・法廷地法主義の結果、国籍の実効性は問題とされない。しかし、この者が住所地国の国籍をも同時に有する重国籍者の在外スイス人であり、かつ第六一条第

二項の要件を充たす場合には、住所地法たる外国本国法が適用されることになる。例えば、配偶者が同じ外国国籍を有し、かつ当該配偶者のみがスイスに居住している場合が考えられよう。そこで、在外スイス人保護の趣旨を徹底するために、第六一条第三項が設けられたのであった。[151] ところが、連邦議会の審議においては、新たに第六一条第四項が設けられ、スイスの裁判所が第六〇条により管轄を有する場合には、常にスイス法が適用されることになった。[152] 従って、第六一条第三項は、もはや本来の機能を果たさないと言えよう。

なお、条約における補充的連結の例としては、すでに扶養義務の準拠法に関する一九七三年一〇月二日のハーグ条約があり、IPRGにおいては、夫婦間の扶養義務（第四九条）および親子間の扶養義務（第八三条第一項）について、直接に指定されている。また、同条約は、未婚の母による子の扶養および出生費用の償還請求についても、準用されている（第八三条第二項）。[153]

(147) 補充的連結は、更に段階的連結とも区別されるべきである。後者は、第一段階における住所地実質法の適用結果を問題としていないからである。Vgl. auch Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 283 f.

(148) 理由書によると、住所地法主義の基本原則を維持しながら、公序に反しない範囲において、婚姻の容易化を図ったと説明されている。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 80. これを受けて、IPRGの施行に伴い改正された戸籍規則は、その第一六八b条により、細目を定めている。すなわち、外国人間の婚姻がスイス法の要件（ZGB第九六条—第一〇四条）を充たさない場合といえども、婚姻当事者の一方の本国法の要件を充たし（IPRG第四四条第二項）、かつ婚姻がスイスの公序に反しないときには、カントンの監督官庁は、婚姻を許可するものとされている。ちなみに、試案第四一条では、第一段階としてスイス法が指定されているが（第一項）、第二段階として、スイス法の要件を充たさなくても、共通住所地法または共通本国法によることができるとされ（第二項第一文）、第三段階として、それでもなお婚姻が不可能である場合には、婚姻当事者の一方の本国法または住所地法によることができるとされていた（第二項第二文）。Vgl. Schlussbericht, a. a. O., Anm.

(7), S. 104.

(149) 改正された戸籍規則第一六八a条第三項によると、カントンの監督官庁は、IPRG第四三条第二項にもとづく申立と共に、婚姻当事者の一方の本国法による婚姻の許可（第一六八b条）についても決定を下すものとされている。

(150) Vgl. auch W. Heussler, Eheschliessung mit Auslandsberührung nach Inkrafttreten des IPR-Gesetzes, ZZW (1989), S. 5.

(151) このような規定は、特別留保条款の性格が強いと言えよう。Vgl. Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 97 ; Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 283.

(152) 後述II 12(2)参照。

(153) これらの事項は、ハーグ条約の適用を受けるか否か明らかでないとされる。従って、第八三条第二項は、この点の解釈問題を予め立法的に解決したものと言えよう。Vgl. Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 114 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 162.

10　限定的当事者自治

人事・家族・相続法における限定的当事者自治のルーツは、前述のように、NAG第二二条に求められる。それによると、相続は、原則として、被相続人の最後の住所地法によるが、しかし、遺言または相続契約により、本国（本籍地）法を選択することができた。このような限定的当事者自治の規定は、連邦政府の報告書によると、本籍地法主義を主張するカントンとの妥協を図るため、最後の段階で導入されたものである。(154) これに対して、IPRGにおいては、むしろ積極的に、このような当事者自治が拡大された。すなわち、それは、相続のみならず、夫婦財産制および氏名についても、新たに規定されたのである。

まず、相続については、スイスに最後の住所を有する外国人は、遺言または相続契約により、本国法を選択すること

ができる(第九〇条第二項第一文)。しかも、重国籍者については、第二三条第二項の適用が排除されているので、いずれの本国法を選択することも可能である。但し、死亡の時点において、スイス国籍を有する場合には、たとえ同時に外国国籍を有していても、外国本国法を選択することはできない(第九〇条第二項第二文)。すなわち、相続における当事者自治は、スイスに最後の住所を有するスイス人には認められないのである。[155]

これに対して、在外スイス人に対しては、法選択の可能性が認められている。すなわち、外国に最後の住所を有するスイス人は、遺言または相続契約により、本国法たるスイス法を選択することができる(第八七条第二項、第九一条第二項)。このような法選択は、スイス所在の財産だけに限定することもできるし、全財産について行うこともできる(第八七条第二項)。他方において、在外スイス人がこのような財産について、スイスの管轄だけを選択した場合にも、原則として、本国法たるスイス法が適用される(第八七条第二項、第九一条第二項本文)。但し、このような場合であっても、同じく遺言または相続契約により、最後の住所地法の適用を留保することが可能である(第九一条第二項但書)。以上のような在外スイス人の相続に関する当事者自治は、NAGにおいては、規定されていなかったものである。[156]

次に、夫婦財産制についても、夫婦財産契約において、または夫婦財産契約と関わりなく、書面により、法選択を行うことができる(第五二条第一項、第五三条第一項)。[157] この場合、選択可能な法の範囲は、夫婦の現在もしくは婚姻挙行後の共通住所地法または夫婦の一方の本国法に限定されている(第五二条第二項第一文)。但し、第二三条第二項の適用は、排除されているので(第五二条第二項第二文)、重国籍者は、いずれの本国法を選択することも可能である。

最後に、スイスに住所を有する者の氏名は、スイス法により、外国に住所を有する者の氏名は、住所地国の抵触法により指定された法による(第三七条第一項)、これが原則であるが、これらの者は、その氏名を本国法によらせることを申請することができる(同条第二項)。

これらの限定的当事者自治のうち、相続および夫婦財産制に関するものは、統一的に理解する必要がある。すなわち、報告書および理由書によると、これらの分野における当事者自治は、単に住所地法主義と本国法主義の調和のためだけではなく、その財産法的性格のゆえに、当事者の処分権を広く認めようとしたこと、更には、夫婦財産制の準拠法と相続の準拠法を一致させる可能性を認めようとしたことにも、その根拠が求められる。[158] そこで、後二者の点について、若干の補足を行っておきたい。

まず、試案第九一条第二項第三文では、生存配偶者および子孫は、その正当な期待が侵害される場合には、法選択のいかんにかかわらず、スイス法による遺留分を主張できるとされていたが、このような規定は、不明確であるとの批判を受けて、草案以降では削除された。[159] 従って、遺留分保護の規定がない現在のＩＰＲＧにおいては、遺留分侵害の危険は、特に考慮されないものと解される。しかし、このような規定の削除にもかかわらず、ＩＰＲＧ第九〇条第二項の趣旨から、被相続人が死亡の時点において、もはや本国と僅かの関係しか持たず、かつ法選択が遺留分の侵害と考えられる場合には、これを権利の濫用として排除することが可能であるとする見解もある。[160] 他方において、権利の濫用の判断基準については、このような遺留分に対する単なる期待は考慮すべきではなく、むしろ、相続財産がどこで取得されたか、誰がその取得に寄与したか、相続から排除された者がいかなる影響を受けるか、何よりも、その者が現実に困窮状態に陥るか否か等の客観的事情を考慮すべきであるとする見解もある。[161] 従って、法選択による被相続人の処分権そのものは否定されないが、いずれにしてもハード・ケースにおいては、権利の濫用として、法選択が否定されることもありうることに注意を要する。[162]

次に、相続の準拠法と夫婦財産制の準拠法を一致させるためには、当事者による意識的な法選択が必要であろう。なぜなら、客観的連結によると、必ずしも両者は一致しないからである。例えば、夫婦の一方だけが他の国に住所を移し

た場合には、夫婦財産制については、最後の共通住所地国法が適用されるため（第五四条第一項b号）、相続の準拠法たる死亡の時点における最後の住所地法と一致しないことが起こりうる。また、夫婦が共に他の国に住所を移した場合にも、書面によって、以前の法の継続適用を合意した場合、または夫婦財産契約が存在する場合には、夫婦の財産関係の準拠法は、変更されない（第五五条第二項）。従って、最も確実に夫婦の財産関係の準拠法および相続の準拠法が一致する場合とは、両者について、夫婦の共通の本国法を選択した場合に限られるであろう。[163]

他方において、選択可能な法の範囲は、とりわけ夫婦の財産関係について争われている。まず、婚姻後の共通住所地法の選択については、報告書および理由書によると、これは、婚姻挙行前に将来の婚姻住所地法を選択することを意味し、現実に、その後、選択された法の所属国に住所を取得することが要件とされる。[164] しかし、これに対しては、この規定の意味は、婚姻挙行時点においても、夫婦がいまだ同一国に住所を取得していない場合に、共通本国法またはスイス法の別産制の適用（第五四条第二項・第三項）を回避することにあるので、更に婚姻挙行後においても、このような法選択は可能であるとする見解が主張されている。[165] また、夫婦が婚姻挙行後に、選択された法の所属国に現実に住所を取得しなかったならば、このような法選択は無効となるが、これは長期間、法律関係を不安定にするものであると批判されている。[166] しかし、これらに対しては、連邦議会の審議において、新たに第二〇条第二項第二文が追加されたことにより、どこにも住所がない場合には、常居所が基準となるわけであるから、夫婦は、他の国にも住所を有しない限り、選択された法の所属国に、少なくとも常居所を取得すれば十分であると考えられよう。[167]

次に、夫婦財産制の準拠法に関する一九七八年三月一四日のハーグ条約（未発効）は、スイスによって署名も批准も行われていないが、その第三条第一項第二号は、夫婦の一方の常居所地法の選択を認めている。これに対して、IPRGは、夫婦の一方の住所地法の選択を認

めるべきであるとする批判がある。[168] しかし、これに対しては、相異なる国に居住する夫婦は、いまだ夫婦の財産関係について、法選択を行うに至らないであろうし、また、一方当事者がその本国に居住していれば、結局、この国の法を選択することが可能であるから、IPRGの規定で十分であるとする見解も見られる。[169]

最後に、氏名に関する限定的当事者自治は、試案第三五条第三項においては、在外スイス人についてのみ認められていた。これに対して、戸籍実務の側から、在留外国人についても、本国法選択の可能性を認めるべきであるとする批判があり、現在のIPRG第三七条のような規定に修正されたのであった。[170] 従って、試案においては、スイスに住所を有する者の氏名は、専らスイス法によることになっていたが、現在のIPRG第三七条においては、外国法の適用が予想される。そこで、草案以降、戸籍記載の方法については、「スイスの戸籍記載の原則」にもとづいて行うことが特に規定されている（第四〇条）。[171]

(154) BBl (1891－III), S. 566 f.

(155) IPRG第九〇条第二項第二文によると、更に、被相続人が死亡の時点において、もはや選択した法の所属国の国籍を有していなかった場合にも、法選択は失効するとされている。従って、法選択の有効性の基準時点は、選択を行った時ではなく、死亡の時である。なお、報告書および理由書によると、スイス国籍を有する重国籍者に対して、法選択を認めないのは、他のスイス人との平等的取扱を考慮したものとされている。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 125 f.; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 183.

(156) その立法趣旨については、後述II 12(2)参照。

(157) IPRG第五三条第一項によると、夫婦の財産関係に関する法選択は、「書面により合意されるか、または夫婦財産契約から一義的に明らかでなければならない」とされ、更に、その他の点については、選択された法によるものとされている。これに対して、相続における法選択については、試案第九一条第三項では、死因処分から一義的に明らかでなければならない

とされていたが、このような規定は、草案以降は削除された。従って、この点は、相続に関しては、判例を待つ以外にないであろう。von Overbeck (Dessemontet), op. cit., n. (84), p. 74.

(158) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S.83 f., 125 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 120 f., 182 f.

(159) Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 303 ff. (Zürich, Regionalkonferenz, Ticino, Vaud, Neuchâtel, PLS, Uni Basel, Uni Genève, Schweizerischer Anwaltsverband, Bankiervereinigung, Vorort, Girsberger, Kronauer, EDA, Direction de recherches de Genève). Vgl. auch von Overbeck (RabelsZ), a. a. O., Anm. (96), S. 628 f.

(160) A. Bucher, Das neue internationale Erbrecht, ZBGR (1988), S. 149. ブーハーは、一九七六年八月一七日の連邦裁判所判決を挙げて、このような解釈の必要性を訴えている。それによると、スイスに二〇年以上滞在した英国人がNAG第二二条により英国法を選択し、スイスに住む子を相続から完全に排除したのであるが、連邦裁判所は、このような法選択を公序違反とも権利の濫用ともせず、その効力を認めたのであった。BG 17. 8. 1976, BGE 102 II 136. Vgl. auch A. Bucher, Referat, in : Lausanner Kolloquium, a. a. O., Anm. (13), S. 136 ff. 更に、報告書も、試案第九一条第二項第三文の起草理由として、この連邦裁判所判決を挙げている。Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 184 ff.

(161) H. Hanisch, Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil, in : Mélanges Guy Flattet (1985), S. 473 ff., bes. 483. ハニッシュは、前掲・注(160)の連邦裁判所判決の事案が権利の濫用にあたるか否かは、必ずしも明らかでないとする(S. 478 ff.)。

(162) 後述・注(275)参照。Vgl. auch Vischer, a. a. O., Anm. (57), S. 267. ちなみに、スイスにおいては、NAG第二二条による本国法の選択は、とりわけコモン・ロー諸国の出身者により利用されているとのことである。von Overbeck (Dessemontet), op. cit., n. (84), p. 73 ; (RabelsZ), a. a. O., Anm. (96), S. 625. しかし、米国人に関しては、一八五〇年一一月二五日のスイス・米国間の友好通商条約第四条により、果たして相続に関する法選択が認められるか否か、争われている。N. E. Schiess, Die Auslegung von Art. Ⅳ des schweizerisch-amerikanischen Staatsvertrages von 1850, SJIR (1976), S. 43 ff.

(163) Vgl. Bucher (Lausanner Kolloquium), a. a. O., Anm. (160), S. 137. ブーハーによると、更に、当事者は、法選択に際して、住所地法主義と本国法主義の調和ならびに相続の準拠法と夫婦財産制の準拠法の一致よりも、むしろ実質法の内容から、

自己に有利な法に導かれると予測される。Bucher (Erbrecht), a. a. O., Anm. (160), S. 149.

(164) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 89 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 121 f.

(165) A. Bucher, Das neue internationale Ehegüterrecht, ZBGR (1988), S. 69.

(166) Bucher (Lausanner Kolloquium), a. a. O., Anm. (160), S. 119 ; S. Stojanovic, Die Parteiautonomie und der internationale Entscheidungseinklang, unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Ehegüterrechts (1983), S. 87 ff.

(167) von Overbeck (Rev. crt.), op. cit., n. (84), p. 253 ; (Dessemontet), op. cit., n. (84), p. 68.

(168) Stojanovic, a. a. O., Anm. (166), S. 84 ff. ; F. Pocar, Les régimes matrimoniaux et les successions dans le projet suisse de codification du droit international privé, SJIR (1979), S. 63 ff.

(169) Bucher, a. a. O., Anm. (165), S. 69.

(170) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 72 f. Vgl. auch Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 114 (Graubünden), 145 (Thurgau), 150 (Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen).

(171) IPRGの施行に伴い改正された戸籍規則では、新たに第四〇条第一項および第四三条第一項第二文により、氏名は、ローマ字で記載されるべき旨が明記された。また、更に追加された第四三条第三項によると、称号および位階は、記載することができない。その他、第四三条第一項bisによると、現在または過去に婚姻していた者が最初の婚姻の前の姓を称しない場合には、これを出生時の姓として付ける必要があり、また、同条第二項によると、名は、必ず姓の前に記載することを要する。