



Title	スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（2・完）
Author(s)	奥田, 安弘; OKUDA, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 40(3), 127-175
Issue Date	1990-02-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16688
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(3)_p127-175.pdf



スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（二・完）

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 特別留保條款
- 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(以上前号)
- 11 取引保護(以下本号)
- 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

11 取引保護

行為能力の準拠法に対する取引保護の例外は、古く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にすでに規定されている。それによると、外国人の行為能力は、原則として、本国法によるが(第一〇条第二項)、本国法により行為能力を有しない外国人が、スイスにおいて義務を負った場合には、スイス法によれば行為能力を有していた限りにおいて、義務を負うとされる(同条第三項)。このような内国取引保護の規定は、NAG第七b条にも引き継がれた。⁽¹⁷⁾

これに対して、IPRGの試案においては、自然人の行為能力は、常居所地法によると規定されると共に(試案第三条第一項)、たとえ常居所地法により、行為能力を有しない場合といえども、行為地法によれば行為能力を有していたであろうときには、行為無能力を主張できないと規定されるに至った(試案第三四条第一項)。すなわち、内国取引保護は、一般的取引保護に拡張されたのである。草案以降においては、行為能力は、原則として、住所地法によるが(IPRG第三五条)、住所地国以外の国において行った法律行為については、やはり取引保護が規定されている(IPRG第三六条第一項)。⁽¹⁸⁾

ところで、家族法および相続法上の法律行為ならびに不動産物権に関する法律行為について、取引保護を適用しないことは、すでにNAGにおいて規定されており(第七b条但書)、IPRGにおいても引き継がれている(第三六条第二

説
論
項)。ところが、IPRGにおいては、新たに、当該法律行為の相手方が、行為無能力を知っていたか、または知るべきであった場合にも、取引保護の適用は排除されることになった(第三六条第一項但書)。このような規定は、取引における信頼保護を目的とするものであり、行為能力を有するか否かの調査義務を、相手方当事者に課すものではない。⁽¹⁷⁾

次に、夫婦財産関係における取引保護は、行為地法ではなく、行為時における夫婦の住所地法の適用により、実現が図られている。すでにNAGにおいても、夫婦の財産関係は、原則として、最初の婚姻住所地法によるが(第一九条第一項)、第三者に対する関係においては、その都度の婚姻住所地法によることが定められていた(同条第二項)。これに對して、IPRGにおいては、このような取引保護は、とりわけ法選択があつた場合に、重要性を有する。なぜなら、夫婦の一方の本国法が選択された場合のみならず、共通住所地法が選択された場合にも、一方または双方の住所変更により、現実の住所地法と選択された法との不一致を生じるからである(第五三条第三項参照)⁽¹⁸⁾。そこで、IPRGは、次のように規定した。「配偶者の一方と第三者との間の法律関係に對する夫婦財産制の効力は、当該配偶者が法律関係成立の時点で住所を有する地の国の法による」(第五七条第一項)。但し、第三者が法律関係成立の時点で、夫婦財産関係の準拠法を知っていたか、または知るべきであつた場合には、取引保護の適用は排除される(同条第二項)。このような夫婦財産関係における取引保護の適用排除は、NAGにおいては規定されていなかったが、IPRGにおいては、行為能力の場合と同様の趣旨にもとづいて、規定された。従つて、第三者に對して、夫婦財産関係の準拠法を調査する義務を負わせる趣旨ではない。⁽¹⁹⁾

(17) 前述II 5(1)および注(13)参照。

(18) Botschaft, a. O., Anm. (7), S.71 f.; Schlussbericht, a. O., Anm. (7), S. 89 f. なお、試案第三三三條における常居所地

(1)

NAG

12 在外スイス人の保護

法の適用に対しては、濫用の虞があるという批判が多かったため、草案以降では、住所地法の適用に代えられた。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 70; Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 136 f. (Regionalkonferenz, PLS, Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen).

(174) Amt. Bull. STR (1988), S. 141; Schwander (Lausanner Kolloquium), a. a. O., Anm. (138), S. 85 f.; なお、報告書および理由書は、ZGB第三条を引用している。それによると、法律効果が人の善意を要件としている場合には、善意の存在は推定される(第二項)。従って、行為無能力を主張する者は、相手方当事者が善意でなかったことを証明しなければならいとされる。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 71 f.; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 90; それにもかかわらず、このような新たな例外の追加に対しては、批判が多かった。Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 139 ff. (Uni Lausanne, Schweizerischer Anwaltsverband, Bankiervereinigung, Vorort).

(175) Vgl. Schnyder, a. a. O., Anm. (53), S. 45.

(176) 理由書は、第五七条第二項が行為能力に関する第三六条に対応しているとす。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 94. しかし、行為能力における取引保護が行為地法を指定しているのに対して、夫婦財産制における取引保護が住所地法を指定している点に着目して、両者の不一致を指摘する見解もある。G. Fischer, Diskussion, in: Lausanner Kolloquium, a. a. O., Anm. (13), S. 154. なお、試案第九四条は、相続についても、第三者、すなわち相続債権者の保護を規定していた。それによると、相続財産および相続人の相続債務に対する責任は、原則として相続の準拠法によるが(第一項)、被相続人の最後の住所地法により、それ以上の相続財産の責任が認められる場合には、この法の適用が留保される(第二項)。すなわち、この場合でも、法選択に対する取引保護が図られていたのである。しかし、このような規定は、不明確であり、かつ債権者を不当に保護するものであるとして、草案以降は削除された。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 126; Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 321 f. (Vaud, Uni Genève, Uni Lausanne, Direction de recherches de Genève).

在外自国民をいかに保護するか、これはスイスにとつて、その数の多さからみても、在留外国人の取扱と同様に重要な問題であつた。前述のように、すでにNAGにおいて、在外スイス人に関する一章が設けられていた。その一般原則によると、在外スイス人は、「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」と規定されていた(第二八条)。しかし、この規定の解釈は争われていた。連邦裁判所の判例および一部の学説によると、この規定は、住所地の国際私法が自国法を指定している場合を例外として、直接に本国実質法を指定していると解されていた。⁽¹⁷⁾これに対して、他の学説は、これを包括的指定と解して、住所地の国際私法が全面的に指定されているとする。なぜなら、この規定は、元来は、住所地の国際私法がスイス法を指定した場合に、準国際私法として、どのカントンの法によるかを規定しているにすぎなかつたし、また、在外スイス人は、国際私法をも含めて、全面的に住所地法に服すべきだからである。⁽¹⁸⁾

更に、ZGBの施行に伴うNAGの一部改正においては、前述のように、在留外国人の婚姻および離婚について、本国法主義が採用されていたが、在外スイス人の婚姻および離婚についても、もはや住所地国際私法のいかんにかかわらず、無条件にスイスの本籍地の管轄およびスイス法の適用が規定されていた(第七d条、第七g条第一項・第二項)。⁽¹⁹⁾これに対して、一九七二年および一九七六年のNAGの改正においては、確かに、在外スイス人の養子縁組ならびに親子関係の確認および否認について、スイスの本籍地の管轄およびスイス法の適用が規定されたが、しかし、この際には、様々な条件が付け加えられた。すなわち、在外スイス人を養親とする養子縁組は、そもそも住所地国において、それが不可能である場合限り、スイスの本籍地の官庁が管轄を有するとされる。しかも、このようなスイスの養子縁組が住所地国において承認されず、その結果、子に重大な不利益を及ぼす場合には、管轄が否定される(第八a条第二項)。⁽²⁰⁾しかし、スイスにおいて行われる限り、養子縁組の要件および効力は、スイス法による(第八b条)。

また、在外スイス人の親子関係の確認および否認についても、そもそも住所地位国が自国の管轄を否定する場合に限り、子または親の一方の本籍地のスイス裁判所が管轄を有するとされる（第八d条第二項）。しかも、「他の国との関係が優越的であり、かつこの国がスイスの裁判管轄を承認しない場合」には、ここでもスイスの管轄は否定される（同条第三項）。更に、準拠法についても、在外スイス人については、スイスの裁判所が管轄を有する限り、原則として、スイス法が適用されるが（第八e条第二項）、なおかつ「他の国との関係が優越的である場合」には、この国の法が適用される（同条第三項）⁽¹⁷⁾。

以上のように、NAGの規定は、その時々々の状況を反映して、在外スイス人の取扱について、統一を欠いていた。すなわち、一般原則はあいまいであったし、婚姻法と親子法の間では、在外スイス人に対する保護の程度が異なっていたのである。

(17) (178) これらの見解の対立については、Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 63; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 36 f.; Vischer/von Planta, a. a. O., Anm. (29), S. 36 f.; A. Schmitzer, Handbuch des IPR, Bd. I, 4. Aufl. (1957), S. 215 f.; P. A. Lalive, zu BGE 81 II 17, in: SJIR (1955), S. 252 ff.; C. E. Rathgeb, La loi applicable aux suisses à l'étranger en vertu de l'article 28 ch. 2 de la loi fédérale du 25 Juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, in: Festschrift für Hans Lewald (1953), S. 359 ff.; H. Lewald, Renvoi Revisited?, in: Festschrift für Hans Fritzsche (1952), S. 176 ff. 代表的な判例としては、BG 3. 4. 1952, BGE 78 II 200, S. 203 ff.; BG 2. 2. 1955, BGE 81 II 17, S. 20 f. ともに、一八八七年のNAG草案第二〇条によると、「外国に住所を有するスイス国民の法律関係については、当該外国の立法により本国法が適用されるべき場合には、……当該国民の本籍カントンの法が適用される」と規定されていた。更に、本条の立法趣旨については、BBI (1887—III), S. 126 f. また、最終草案の理由書によると、「在外スイス人に関するNAG第二章の諸規定は、「外国の立法に服さない法律関係について、……確固たる規範が欠けているという在外国民のもっともな訴えを

救済すること」を目的としているとのことである。BRI (1891—III), S. 569. このような立法の経緯からは、後説の方が妥当であるように思われる。但し、両説の実際上の結果は、転致を認めるか否かの点で異なるにすぎない。

(179) ちなみに、前述・注(III)の一八七四年の連邦法は、婚姻奉行について、いずれかの婚姻当事者の住所地または本籍地の管轄を規定していた(第二九条)。また、離婚については、スイスに住所を有しない夫婦は、夫の本籍地または最後の住所地に訴を提起することができると規定していた(第四三条第二項)。従って、いずれにしても、スイスの裁判所または官庁は、在外スイス人の婚姻および離婚について管轄を有していた。

(180) 但し、前述・注(II)のハーグ条約においては、このような本国の管轄に対する制限は、規定されていない(第三条第一項b号)。

(181) なお、このような管轄および準拠法の例外は、在留外国人の親子関係の確認および否認の訴についても適用される。詳細については、後述III 2 参照。

(2) I P R G

I P R Gの試案第三条は、在外スイス人に対するスイスの管轄について、一般原則を定めていた。それによると、在外スイス人については、スイスが通常の管轄を有しない場合にも、外国における訴もしくは申立が不可能であるとき、または手続が合理的に期待しえないときには、本籍地または最後の住所地のスイス裁判所もしくは官庁が管轄を有する。しかし、このような規定は、草案以降、削除された。従って、現在のI P R Gにおいては、在外スイス人に関する一般規定は存在しない⁽¹⁸²⁾。その第三条は、試案の第三条と同様に、外国における手続が不可能であるか、または合理的に期待できない場合には、事案と十分な関係を有する地のスイス裁判所もしくは官庁が管轄を有すると定めるが、このような緊急管轄の規定は、特に在外スイス人だけを対象とするものではない⁽¹⁸³⁾。また、前述のように、重国籍者については、専らスイス国籍だけが管轄の基準となるが(第三三条第一項)、これは、そもそもI P R Gにおいて、本国(本籍地)の管

轄が規定されている場合にだけ、意味を持つわけであるから、まずもって個々の管轄規定を見ていく必要がある。

そこで、IPRGの規定を個別に見ると、家族法のほとんどすべての事項について、本国(本籍地)の管轄が規定されている。但し、ほとんどの規定は、住所地ないし常居所地における手続が不可能であるか、または合理的に期待できないことを要件としており、その意味では、一種の緊急管轄と言えよう。すなわち、婚姻の一般的効力(第四七条)、夫婦財産制(第五一条b号・c号)、離婚・別居(第六〇条、第六二条第一項、第六三条第一項、第六四条第一項)、出生による親子関係の成立(第六七条)、認知の取消(第七一条第三項)、養子縁組(第七六条)および養子縁組の取消(第七五条第二項)がそれである。

これらのうち、離婚・別居に関する規定についてのみ、報告書および理由書は、詳細な説明を与えている。すなわち、外国における訴提起が合理的に期待できない状況とは、外国において適用されるべき法の内容にも関係してくるという。そして、それは、離婚の要件および効力の両方が考えられる。まず、離婚の要件が異常に厳格であり、実質上、離婚禁止と異なる場合、または、およそ耐え難いほど長い待婚期間が設けられている場合などが考えられる。更に、離婚の効力が現実の利害状況に全く対応しない場合も、緊急管轄の要件を充たすとされる。これらの場合には、公序条項は、何等救済とはならない。なぜなら、公序条項は、スイスの管轄を発生させないからである。その他の緊急管轄に関する規定については、このような詳細な説明は見られないが、いずれも、当事者の権利保護の制度が当該外国に存在しないか、または、それに等しい場合が想定されている。⁽¹⁶⁾

これに対して、婚姻奉行(第四三条第一項)および親子関係の効力(第八〇条)においては、無条件に本国(本籍地)の管轄が認められている。しかし、その理由は、両者の間で異なっている。まず、婚姻奉行については、少なくとも当事者の一方がスイスに住所を有するか、またはスイス国民であれば、スイスとの関係は、十分に強いとされている。こ

れに對して、親子關係の効力については、扶養判決・決定の承認執行に関する一九七三年一〇月二日のハーグ條約の接管轄の規定に同調させたと説明されている。⁽¹⁸⁾

次に、在外スイス人の相続に関しては、住所地国の機關が手続を行わない場合(第八七条第一項)、および、在外スイス人自身がスイス所在の財産または全財産について、遺言または相続契約により、スイスの管轄もしくはスイス法の適用を指定した場合(同条第二項、前述II 10)には、本籍地のスイス裁判所または官庁が管轄を有すると規定されている。

前者は、住所地国における事実上または法律上の相続手続の空白を回避するものである。例えば、住所地国の機關が自国領土内に所在する財産についてのみ、相続を開始し、スイスまたは第三国に所在する財産を無視する場合、更には、住所地国の機關が事実上、手続を開始しない場合などが想定されている。⁽¹⁹⁾

これに對して、後者は、住所地国の機關が同意する限りで、在外スイス人の現実の需要に応えようとしたものである。従つて、一方において、スイス所在の財産だけを對象とする部分指定が許されると共に、他方において、不動産所在地国の専屬管轄(第八六条第二項)が注意的に留保されている(第八七条第二項第二文)。しかし、その他の財産についても、財産所在地国の承認がなければ、事実上、スイス裁判所または官庁による相続手続の實行は不可能であらう。⁽²⁰⁾

更に、人事法の分野においては、氏名の変更に關して、在外スイス人は、本籍地の管轄を選択することができる(規定されている(第三八条第二項)。これは、住所地国の國際私法が氏名の問題を本国法によらしめている場合、更には、本人が以前の国籍選択を撤回した場合などを想定したものである。⁽²¹⁾

他方において、準拠法の指定については、試案および草案は、特に在外スイス人を保護する必要がないとの立場を取つていたように思われる。⁽²²⁾ 例えば、重国籍者についても、管轄の場合と異なり、前述のように、最も密接な關係の国の国籍が基準とされていた(第二三条第二項)。⁽²³⁾ しかし、管轄・法廷地法主義にもとづき、本国(本籍地)の管轄と結びつけ

て、本国法たるスイス法が指定されている事項については、当然の事ながら、国籍の実効性は、問題とされない。すなわち、氏名の変更(第三八条第三項)、婚姻の実質的成立要件(第四四条第一項)、離婚・別居(第六一条第一項)および養子縁組(第七七条第一項)がそれである。また、認知の取消(第七二条第三項)のように、特別留保条款として、スイス法が指定されている場合も、同じ結果となる。これらの場合は、本国(本籍地)の管轄を肯定するのと同じ理由にもとづいて、本国法たるスイス法の適用が肯定されることになるのであろう。⁽¹⁶⁾そして、離婚・別居、養子縁組および認知の取消については、緊急管轄だけが認められていることにも、注意を要する。

これらに対して、婚姻の効力、夫婦財産制、出生による親子関係の成立および親子関係の効力の準拠法の指定においては、特に在外スイス人のための特別の規定は置かれていなかったし、離婚・別居についても、住所地法たる外国本国法への段階的連結が可能であった(第六一条第二項、但し、同条第三項)。⁽¹⁶⁾但し、相続については、外国に最後の住所を有する者の相続は、原則として、住所地国の国際私法が指定する法によるにもかかわらず(第九一条第一項)、第八七条により本籍地のスイス裁判所または官庁が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ていた(草案第八九条第二項、IPRG第九一条第二項本文)。⁽¹⁶⁾しかし、このような規定は、少なくとも草案においては、例外であった。

ところが、連邦議会の審議においては、婚姻の効力および離婚・別居に関する規定に修正が加えられ、本籍地のスイス裁判所または官庁が前述の規定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(第四八条第三項、第六一条第四項)。これとは逆に、在外スイス人の相続については、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できる旨の規定が追加された(第九一条第二項但書)。前者は、法律関係の明確化・簡略化を、⁽¹⁶⁾後者は、在外スイス人の便宜を一段と図つたものと見る⁽¹⁶⁾ことができよう。

- (182) なお、連邦議会の審議においては、人事・家族・相続法の分野における在外スイス人に対する本国の管轄および本国法の適用が提案されたが、これは否決された。Amt. Bull. NR (1986), S. 1296 ff.
- (183) ちなみに、このような一般的な緊急管轄に関する規定については、試案および草案からの変遷が見られる。まず、試案第 14 条によると、外国における手続が不可能であるか、または期待しえない場合、およびスイスの無管轄が事情全体から裁判拒否を意味する場合には、スイスの裁判所または官庁が管轄を有するとされていた。これに対して、草案第三条によると、外国における手続が不可能である場合にのみ、事案と十分な関係を有する地のスイス裁判所または官庁が管轄を有すると改められた。ところが、更に、連邦議会の審議において、本文に掲げたように改められたのである。連邦議会の審議については、Amt. Bull. STR (1985), S. 129; NR (1986), S. 1296 ff.; STR (1987), S. 181; NR (1987), S. 1066 f.; STR (1987), S. 506.
- (184) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 95 f.; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 133 f. なお、NAG 第七 a 条においては、在外スイス人たる配偶者は、いつでも本籍地のスイス裁判所に離婚訴訟を提起できたのに対して、外国人たる他方配偶者は、全くこのような機会が与えられていなかった。これに対して、IPRG においては、夫婦のうちのいずれか一方がスイス国民であれば、外国人たる他方配偶者にも、スイスにおける訴訟の機会が与えられるので、このような規定は、両当事者の平等にも適用される。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 95 f.
- (185) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 82, 103 f., 109; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 43 f., 110, 147, 156. なお、NAG 第八 a 条第二項但書および第八 d 条第三項のように、スイスの判決・決定が外国において承認されるか否かは、IPRG においては、もはや要件とされていない。
- (186) 以上については、Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 79, 112; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 102, 160. 但し、報告書および理由書は、子に対する扶養義務についての判決・決定の承認執行に関する一九五八年四月一日のハーグ条約とも同調させたとするが、この条約には、本国の管轄は規定されていない(第三条)。また、一九七三年のハーグ条約においても、扶養権利者および扶養義務者の共通本国の管轄が規定されているだけであり(第七条)、IPRG のように、一方当事者の国籍だけでは、管轄原因とされない。

- (187) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 121; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 177. Vgl. auch Amt. Bull. NR (1986), S.

- 1351.ころで、ブーハーは、更に第八七条第一項の適用ケースを分析する。例えば、当該外国機関が確かに処分を命じ、または判決・決定を下したが、それが他国において承認されないために、実効性を持たない場合には、第八七条第一項が適用される。これに対して、たとえ当該外国機関が自ら手続を開始しなくても、第三国の機関が行った手続を承認するために、そもそも自国の手続が全面的または部分的に目的を欠く場合には、第八七条第一項の適用はない。Bucher (Erbrecht), a. O., Anm. (160), S. 151 ; ders. (Lausanner Kolloquium), a. O., Anm. (160), S. 142.
- (87) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 121 f. ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 177 f.
- (88) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 74 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 92.
- (89) 「スイスの官庁および裁判所の管轄は、自動的にスイス法の適用に結びつくわけではない。このようなスイス法の適用について、在外スイス人の重大な利益が存在するわけではないからである。」Schlusbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 38. Vgl. auch Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 64.
- (91) 前述II 4のように、「最も密接な関係の国籍は、本人が現に住所または常居所を有する国のそれであるから、六一・四パーセントに上る重国籍の在外スイス人については、スイス法が適用される可能性はきわめて少ない。」
- (92) 前掲・注(185)(186)(189)参照。但し、養子縁組については、IPRG第七七条第二項により、養親の住所地法が考慮される可能性が認められている。これに対して、NAG第八C条では、住所地法たるスイス法が適用されるべき場合に、養親の本国法を考慮する可能性だけが認められていた。前述II 5(2)も参照。
- (93) 前述II 9参照。
- (94) 報告書および理由書は、第八七条第一項適用のケースについて、在外スイス人の権利保護および国際的な判決調和の観点から、本国法たるスイス法の指定を説明している。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 124 ; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 181.
- (95) IPRG第六六一条第四項に「Vgl. Schnyder, a. a. O., Anm. (53), S. 58 第九一条第二項但書に「Amt. Bull. SR (1987), S. 186 ; NR (1987), S. 1068 f. ; SR (1987), S. 507.

13 反致

住所地主義を採用する I P R G において、反致を規定する必要は、ほとんど存在しないであろう。なぜなら、I P R G において、住所地法は、最も密接な関係の法として、指定されているからである。現に、専門委員会は、もともと反致条項によって、住所地主義を修正するつもりは全くなかった。⁽¹⁹⁾そこで、試案においては、I P R G が規定する場合にのみ、外国法の抵触規定が考慮されるとされていた(試案第一三条第一項)。そして、このような例外的な反致は、一般に、外国に住所を有する者の氏名(試案第三五條第二項、I P R G 第三七條第一項二文)および外国に最後の住所を有する者の相続(試案第九二條第二項、I P R G 第九一條第一項)においてのみ規定されていると解されていた。⁽²⁰⁾

ところが、このような反致否定の原則は、一方において、硬直的すぎるとの学界からの批判があり、他方において、戸籍実務の側からの強力なロビー活動があったことにより、⁽¹⁹⁾政府草案以降においては、修正を余儀無くされた。すなわち、身分の問題に関して、スイス法への反致が新たに付け加えられたのである(草案第一三條第二項 b 号、I P R G 第一四條第二項)。しかし、このような規定の変遷は、様々に解釈することが可能である。そこで、現段階における問題状況を、次に概観してみたい。

まず、I P R G 第一四條第一項は、次のように規定している。「準拠法がスイス法への反致または他の外国法への転致を規定する場合には、本法がそれを規定するときに(のみ)「仏」、認められるものとする。」すなわち、フランス語の条文においては、制限的に規定されているのに対して、ドイツ語およびイタリア語の条文においては、このような制限的な文言が入っていないのである。⁽²⁰⁾

また、このような例外的な反致は、前述のように、外国に住所を有する者の氏名および相続についてのみ規定されていると一般に解されていたが、報告書および理由書は、これら二つの規定には触れず、外国において行われた法律行為

の承認、法律行為の形式または実質の有効性確保などを挙げているにすぎない⁽²⁰⁾。従って、外国に住所を有する者の氏名および相続は、全く別の問題であり、第一四条第一項は、IPRGの個々の規定の解釈から反致を認めるための規定であると見ることも可能であろう⁽²¹⁾。

例えば、親子関係の効力に関する第八二条第二項においては、共通本国法から子の常居所地法への反致または転致が認められるべきであり、また、婚姻の効力に関する第四八条第二項においては、夫婦のどちらの住所地法が事案とより密接な関係を有するかは、夫婦の一方の住所地法の抵触規定が他方の住所地法を指定している限りにおいて、反致の観点から判断されるべきである、というような主張が見られる⁽²²⁾。

しかし、これに対しては、専門委員会がもともと反致に消極的であったこと、フランス語の条文が制限的な文言を使用していることなどから、第一四条第一項は、制限的に解釈されるべきであるとする批判がある。そして、この見解によると、依然として、第一四条第一項に該当するのは、外国に住所を有する者の氏名および相続に限られるのである⁽²³⁾。

それでは、何故、外国に住所を有する者の氏名および相続についてのみ、反致および転致が認められたのであろうか。まず、氏名については、周囲のヨーロッパ大陸諸国が圧倒的に本国法主義を採用している点が注目される。すなわち、第三七条第一項では、とりわけ本国法への反致および転致が見込まれているのである。しかも、同条第二項では、いずれにしても、本人による本国法の選択が認められていた⁽²⁴⁾。これに対して、相続に関する第九一条第一項は、外国に最後の住所を有する外国人のみを対象としていることに注目しなければならない。なぜなら、在外スイス人の相続については、特別の規定が設けられていたからである(第八七条、第九一条第二項、前述II 12(2)参照)。そして、スイスの裁判所は、外国に最後の住所を有する外国人の相続については、きわめて例外的にのみ管轄を有するのである(第八八条、第八九条)⁽²⁵⁾。従って、第九一条第一項の規定は、管轄・法廷地法主義(前述II 5(2))の裏返しとみることができであろう⁽²⁶⁾。

次に、IPRG第一四条第二項は、身分の問題に関して、スイス法への反致を規定している。これは、専らスイス法への反致だけを認めている点で、本国法主義と住所地法主義の調和ならびに国際的な判決の調和などよりも、むしろ自国法優先の表れと見る以外にないであろう。⁽²⁰⁾しかも、IPRGにおいては、前述のように、随所において、段階的連結、択一的連結および補充的連結を行っていたが、これらの場合に反致を認めるならば、規定の趣旨は全く没却されてしま⁽²¹⁾うであろう。

例えば、第四四条第二項によると、外国人間の婚姻の実質的成立要件は、当事者の一方の本国法によることも可能であった。このような場合に、当該本国法からスイス法への反致を認めるならば、婚姻の成立を容易にするという規定の目的は、阻害されることになるであろう。

また、離婚および別居に関する第六一条第二項によると、夫婦が共通の外国国籍を有し、かつ夫婦の一方のみがスイスに住所を有する場合には、共通本国法が適用されることになっていた。そして、これに対する例外は、同条第三項により、比較的厳格に定められていた。ところが、このような共通本国法からスイス法への反致を認めるならば、第三項の要件が充たされなくても、第二項の例外が生じてしまうことになる。これは、第三項の趣旨に反するであろう。

更に、第七二条によると、スイスにおける認知は、子の常居所地法、子の本国法、父母の一方の住所地法または父母の一方の本国法、これらのいずれの法にもとづいても、行うことができる。しかし、例えば、子の常居所地法から子の本国法への反致、または逆に、子の本国法から子の常居所地法への反致を認めるならば、連結可能な法の範囲は狭まってしまう。これもまた、択一的連結を採用した規定の趣旨に反するものであろう。

以上のように、第一四条第二項は、理論的にも実際的にも、全く正当化できるものではなかった。それでは、このような規定は、いかにして、制限的に解釈することができるのであろうか。例えば、スイス法への反致が個々の規定の趣

旨に反する場合には、反致を認めないという解釈も可能であるかもしれない。しかし、このような解釈は、法律関係を不安定にするであろう。現に、今のところ、規定の不備を指摘する声はあるものの、このような意味での制限的解釈は、主張されていないのである⁽⁹⁶⁾。

(96) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 31, 57.

(97) 但し、試案の段階においては、これを明言する見解は少なかった。Vgl. Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 39 f.

(Uni Basel). 外国に住所を有する者の氏名だけを挙げるものとしては、I. Schwander, Einige Gedanken zum Renvoi, in: Liber Amicorum A. F. Schnitzer (1979), S. 419 Fn. 18; F. Knoepfler, Le projet de loi fédérale sur le droit international privé helvétique, Rev. crit. dr. internat. privé (1979), p. 38; A. Bucher, Auslegungsregeln in der neueren Gesetzgebung des schweizerischen internationalen Privatrechts, in: Festschrift für A. Meier-Hayoz (1982), S. 56. 外国に住所を有する者の相続だけを挙げる者として、von Overbeck (Zwischenbericht), a. a. O., Anm. (96), S. 202; Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 43 (HSG). これに対して、外国の研究者による試案の解説においては、これら二つの規定に加えて、夫婦財産制の第三者に対する効力に関する試案第五六条第二項が挙げられていた。Siehr, a. a. O., Anm. (53), S. 732 Fn. 36; P. H. Neuhaus, Der Schweizer IPR-Entwurf—ein internationales Modell?, RabelsZ (1979), S. 287; S. McCaffrey, The Swiss Draft Conflicts Law, Am. J. Com. L. (1980), p. 256 note 110. 試案第五六条によると、夫婦の一方と第三者との間の法律関係に対する夫婦財産制の効力は、原則として、法律関係発生当時の当該配偶者の住所地実質法によるが(第一項)、住所地の抵觸法または、それにより有効とされる法選択により指定された法により、このような法律関係がすでに成立していた場合には、後者の法が適用される(第二項)。しかし、いずれにしても、このような規定は、草案以降では削除されている。

(98) Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 38 ff. 批判意見としては、Uni Basel, Uni Genève, Institut universitaire de Genève, Kronauer, Direction de recherches de Genève. 肯定的評価としては、Obwalden, Schaffhausen, Uni Lausanne, von Steiger, Gutzwiller. 疑問を提起しつつも、結果的に肯定するものとして、HSG (Hochschule St. Gallen).

(99) A. E. von Overbeck, Referat, in: Lausanner Kolloquium, a. a. O., Anm. (13), S. 37; ders., a. a. O., Anm. (66), S. 97.

- V. aussi F. Vischer, La loi fédérale de droit international privé, dans : Dessemontet, op. cit., n. (84), p. 21.
- (20) “……, ce renvoi n’est pris en considération que si la présente loi le prévoit.” “……, so ist sie zu beachten, wenn dieses Gesetz sie vorsieht.” “……, il rinvio dev’essere osservato qualora la presente legge lo prevedeva.” “ちなみに、このような制限的な文言は、試案においては、独・仏両方の条文に入っていたが、草案においては、すでにフランス語の条文においてのみ、見ることが出来る。
- (21) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 31, 57 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 47.
- (22) ショヴァンダーは、報告書および理由書の説明が、外国に住所を有する者の氏名および相続の問題とほとんど関係してこないと主張する。Schwander, a. a. O., Anm. (9), S. 70 Fn. 77.
- (23) Schwander, a. a. O., Anm. (9), S. 73.
- (24) von Overbeck, a. a. O., Anm. (66), S. 97 f. Vgl. auch von Overbeck, a. a. O., Anm. (37), S. 333 Fn. 29 ; (Rev. crit.), op. cit., n. (84), p. 251 note 15. 結果的に同様の見解としては、F. Knoepfler et P. Schweizer, La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale), Rev. crit. dr. internat. privé (1988), p. 226 ; Vischer, op. cit., n. (199), p. 20. 草案段階における見解としては、A. E. von Overbeck, Der schweizerische Regierungsentwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, IPRax (1983), S. 50 ; ders. a. a. O., Anm. (199), S. 37 ; Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 470 Fn. 30.
- (25) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 92 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 73. 第17条第1項については、前巻II 10参照。
- (26) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 181 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 124.
- (27) ドナルド・オーヴァーベックは、これをスイス流の “Foreign Court Theory” と称している。von Overbeck, a. a. O., Anm. (37), 332 Fn. 26 ; (Rev. crit.), op. cit., n. (84), p. 248. V. aussi Vischer, op. cit., n. (199), p. 20.
- (28) A. E. von Overbeck, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, Rec. des Cours (1982—III), p. 134 ; (Rev. crit.), op. cit., n. (84), p. 249.
- (29) 以上の例については、von Overbeck, a. a. O., Anm. (199), S. 40 f. ; (Rev. crit.), op. cit., n. (84), p. 250. ドナルド・オー

ヴァーベックは、更に、親子関係の成立および効力に関する第六八条および第八二条において、子の常居所地法から本国法への反致を認めるならば、これらの規定における段階的連結の趣旨に反するであろうとする。しかし、親子関係の効力が第一四条第二項にいう「身分」の問題に含まれるかは、疑問である。これを否定する見解として、Dutoit, op. cit., n. (126), p. 52. 更に、シュヴァンダーも、フォン・オーヴァーベックと同様の不都合を指摘するが、親子関係の効力に関する規定は、これに含めていない。Schwander, a. a. O., Ann. (9), S. 73 f. しかし、フォン・オーヴァーベックは、そもそも第一四条第二項にいう「身分」の問題が何を指すか、明らかではないとしている。von Overbeck, a. a. O., Ann. (199), S. 37 Fn. 6; (Rev. crit.), op. cit., n. (84), p. 250. ちなみに、「身分」には、それぞれ der Personen- oder Familienstand; l'erat civil; il *statuto personale o familiare* という文言が使用されている。

(20) von Overbeck (Rev. crit.), op. cit., n. (84), p. 250 s. 但し、シュニーターは、第一五条の一般例外条項により、第一四条第二項の不都合な結果が緩和されるであろうとする。Schnyder, a. a. O., Ann. (53), S. 28 f. しかし、これは、また別の問題であろう。後述 III 3 参照。

III 一般例外条項

1 成立の経緯

例外条項の最初の提唱者は、マリダキスであると言われているが、⁽²¹⁾ スイスの立法における導入を最初に主張したのは、フィシャーであった。彼は、すでにスイス法曹協会の一九七一年総会の報告において、NAGの改正に際して、一般例外条項の導入が必要であると主張している。すなわち、連邦裁判所は、契約法の分野においては、非定型的な事案について例外条項の必要性を承認しているが、このような非定型的な事案は、契約法以外の分野にも存在する。そもそも、通常の抵触規範は、連結の根拠が具体的事案に適合し、かつ結果が妥当である限りにおいてのみ、効力を有する。従って、

たとえ形式的に事案が抵触規範の構成要件を充たしていたとしても、当該事案における抵触規範の適用が立法者の真実の意図に合致しない場合、または実際上不都合な結果に至る場合には、このような抵触規範は機能を停止する。すなわち、抵触規範は、単に一応の意味しか持たないのである。⁽²³⁾

それでは、フィシャーは、どのような要素を考慮すべきであると言うのであろうか。彼は、主観的および客観的な四つの要素を挙げている。第一に、特定の法の適用に対する当事者の期待がある。このような期待は、単なる思惑または仮定ではなく、法律関係成立の時点に存在していた事情から証明され、かつ正当である限りにおいて、考慮される。例えば、当事者が予測できなかった準拠法の変更、期待していた法廷地の抵触法とは異なった結果を導く抵触法を持った法廷地における訴訟、ある法の下において有効に成立した法律行為の効力維持、このような場合が考えられる。第二に、より密接な関係が挙げられる。このような場合としては、別の準拠法に従う他の法律関係への密接な従属、場所的または時間的な観点における通常の連結点の孤立化などが考えられよう。第三に、矛盾した結果の回避がある。この場合には、実質法上ならびに抵触法上の調整が重視される。例えば、離婚と婚姻の関連、当該法律関係に密接な関係を有する他国の解決と一致した判決などが挙げられる。最後に、内国法の基本原則に対する違反(公序)、および当事者にとって予期できない困難の回避(ハード条項)が含まれるべきである。⁽²⁴⁾ 以上の要素を盛り込んで、フィシャーは、次のような条項を提案している。

「裁判官は、内国法の基本原則と矛盾するか、または当事者にとって予期できない困難を意味する結果を回避するため、抵触規範により指定された法と異なった法を、例外的に適用することができる。立法的解決からの乖離は、更に、事案のすべての事情、例えば、当事者の正当な期待および利益、他の法とのより密接な関係、他の国の優越した執行利益、矛盾した結果の危険などを考慮して、必要であると判断される場合、例外的に認められる。」⁽²⁴⁾

ところが、専門委員会は、このようなフィシャーの提案をそのままの形では採用せず、より簡略に規定することにした。すなわち、「本法において指定された法は、すべての事情から、事案が指定された法とわずかな関係だけを有し、他の法とより密接な関係を有する場合には、例外的に適用されないものとする」(試案第一四条)。そして、公序条項は、別に規定された(試案第一七条)。ところが、フィシャーが提示した考慮されるべき要素は、公序およびハード条項を除いて、ほぼそのまま最終報告書に受け継がれている。但し、抵触規範が一応の意味しか持たないとする見解は、慎重に退けられた。そして、抵触規範は、当然のことながら、拘束力を有するのであるが、立法者が予想していなかったような例外的場合にのみ、排除が許されると言うのである。⁽²¹⁾

このような試案の一般例外条項に対しては、支持と批判が相半ばした。批判は、報告書が例外的適用を強調したにもかかわらず、やはり法的安定性阻害の虞に集中した。また、賛成意見の中にも、当事者による法選択がある場合には、一般例外条項を適用すべきではないとの見解が多かったため、政府草案は、次のように改められた。すなわち、「本法により指定された法は、すべての事情から、事案がこの法とわずかな関係だけを有し、他の法とはるかに密接な関係を有することが明らかである場合には、例外的に適用されない」(第一四条第一項)。「本条は、法選択がある場合には、適用されない」(同条第二項)。そして、これが若干の字句の修正を受けただけで、IPRG第一五条として成立したのである。⁽²²⁾

- (21) G. S. Maridakis, *Le renvoi en droit international privé*, Ann. Inst. Dr. int. (1957-II), p. 53. マリダキスによると、人の身分・家族・相続の関係について、本国法または住所地法(常居所地法)を指定する国際私法規定は、一定の事情により、他の国の法が最も妥当な法であると判断される場合には、「例外」を認めることが望ましいとのことである。このようなマリダキスの見解については、更だ、von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 193 ss.; Keller/Siehr, a. a. O., Ann. (69), S. 121.

(22) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 74 f. Vgl. auch F. Vischer, Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im internationalen Privatrecht, SJIR (1957), S. 43ff.

(23) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 75 ff.

(24) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 77 Fn. 63. スイスにおいては、更に、ディエツィおよびブーハーの提案がある。まず、ディエツィのそれは次の通りである。

「当事者の正当な期待、他の法秩序とのより密接な関係もしくは矛盾した結果の回避がそれをせむとも必要とする場合、ならびに結果が自国法の基本原則に反するか、もしくは当事者にとって予期しえない困難を生じる場合には、抵触規範により指定された法に代えて、他の法を例外的に適用することができるものとする。」

H. P. Dietzi, Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel im schweizerischen internationalen Privatrecht, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1973 (1973), S. 74. これに対して、ブーハーは、次のように提案する。

「事案に関係する法秩序を考慮することにより、この事案が本法により指定された法秩序以外の法秩序と明らかにより密接な関係を有する場合には、この法秩序が適用される。」

前項の規定は、とりわけ次の場合に適用されるものとする。

a 本法の規定により命じられた外国法の適用が、事案とスイスとの特別な関係に鑑みて、スイス法の本質的规定または原則に反する場合。

b 本法の規定により指定された法秩序が法の適用を拒否し、かつその国際私法により適用されるべき法秩序と事案とが明らかにより密接な関係にある場合。

c ある外国の法秩序が法適用を要求しており、かつその事案との密接な関係に鑑みて、その本質的规定または原則の適用について利益を有しており、かつこの利益が本法の規定により適用されるべき法秩序に対して明らかに優越している場合。」

A. Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (1975), S. 251.

(25) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 27 ff., 59 f. Vgl. auch Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 48. ちなみに、試案第一四条の標題は、「通常の連結の例外」となっているが、報告書は、「回避条項」(Ausweichklausel)とこの名称も用いている。

また、試案第六八条第二項および第六九条第二項には、特別例外条項が規定されていた。前者については、前述・注(135)参照。後者は、親子関係成立の準拠法の基準時点に関係する。すなわち、第六九条第一項によると、このような基準時点は、子の出生の時とされていたが、同条第二項により、裁判による親子関係の確認および否認については、事案が訴訟の時点における住所地、常居所地または本国と明らかにより密接な関係を有しているか、またはこれらの法のいずれかの適用が子の利益に適用場合には、訴訟の時点が基準とされた。しかし、このような規定は、草案以降では修正され、子の優越的利益が必要とする場合にのみ、訴訟の時点が基準とされることになった(IPRG第六九条第二項)。なお、IPRGにおける一般例外条項の規定の形式は、契約上および契約外の義務の準拠法に関する一九七四年のEEC条約草案第一〇条第二項の影響を受けたと言われている。von Overbeck (Rabelsz), a. a. O., Anm. (69), S. 619; (Traveaux), op. cit., n. (96), p. 82. 同条約草案によると、不法行為の準拠法は、原則として、行為地法によるが(第一〇条第一項)、一方において、不法行為の結果と行為地国との間に強い関係が存在せず、他方において、このような結果が他の国と優越的關係を示している場合には、後者の法が適用される(同条第二項)。

(216) Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. 48 ff. 支持する見解によれば、Uni Genève, Institut Universitaire de Genève, HSG, CNG, Direction de recherches de Genève, 註評によれば、Scharfhausen, Vaud et Uni Lausanne, Neuchâtel, FDP, PLS, Bankiervereinigung, Arbeitgeberorganisationen, Vorort, Gutzwiller, 法選択がもつ場合の不適用によれば、Uni Basel, Uni Genève, Schweizerischer Anwaltsverband, Vorort, Direction de recherches de Genève.

(217) 字句の修正は、規定の意味に影響しないと思われる。まずドイツ語の条文は、草案では「Das Recht, auf welches...」となっていたが、「Das Recht, auf das...」と改められた。次に、イタリア語の条文は、草案では「La legge richiamata è...」となっていたが、「Il diritto richiamato dalla presente legge è...」と改められた。その他の修正は、取り上げるまでもない。なお、上院の審議においては、「他の法の適用の結果、より妥当な解決が導かれる場合」という要件を加えるよう提案がなされたが、一七対五で否決された。Amt. Bull. STR (1985), S. 131 f. また、標題は、草案以降、「例外条項」とされている。

2 従来の判例およびNAGの規定

報告書および理由書は、一般例外条項がスイス国際私法の伝統に基づくものであるという。すなわち、連邦裁判所はこのような例外を、とりわけ契約法において認めてきたし、親子法においても、親子関係の否認について、NAG第八條の連結を変更した例がある。また、一九七六年の改正によって、NAG第八條第三項に明文の例外条項が置かれた。⁽²⁸⁾そこで、以下では、このような一般例外条項の先例とされる判決および法改正を概観してみたい。

まず、契約法においても、一般例外条項の先例として挙げる連邦裁判所の判決は、それほど多くない。デュプレーによると、それは、一九三四年九月一八日の判決から一九七六年三月三〇日の判決に至るまで、一一件にすぎない。⁽²⁹⁾理由書も、そのうちの三件を挙げているだけである。最も代表的と思われる一九六八年一〇月一日の判決を引用すると、それは次のように述べている。

「今日十分に確立した実務によると、契約は、当該法律関係が最も密接な場所的關係を有する国の法に従う。そこで、裁判官は、一般的には、特徴的義務の債務者が住所を有する国の法を適用すべきであると判断する。この原則に従うならば、〔本件の場合〕、それが委任契約であるか、代理商契約であるか、問屋契約であるかを問わず、イタリア法が当事者の契約關係に適用されるであろう。」

「しかしながら、学説および判例は、このような個別の契約のために導き出された規則が……一般原則の具体的適用結果に他ならないことを認めている。例外的状況は、時として当該法律關係が……別の国とより密接な場所的關係を有すると思わせるであろう。このような場合に契約を規律するのは、この別の国の法である。」

「更に、学説は、契約の目的が他の契約のそれと非常に密接な關係を有する場合、このような密接な關係が共通の連結を正当化すると指摘する。例えば、相異なつた契約が当事者にとって切り離すことができないほどに、一つの契約を成

す一連の合意であるかのように思われる場合がある。すなわち、別の契約……を準備・履行・変更するための契約がそれである。但し、法的安定性のためには、相異なつた契約の統一性が明らかである場合に限るといふ条件を付けて、この理論を適用することが望まれる。」

要するに、契約は、当事者による法選択がない場合には、最も密接な関係の法に従う。そして、それは通常は、特徴的給付を行う当事者の住所地法であるが、例外的状況においては、別の法が適用される。本件の場合、それが委任契約であるか、代理商契約であるか、問屋契約であるかはともかくとして、別のライセンス契約に密接に従属しているため、後者の準拠法であるスイス法に従うとされた。但し、法的安定性のためには、このような例外的状況が明らかでなければならぬことが、すでに強調されている。^(註)

ところで、このような判例が一般例外条項の先例であると言うためには、特徴的給付の理論がIPRGにおいて、通常の抵触規定として確立している必要がある。しかし、IPRG第一一七条は、この点について、必ずしも明白ではないように思われるのである。すなわち、それによると、契約は、法選択がない場合には、最も密接な関係を有する国の法による(同条第一項)。そして、このような最も密接な関係は、特徴的給付を行うべき当事者が常居所または営業所を有する国の法との間に存在すると推定されている(同条第二項)。そして、更に、一定の契約類型について、特徴的給付とみなされる行為が具体的に定められているのである(同条第三項)。

そこで、この第一一七条第一項と第二項の関係であるが、理由書は、これを次のように説明している。すなわち、事案と特定の法との関係が、特徴的給付を行うべき者の常居所地法または営業所所在地法との関係より密接であるという事態が生じるかもしれない。このような場合には、より密接な関係の証明によつて、第二項の推定が覆される。そして、第一一八条以下の個別契約の特則において、このような例外の幾つかが具体的に挙げられているといふのである。^(註)

しかし、このような説明によつても、第一項と第二項との関係については、次のような疑問が生じる。第一に、理由書によると、第二項の「推定」を覆すには、当事者がより密接な関係を証明する責任を負っているかの様に読めるが、連邦裁判所の判例によると、より密接な関係は、裁判所が職権によつて認定すべきであると思われる。⁽²⁶⁾第二に、仮に、この場合の推定が後者の意味であるとしたら、第一一七条第一項と第二項の関係は、第一五条の一般例外条項と通常の抵触規定の関係と同じであるのか、異なるのか。⁽²⁷⁾第三に、仮に両者の関係が一般例外条項の場合と同じであるとしたならば、何故、二回同じ規定を繰り返す必要があつたのか。すなわち、第一一七条第一項は、無用の規定ではなかつたのか。⁽²⁸⁾第四に、逆に第一一七条第一項による修正機能が第一五条の一般例外条項と異なるのであれば、前述の連邦裁判所の判例は、むしろ第一一七条の先例とされるべきではなかつたのか。すなわち、このような判例は、第一一七条の立法趣旨を説明しえても、第一五条を根拠づけることは、困難であるように思われる。しかし、いづれにしても、理由は、これらの疑問点について、何も答えていないのである。

次に、親子法に至つては、先例として挙げられた連邦裁判所の判決は、二件にすぎない。しかも、そのうちの一件は傍論である。⁽²⁹⁾より明白な先例としては、むしろ一九六九年九月四日のチューリッヒ高等裁判所の判決が挙げられる。いづれの事件においても、問題となつたのは、一九七六年に削除される前のNAG第八條であつた。それによると、親子関係の確認および否認などの問題は、父の本籍地の裁判管轄および法に従うとされていた。そして、従来の連邦裁判所の判例によると、NAG第八條は、同第三二条による類推適用の結果、在留外国人については、父の本国の裁判管轄および本国法の適用と読み換えられていた。⁽³⁰⁾

ところで、チューリッヒ高等裁判所の事件においては、戸籍上の父は、イタリア国籍であるか、エジプト国籍であるか不明であつた。そして、たとえ無国籍であつたとしても、子の出生当時の父の住所は、エジプトにあつた。いづれに

しても、戸籍上の父がスイス国籍を有しないことは明らかであったため、前述のNAG第八条の解釈によると、スイスの裁判所は管轄を有しない。しかし、このような解釈が立法者の真の意図に合致するであろうか、このようにチューリッヒ高等裁判所は疑問を投げかける。そして、フリツチェの論文を引用しながら、次のように述べる。「関係が同質でない場合には、妥当な解決を導くために、例外が認められてよいし、認められるべきである。」⁽²⁰⁾そして、NAGの立法当時に予想されていたカントン間事件では、すべての当事者はスイス人であるから、国際私法事件における同質性は、すべての当事者が外国人である場合にのみ存在する。従って、当事者の一部がスイス人であり、他の一部が外国人である場合には、ZGB第一条第二項という法の欠缺が存在するのである。以上のように述べて、裁判所は、欠缺補充として、父の国籍ではなく、子の国籍を基準にすべきであるとす。しかも、本件の場合には、スイス人が真実の父であることが確実であり、また準正によつて子がスイス国籍を取得することが予定されているとして、結局、スイスの裁判管轄およびスイス法の適用を認めた。⁽²¹⁾

ところで、本判決もまた、一般例外条項の先例として掲げるには、若干の疑問がある。第一に、本判決の主たる争点は、裁判管轄であった。すなわち、戸籍上の父がスイス国籍を有しないために、真実の父がスイス人であるにもかかわらず、スイスの裁判所が管轄を有しない、この結果の妥当性が問題とされたのである。⁽²²⁾第二に、本判決は、子の国籍を基準にすると述べているが、結局のところ真実の父の国籍を基準にしたのと異なる。すなわち、NAG第八条にいう父の国籍(本籍地)を戸籍上の父ではなく、真実の父と解することによつて、同一の結果が得られた。従つて、論理的には、まず戸籍上の父との関係が否認されなければ、真実の父との関係が生じないはずであるにもかかわらず、この真実の父の国籍を先取りした形になっていたのである。⁽²³⁾第三に、本件は、一般例外条項の適用の際に考慮されるべき要素のうち、どれに該当するか明らかでない。裁判所の理由づけは、むしろNAGにはスイス人と外国人の混ざった家

族關係が規定されていないという法欠缺問題に帰着するよう⁽²⁴⁾に思われる。第四に、本件がこのように法の欠缺の場合であるならば、それは一般例外条項の適用の場合と區別しなければならぬ。なぜなら、一般例外条項は、通常の抵触規定がまず適用されること、すなわち法の欠缺が存在しないことを前提としているからである。⁽²⁵⁾以上のように、本件の論理構成が一般例外条項の先例として疑問であるばかりでなく、IPRGにおいては、親子關係の確認および否認は、子の常居所地または父母の一方の住所地の裁判所の管轄に服し(第六六条)、かつ子の常居所地法に従うことになった(第六八条)。従つて、本件のような事例は、すでに立法的に解決されている。

最後に、NAGにおける例外条項が先例として挙げられる。すなわち、一九七六年の改正によつて、前述のように(II 5(1))、NAG第八条が削除され、親子關係の確認および否認については、子または父母の一方の住所地の裁判所が管轄を有することになった(第八d条第一項)。また準拠法に関しては、親子の共通住所地法を第一順位とする段階的連結が採用され、同一国に住所を有しない場合には、親子の共通本国法が、共通住所地法も共通本国法も存在しない場合には、スイス法が適用される(第八e条第一項)。ところが、このような段階的連結の全体について、他の国との關係が優越的である場合には、この国の法が適用される(同条第三項)。この規定が例外条項の先例とされるのである。しかし、一九七八年一月一日に施行されて以来、この例外条項の適用例として注目されるような判決は存在しない。⁽²⁶⁾むしろ逆に、この条項の適用を否定した一九八一年六月一八日の連邦裁判所の判決があり、学説の批判を受けている。

本件においては、母子の国籍はドイツ連邦共和国のそれであり、住所もそこに有していた。これに対して、父とされる者の国籍および住所は、ともにスイスにあつた。従つて、NAG第八e条第一項によると、共通住所地法も共通本国法も存在しない場合として、スイス法が適用されるべき事例であつた。ところが、第一審および第二審のシャフハウゼン州裁判所は、ドイツ連邦共和国との關係が優越的であり、NAG第八e条第三項によりドイツ連邦共和国法が適用さ

れるとして、スイス法にもとづく父子関係確認の訴えを却下したのである。これに対して、連邦裁判所は、父とされる者の側にも一定の重心が存在するとして、この者の国籍および住所がスイスにある限り、母子の外国国籍および住所は、当該外国との優越的關係を根拠づけることができないと述べる。従つて、本件においては、スイス法が適用されるべきであるから、実質審理に入るべきであるとして、破棄差戻の判決を下したのである。⁽²⁷⁾

本件においては、まずスイスの国際的管轄を考察する必要がある。なぜなら、NAG第八d条第一項は、確かに、子または父母の一方の住所がスイスにあれば、スイスの管轄を生じるとしているが、同条第三項は、他の国との關係が優越的であり、かつこの国がスイスの裁判管轄を承認しない場合には、スイスの管轄を結局は否定するからである。しかし、州裁判所は、この点を全く審理せず、単に外国法の適用から、直ちにスイスの管轄を否定しようと思われる。⁽²⁸⁾

次に、たとえNAG第八d条により、スイスの管轄が肯定されるとしても、本件においては、NAG第八e条第三項により、ドイツ連邦共和国法が適用されるべきではなかつたか、これが問題となる。現に、例外条項の適用を否定した連邦裁判所判決は、学説の批判を受けている。なぜなら、本判決は、子の利益よりも父とされる者の利益を重視し、かつ例外条項を外国法の適用のためではなく、専ら自国法の適用のためにのみ利用するかのよう⁽²⁹⁾に読めるからである。また、NAG第八e条第三項とIPRG第一五条の文言を比較すると、前者は、他国との關係が優越的であることだけを要求し、後者のように通常の準拠法との關係が乏しいことまでは必要としない点も注目すべきであろう。⁽²⁰⁾しかし、この点を重視するならば、果たして本件のような事例がIPRG第一五条に該当すべき場合であつたか否かは、また別問題であると言わねばならない。

(27) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 48; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 28, 59 f.

(註) C. E. Dubler, *Les clauses d'exception en droit international privé* (1983), p. 57 note 106. しかし、デュブラーが掲げる BG 30. 3. 1976, BGE 102 II 143, S. 149; BG 29. 4. 1980, BGE 106 II 36, S. 40 は、いずれも不動産契約の方式と実質を同一の準拠法、すなわち不動産所在地法に従わせようとするものであった。この点で、他の判例と区別されるべきであろう。なお、最初の判例とされる BG 18. 9. 1934, BGE 60 II 294, S. 301 f. では、当時の判例により、一般的には契約の履行地法が最も密接な関係の法とされていたが、本件の金銭消費貸借契約では、返還債務の履行地は、借主の随意によるものとされていた。これに対して、裁判所は、借主の住所地、金銭の使途、契約公証の方式、担保物の所在地、裁判管轄などから、ドイツ法が最も密接な関係の法であると判断した。同じく金銭消費貸借契約に関する判例としては、BG 2. 3. 1937, BGE 63 II 42, S. 44 f.; BG 10. 6. 1952, BGE 78 II 190, S. 191 f. 後者に関しては、後述 III 3 参照。代理商契約に関しては、OR 第四一八 b 条第二項により、代理商が活動を行う地の国の法が適用されると解されているが、これに対する例外を認めた判例としては、BG 7. 3. 1950, BGE 76 II 45, S. 48. 詳細については、後述 III 3 参照。いわゆる独占的代理店契約については、判例の変遷がある。BG 12. 2. 1952, BGE 78 II 74, S. 81 ff. は、これを抵触法の観点からは売買契約であるとして、例外の可能性を認めながらも、特徴的給付の履行義務者である売主の住所地法を適用した。これに対して、BG 3. 12. 1962, BGE 88 II 471, S. 474 f. は、このような例外を認め、買主、すなわち代理店の住所地法を適用した。ところが、更に、BG 10. 12. 1974, BGE 100 II 450. は、判例を変更し、独占的代理店契約における特徴的給付は、代理店が行う給付であると判決した。動産売買契約に関しては、BG 3. 12. 1946, BGE 72 II 405, S. 411 f. が履行地法の適用に対する例外の可能性を認めたものの、本件については否定した。これに対して、BG 4. 7. 1953, BGE 79 II 165 では、最も密接な関係は通常、売主の住所地国との間に存するとされていたが、本件においては、売主は契約締結当時、無住所であった。そこで、裁判所は、その他の事情として、契約締結地、買主の住所地、信用状の発行地、目的物の検査証発行地などから、最も密接な関係はスイスにあると判断した。保証契約については、BG 23. 9. 1941, BGE 67 II 215, S. 220 f. では、最も密接な関係の法は、一般に保証人の住所地（ブダペスト）によって定まるとしながらも、その他の連結点がニューヨークに集中していると判断して、ニューヨーク州法を適用した。最後に、混合契約については、BG 5. 3. 1974, BGE 100 II 34, S. 38 f. では、売買契約が代理商契約に従属しているとして、代理商が活動を行う地の国の法（ドイツ法）が適用された。また、BG 1. 10. 1968, BGE 94 II 355, S. 360 ff. については、本文参照。

(20) すなわち BG 7. 3. 1950, BGE 76 II 45 ; BG 10. 6. 1952, BGE 78 II 190 ; BG 1. 10. 1968, BGE 94 II 355.

(21) BG 1. 10. 1968, BGE 94 II 355.

(22) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 149. Vgl. auch Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 219 f.

(23) 前掲(20)の判例参照。Vgl. auch I. Schwander, Internationales Vertragsrecht – Direkte Zuständigkeit und objektive Anknüpfung, in : Festschrift für Moser, a. a. O., Anm. (13), S. 83 f., 86 ; S. Stojanovic, Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé, Rev. crit. dr. internat. privé (1988), p. 278.

(24) フォン・オーヴァーベックによれば、「最も密接な関係」も「特徴的給付」も単なる立法理由にすぎず、どちらも法律の条文に書かれるべきではない。例えば、ある抵触規定が連結点として住所を定めている場合、そこでは、これが当該人の生活関係の中心であることをいちいち断る必要はないのである。A. E. von Overbeck, Contracts : The Swiss Draft Statute compared with the E. E. C. Convention, in : P. M. North (ed.), Contract Conflicts (1982), p. 278.

(25) 特徴的給付の理論の提唱者とされるシュニツァーが一九八〇年に公表した国際私法の対案では、契約の客観的連結は「次のように規定されている。

「第五八条 双務契約

1 双務契約は、契約を特徴づける給付が行われるべき地の法による。

2 前項の給付は、一般に、請求を受けた営業所の所在地、通常の職業活動地、またはかかる給付の義務を負う者の住所地もしくは常居所地において行われるべきものとする。

3 第三条の適用は留保する。」

「第三条 回避条項

事案の事情が例外的に他の法秩序とより密接な関係を示している場合には、かかる法の規定が適用されるべきものとする。」 A. F. Schnitzer, Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz, 76 SJZ (1980) 309.

更に、フォン・オーヴァーベックは「前述・注(24)のような理由から第一一七条第一項および第二項の両方を無用の規定とする。すなわち、同条第三項のような契約類型に則した規定だけで十分であるというのである。」「必要な柔軟性は、例外条項によって与えられるであろう。」「また、法定の契約類型に該当しない契約については、法の欠缺として、ZGB第一条第

二項により補充が行われるべきであると主張する。 von Overbeck, op. cit., n. (224), p. 278. V. ausssi von Overbeck, op. cit., n. (48), p. 561 s.

(226) 後述Ⅲ3のように、第一五条の一般例外条項は、きわめて制限的に規定されている。これに対して、第一一七条第一項による修正機能は、単に他の法とのより密接な関係が存在すれば十分であるように読める。また、前述の連邦裁判所判決も、例外的状況が明らかであることを要求するが、第一五条ほど厳格な要件を求めているとは思われない。前掲・注(219)の判例も参照。

(227) これらの判決は、公式判例集に登載されていない。 BG 12. 11. 1970, SJIR (1972) 399; BG 15. 12. 1977, SJIR (1978) 359. 第一の事件においては、スイスに住所を有するイタリア人夫婦がスイス裁判所の判決により別居したが、一〇カ月後に子が出生し、その子は、夫の嫡出子として戸籍に記載された。そこで、夫は父子関係否認の訴を提起した。この訴は、父の住所地(ルガノ)の裁判所において認容され、ポー州の戸籍に記載された。ところが、その後、子の後見人が父子関係確認の訴をヌシャテル州裁判所に提起したところ、先の父子関係否認の判決は、裁判所が管轄を欠くために無効であり、従って、父子関係は否認されていないとして、訴却下の決定を下した。この決定を受けて、ポー州政府は、父子関係否認の記載を戸籍から抹消することを決定した。この決定に対する抗告訴訟が本件である。連邦裁判所は、ルガノ裁判所の判決が連邦裁判所の判例に反することを認めつつも、いまだ無効とするには至らないという。「外国国籍の当事者に関する親子関係否認の訴において、これらの者がすべてスイスに住所を有する場合には、本国管轄の原則に例外が認められないか否かを問うこともできる。」更に、ルガノ裁判所はイタリア法にもとづいて判決を下しており、またイタリアは、このような訴訟について専属管轄を要求していなかった。しかし、これらのNAG第八条の解釈は、本件においては傍論にすぎないのである。第二の事件においては、夫はアメリカ国籍を、妻はフランス国籍を有し、一九五七年にフランスにおいて婚姻を挙行したが、一九五九年以来別居していた。妻は、更に一九六九年以来スイスにおいてスイス人男と同居し、一九七三年一月一日に子を出生した。そして、同年二月九日にフランス裁判所の判決により離婚し、翌一九七四年二月二十八日にスイス人男と再婚した。そこで、一九七五年六月四日、子は父子関係否認の訴を提起した。しかし、これに対して、ヌシャテル州裁判所は、NAG第八条および第三二条にもとづいて訴を却下した。これに対する上訴が本件である。連邦裁判所は、後述の一九六九年九月四日のチューリッヒ高等裁判所判決とほぼ同様の論旨を展開して、破棄差戻の判決を下した。従って、後述のチューリッヒ高等

裁判所判決に対する疑問点は、すべて本判決にも当てはまる。なお、前述 II 5(1) のように、一九七六年の NAG の改正により第八条は削除されたが、改正法の発効は、一九七八年一月一日からであった。

- (22) OberG Zürich 4. 9. 1969, SJZ (1969) 374.
- (27) BG 7. 7. 1949, BGE 75 II 177, S. 180 ; BG 30. 3. 1962, BGE 88 II 6, S. 8 f.
- (30) H. Fritzsche, zu ZivilG Basel-Stadt 24. 12. 1946 u. OberG Zürich 3. 3. 1948, SJIR (1948), S. 237. Vgl. auch Fritzsche, a. a. O., Anm. (21), S. 249 f.; P. Lalive, *Conflicts de filiations en droit civil et en droit international privé*, *Semaine Judiciaire* (1966), p. 624 ss.
- (31) OberG Zürich 4. 9. 1969, SJZ (1969) 374.
- (32) Dubler, op. cit., n. (219), p. 141 s.
- (23) Dubler, op. cit., n. (219), p. 142. テュンプラーは、本判決が子の常居所を連結点としていたならば、例外条項適用の事例に該当したであろうという。すなわち、彼によると、本件は、連結点の解釈の問題であり、連結点の是正ではない。なお、NAG 旧第八条は、単に父の本籍としか述べていない。V. aussi A. E. von Overbeck, *L' intérêt de l' enfant et l' évolution du droit international privé de la filiation*, dans : *Liber Amicorum Adorf F. Schnitzer* (1979), p. 367.
- (24) ZGB 第一条は、次のように規定している。「本法は、文言または解釈により規整の対象となつたすべての法律問題に適用される。本法からいかなる規定も導き出せない場合には、裁判官は慣習法により、慣習法もないときには、立法者であつたならば定立したであろう規則により、判断しなければならない。裁判官は、前項の場合には、権威ある学説および法的伝統に従うものとする。」
- (25) Dubler, op. cit., n. (219), p. 61 s.; F. Knoepfler, *Utilité et danger d' une clause d' exception en droit international privé*, dans : *Hommage à Raymond Jeanneret* (1982), p. 116 ; K. Kreuzer, *Referat*, in : *Lausanner Kolloquium*, a. a. O., Anm. (13), S. 20.
- (26) 但し、第八 e 条第一項第三号により、スイス法が適用されるべき場合に、子の家庭の中心がスイスに存在することは、同条第三項にいう優越的關係がスイスとの間に存在することを示すとして、同条第一項の適用を正当化するために、同条第三項を引用した連邦裁判所判決がある。BG 12. 6. 1980, BGE 106 II 236, S. 241. V. aussi Dubler, op. cit., n. (219), p. 89.

(237) BG 18. 6. 1981, BGE 107 II 209; SJIR (1982) 311.

(238) このような意味でのスイスの判例における並行原則の傾向は、ことに指摘されているところである。Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 66.

(239) P. Lalive u. A. Bucher, zu BG 18. 6. 1981, SJIR (1982), S. 313 ff.

(240) von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 203 s.

3 IPRG第一五条の適用に際して考慮されるべき要素

IPRG第一五条の構成要件は、前述のように、制限的に規定されている。すなわち、事案が通常の準拠法とわずかの関係だけを有していること、事案が他の法とはるかに密接な関係を有していること、このような状況がすべての事情から明白であること、これらすべての要件を充たした場合に、かつ「例外」的にのみ、通常の連結点が修正されるのである。

しかし、IPRG第一五条のような一般条項について、適用例を厳密に予測することは不可能であろう。それゆえにこそ、報告書および理由書も、考慮されるべき要素だけを掲げたのであった。しかし、このような考慮されるべき要素は、学説において争われている。そこで、以下では、まず報告書および理由書に掲げられた考慮されるべき要素、次に報告書および理由書には入れられなかったフィッシャーが提案していた要素、最後にその他の要素を見てゆきたい。

まず報告書および理由書に掲げられた要素のうち、他の法とのより密接な関連は、争われていない。⁽²⁴⁾これは、更に、別の法に従う他の法律関係への密接な従属（以下では従属関係という）、および場所的または時間的観点における通常の連結点の孤立化（以下では単に孤立化という）に分けられる。

従属関係の例は、すでに引用した一九六八年一〇月一日の連邦裁判所判決を始め、とりわけ契約法の事例において見

られるところである。⁽²⁴⁾しかし、学説は、人事・家族・相続法の分野においても、このような従属関係は存在しうるとする。例えば、デュプラーによると、妻の書面による同意(フランス民法第四九四条)なく、夫がスイスにおいて締結した保証契約の有効性は、婚姻の効力に従属しうるとされ、また戸籍上の父との親子関係の否認は、真実の父との親子関係の確認または認知に従属しうるとされる。⁽²⁵⁾更に、フォン・オーヴァーベックによると、相続は夫婦財産制に従属しうるとし、逆に夫婦財産制は、相続に従属しうるとも言えよう。⁽²⁶⁾ところで、これらの問題は、むしろ法律関係性質決定として、論理的には、一般例外条項の適用の前に解決されるべきであるかもしれない。しかし、デュプラーによると、一般例外条項の事前適用によって、このような法律関係性質決定の問題を回避することができるといっているのである。⁽²⁶⁾

他方、孤立化に関しても、まず契約法の例が挙げられる。フィシャーが引用する一九五二年六月一〇日の連邦裁判所判決によると、本件金銭消費貸借契約においては、貸主はスイス人であり、その家族は、一九四五年以来スイスに住所を有していた。本件契約は、西ドイツにおいて締結されたが、貸主がそこに住所を有していたのは(ZGB第二四条第二項)、⁽²⁶⁾以前に住んでいたポーランドから引き上げた財産をドイツ・マルクに換えていたために、生活必需品の購入をドイツでしか行いえなかったからにすぎない。他方において、借主も西ドイツに滞在していたものの、当時すでにスイスへの入国許可を申請しており、それは後に取得した。それゆえ、両当事者は、当初よりスイスにおける貸金の返還を予定していたに違いなく、また現に、その趣旨の合意が後に行われた。これらすべての事情を考慮するならば、ドイツとの関係は偶然的なものにすぎず、密接な場所的關係は、むしろスイスとの間に存在すると言えよう。このように述べて、連邦裁判所は、特徴的給付の理論によるならば、貸主の契約締結時の住所地法であるドイツ法が適用されるべき本件において、スイス法を適用したのである。⁽²⁷⁾

これに対して、デュプラーは、不法行為における例として、一九七三年五月二日の連邦裁判所判決を挙げている。本

件においては、事故発生地は、フランスであつたが、車に同乗していた両当事者は、スイス人であり、スイスに住所を有していた。車は、スイス・ナンバーであり、また、スイスの保険に入つていた。しかも、フランスは、単なるヴァカンスの地にすぎなかつた。従つて、このような状況の下では、不法行為地であるフランスとの関係は孤立化しており、より密接な関係を有するスイス法が適用されるべきであるといふのである。⁽²⁸⁾しかし、IPRGの範囲内で考えるならば、このようなケースは、すでに第一三三條第一項によつて解決されていることに注意を要する。⁽²⁹⁾

次に、報告書および理由書に掲げられた要素の残り二つ、すなわち当事者の期待および矛盾した結果の回避については、学説において大いに争われている。このうち、当事者の期待に関しても、やはり契約法の例がまず挙げられる。すなわち、ディエツイが引用する一九五〇年三月七日の連邦裁判所判決によると、スイスの企業間において締結された南米における代理商契約は、OR第四一八b條第二項の解釈によるならば、契約履行地法に従うべきであつた。しかし、契約の履行地が南米のすべての国に及んでいるのに対して、当事者は、契約を単一の法に従わせることを期待していると推定されるので、例外が認められるべきである。そして、このような単一の準拠法は、両当事者の設立準拠法・契約締結時の本店所在地法・契約締結地法であるスイス法以外には考えられないので、結局、スイス法が適用されると判決した。⁽³⁰⁾

しかし、これに対しては、当事者の期待は、一般例外条項の適用に際して、考慮されるべきではないとする批判がある。なぜなら、このような主観的要素の重視は、当事者自治が認められていない分野において、客観的連結を空洞化する虞があるし、⁽³¹⁾また、当事者自治が認められている分野においても、仮定的当事者意思は考慮されないからである。⁽³²⁾他方において、報告書の記述からは、当事者の期待は、客観的に認識しうる限りで考慮されるようにも読み取れるが、⁽³³⁾しかし、客観的な予見可能性は、まさに通常の抵触規定を適用することにより、保証されうるとの批判がある。⁽³⁴⁾

更に、報告書は、当事者の期待保護の例として、当事者が予期していなかった準拠法の変更を挙げているが、これに對しても、このようなケースは、すでにIPRGにおいて、十分に規定されているとの批判がある(第五五条、第六九条、第九〇条第二項)⁽⁸⁰⁾。また、一般的に言っても、準拠法の変更による不都合な結果は、通常の抵触規定の解釈によって是正されるべきであり、一般例外条項の適用を必要としないとも主張されている⁽⁸¹⁾⁽⁸²⁾。

続いて、報告書は、矛盾した結果の回避として、先決問題および調整問題を挙げている。しかし、先決問題に對しては、それは通常の抵触規定の確定の問題として、一般例外条項の適用の前に解決されるべきであるとの批判がある。また調整問題に對しては、それは実質法のレベルに属する問題として、一般例外条項の適用範囲から除外される⁽⁸³⁾。これに對して、先決問題については、法律関係性質決定の場合と同様に、一般例外条項の事前適用により、この問題を回避できる可能性があるとの見解も見られる⁽⁸⁴⁾。

報告書は、更に、当該法律関係に密接な関係を有する国の解決と一致した判決を挙げ、これが反致と同じ結果に至るとする。しかし、一般例外条項に反致のケースを含めるべきか否かは争われている。これを肯定する見解は、IPRG第一四条に該当しないケースにおいても、一般例外条項によって反致を認めることは可能であると主張する⁽⁸⁵⁾。しかし、これに對して、反致は、IPRG第一四条によつてのみ規律されるべきであり、第一五条によつて拡大されるべきでないとの批判がある⁽⁸⁶⁾。

次に、報告書および理由書から削除されたフィッシャーが提案していた要素を見ていく。第一に、フィッシャーは、当事者の期待の中に、ある法の下において有効に成立した法律行為の効力維持を含めていた。これは、既得権の保護と言いつてもよいであろう。そして、これを支持する見解もある⁽⁸⁷⁾。しかし、既得権成立の根拠となつた法が必ずしも事案と最も密接な関係を有しているとは限らないので、これをすべて一般例外条項の中に含めることには、抵抗が見られる⁽⁸⁸⁾。

第二に、矛盾した結果の回避には、他国が事案の規制を欲し、かつ事実上の執行力を有している場合における自国法の後退の可能性が特に挙げられていた。例えば、相続人不在の場合における国家の無主物に対する主権的請求権と相続にもとづく請求権との対立、もしくは物権の準拠法と相続の準拠法の対立が考えられる。⁽²⁰⁶⁾しかし、これは、特にその他の調整問題と区別して取り上げる必要がないために削除されたものと思われる。

第三に、公序およびハード条項がある。しかし、公序条項に関しては、報告書および理由書自体が一般例外条項とは根本的に異なる」と述べている。すなわち、一般例外条項においては抵触法的考慮が、公序条項においては実質法的考慮が前面に出ているというのである。⁽²⁰⁶⁾更に、デュプラーは、より詳細に両者の違いを分析してみせる。すなわち、例外条項は、通常の準拠法が確定した段階において適用されるのに対して、公序条項は、準拠法の内容が確定した後適用される。例外条項は、連結点を是正するのに対して、公序条項は、実質法の適用結果を問題にする。例外条項は、外国法を排除するだけでなく、内国法をも排除するが、公序条項は、外国法だけを排除する。例外条項は、準拠法の全体を排除するのに対して、公序条項は、公序に反する規定だけを排除する。例外条項は、当事者の法選択がある場合を始め、その他にも適用範囲が限定されているのに対して^(後述III 4)、公序条項は、国際私法の全分野において適用しうる。従って、公序条項と例外条項とは、全く異なる⁽²⁰⁷⁾と言うのである。

最後に、その他の考慮すべき要素として提案されているものを見ておく。第一に、法律関係性質決定の問題があるが、これに関しては、すでに従属関係および先決問題に関連して述べたように、一般例外条項の事前適用によって、法律関係性質決定の問題を回避することができる⁽²⁰⁸⁾とする見解と、一般例外条項はあくまで通常の抵触規定が確定した後適用されるべきであるとする見解が対立している。⁽²⁰⁹⁾

第二に、法廷地法および第三国法の強行規定の適用ないし考慮を、一般例外条項の一場合とみる見解がある。これに

よると、IPRG第一八条および第一九条は、第一五条に対して特別法の関係に立つ⁽²¹⁾。しかし、これに対しては、公序を含めることに對する批判と同様に、少なくともIPRG第一五条の一般例外条項は、抵触法的考慮に基づくものであり、第一八条および第一九条は、実質法的利益を考慮したものであると言えよう。従つて、両者は区別すべきである⁽²²⁾。

第三に、一般例外条項は、IPRGが特に別段の規定を置いていない限り、すべての総論上の問題を扱うことができるとする見解もある⁽²³⁾。これによると、指定の範囲(第一三条)・反致(第一四条)・外国法の証明および不明(第一六条)・公序の消極的および積極的機能(第一七条)・第一九条)は、特別の規定があるため除外されるが、その他の問題は、すべて含まれることにならう。しかし、特に規定されていない総論上の問題の中でも、調整問題のように実質法上の考慮に基づくものは、前述の学説の傾向からみると、除外されるように思われる。また、準拠法の変更のように、通常の抵触規定の解釈によつて処理しうるものも除外されよう。更に、当事者の期待や既得権の保護などは、それを全面的に考慮することに、そもそも抵抗があると言えよう。これとは逆に、反致のように、制限的に規定されている問題については、規定の範囲外において、一般例外条項がそれを扱う可能性も認められるかもしれない。その他に、法律関係性質決定や先決問題のように、部分的に取り扱うことが可能とされている分野もある。従つて、一般例外条項は、一定の限度において国際私法総論上の問題を整理することができるかもしれないが、すべての問題を扱うことは、そもそも不可能であるし、国際私法の発展のためになるとも思われない。

(21) ノイハウスは、これだけが第一五条の一般例外条項に該当すると主張する。Neuhaus, a. a. O., Anm. (197), S. 287. 同様の見解として、Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 14.

(22) BG I. 10. 1968, BGE 94 II 335. Vgl. auch BG 5. 3. 1974, BGE 100 II 34. 前者については、前述 III 2 参照。後者については、前述・注 (20) 参照。V. aüssi Dubler, op. cit., n. (219), p. 109; Dietzi, a. a. O., Anm. (214), S. 64.

- (243) Dubler, op. cit., n. (219), p. 51, 109, 135. 前述III 2のチューリッヒ高等裁判所判決参照。
- (244) von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 120 ss., 191.
- (245) Dubler, op. cit., n. (219), p. 133 ss.
- (246) 前述II 3参照。すなわち、外国(ポーランド)において取得した住所が放棄されて、いまだスイスに新しい住所を取得していない事例であり、この場合には、西ドイツにある居所をもって住所とされる。
- (247) BG 10. 6. 1952, BGE 78II 190, S. 191 f. Vgl. Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 76, Fn. 57. Vgl. auch BG 23. 9. 1941, BGE 67II 215. 前述・注(219)参照。
- (248) BG 2. 5. 1973, BGE 99II 315, S. 319. V. Dubler, op. cit., n. (219), p. 108. 但し、連邦裁判所は、当事者の正当な期待が共通住所地法への連結を正当化すると述べている。
- (249) I P R G第一三三三條第一項によると、加害者と被害者が同一国に常居所を有する場合には、共通常居所地国の法が適用される。また同第一三三三條によると、当事者は、加害事実の発生後いつでも、法廷地法の適用を合意することができる。ちなみに、前注の連邦裁判所判決は、このような不法行為における法選択の可能性については、本件の場合、客観的連結によっても結論が同じであるとして、未解決のままにしていた。BGE 99II 315, S. 317 f.
- (250) BG 7. 3. 1950, BGE 76II 45, S. 48. Vgl. Dietzi, a. a. O., Anm. (214), S. 62 f. ティエヒツは、更に、BG 18. 12. 1951, SJIR (1953) 346, S. 348を挙げる。本件は、スイス人間の雇用契約に関するものであったが、労務給付地はアジス・アベバであった。しかし、連邦裁判所は、当事者がアジス・アベバの法など全く知らないし、後に本国に帰ることが予定されていたとして、スイス法を適用した。フィシャーも、本件を引用して、I P R G第一五條の適用に際しては、当事者の期待が考慮されるべきであると再び主張している。Vischer, op. cit., n. (199), p. 15.
- (251) Dubler, op. cit., n. (219), p. 96; Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 18 f. 但し、クロイツァーは、以前には当事者の期待が例外条項の適用を正当化しようとしていた。K. Kreuzer, Berichtungsklauseln im internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Imre Zairay (1982), S. 328.
- (252) von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 191. 報告書および理由書が、契約の準拠法に関するI P R G第一一六條第二項について、これを照準して。Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 146; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 217.

- (23) Vgl. auch Vischer, a. a. O., Anm. (212), S. 60 f.
- (24) Dubler, op. cit., n. (219), p. 95 ; Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 19.
- (25) Dubler, op. cit., n. (219), p. 113 ; von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 191 ; Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 19.
- (26) Dubler, op. cit., n. (219), p. 111 ss., 139 ss. 前記Ⅲ 2 のメモリーリットと高等裁判所判決参照。
- (27) 更に、当事者が期待していた法定地の抵触法と異なった結果を導く抵触法を持った法定地における訴訟が何を意味するのは明らかでない。この場合に外国の抵触法を考慮すべきであるというのであれば、それは反致を意味するのであろうか。
- (28) Knoepfler, op. cit., n. (235), p. 121 ; Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 20.
- (29) Dubler, op. cit., n. (219), p. 157 ; Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 20.
- (30) Dubler, op. cit., n. (219), p. 123 s. ; von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 191.
- (31) Dubler, op. cit., n. (219), p. 119 ; Schwander, a. a. O., Anm. (9), S. 74 ; Keller/Siehr, a. a. O., Anm. (69), S. 475 ; F. Vischer, in : Freiburger Kolloquium über den schweizerischen Entwurf zu einem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (1979), S. 76 ; Vischer, op. cit., n. (199), p. 20 s. ; von Overbeck (Travaux), op. cit., n. (96), p. 81 ; ders., a. a. O., Anm. (37), S. 333 ; von Overbeck, op. cit., n. (48), p. 561.
- (32) Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 17 f. ; Knoepfler, op. cit., n. (235), p. 121 ss. ; Bucher, a. a. O., Anm. (197), S. 56 Fn. 29.
- (33) F. Rigaux, Referat, in : Freiburger Kolloquium, a. a. O., Anm. (261), S. 83.
- (34) von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 192 ; Dubler, op. cit., n. (219), p. 118. V. aussi von Overbeck, op. cit., n. (48), p. 561.
- (35) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 76.
- (36) Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 64 ; Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 46, 51.
- (37) Dubler, op. cit., n. (219), p. 159 s.
- (38) ハード条項に関しては、フイシャーおよびテイエツィ以降、特にその導人を主張する見解は、スイスにおいて見出たらない。テイエツィの提案については、前記・注(24)参照。
- (39) Dubler, op. cit., n. (219), p. 133 ss. V. aussi von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 192 ; Rigaux, a. a. O., Anm. (263), S.

- (20) Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 20 ; Knoepfler, op. cit., n. (235), p. 121 ; Bucher, a. a. O., Anm. (197), S. 63 Fn. 45.
(21) Bucher, a. a. O., Anm. (197), S. 58.
(22) Dubler, op. cit., n. (219), p. 161 ; von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 192.
(23) Rigaux, a. a. O., Anm. (263), S. 83.

4 IPRG第一五条の適用対象

以上のような一般例外条項の機能に関する考察から、IPRG第一五条によって連結点は正の対象となる抵触規定は、そもそも最初から一定の範囲に限定されているとする見解が多い。しかし、いかなる範囲で限定されるかに関しては、争いがある。そこで、これを次に見てゆきたい。

第一に、IPRG第一五条第二項は、「法選択がある場合」について、一般例外条項が適用されないとする。これは、前述のように、試案第一四条に対する批判を受け入れたものである。すなわち、IPRGにおいて法選択が認められている場合には、選択された法が事案と最も密接な関係を有していることは、最初から要求されていない。従って、選択された法を事後的に一般例外条項によって、より密接な関係の法と取り替えることは、全く当事者自治の趣旨に反するものであろう。それゆえ、第一五条第二項は、当然の事を明らかにしたにすぎない。⁽²⁶⁾

第二に、契約の客観的連結に関する第一一七条のように、最も密接な関係それ自体を連結点とする抵触規定は、論理的にそれ以上の密接な関係というものを考えることはできないから、一般例外条項の適用を受けないと主張されている。⁽²⁶⁾しかし、第一一七条に関しては、前述のように、まず第一項と第二項の関係を明らかにしなければならぬ。すなわち、第一一七条第二項によると、最も密接な関係は、特徴的給付を行う当事者の常居所地国または営業所所在地国に

存在すると「推定」されている。そして、この推定を覆すために、当事者の主張・立証を要するといふのであれば、裁判所は、このような硬直的な抵触規定を修正するために、一般例外条項の適用を必要とするであろう。これに対して、第一一七条第一項による修正が裁判所の職権によって行われるのであれば、一般例外条項の適用は必要ないであろう。^(四)

但し、後者のように解したとしても、第一一七条第一項による修正機能が第一一八条から第一二二条までの一定の契約類型に関する特別規定にまで及ぶと解することは困難である。なぜなら、条文の構成から、第一一八条以下の規定は、第一一七条全体に対して特別規定の關係に立つと考えられるだけでなく、内容的にも、第一一八条は、有体動産の国際的売買に関する一九五五年六月一日のハーグ条約を指定しており、また第一一九条から第一二二条までは、それぞれ不動産・消費者契約・労働契約・無体財産権に関する契約について、特徴的給付の理論に基づかない規定を行っているからである。^(五)従って、第一一九条から第一二二条までは、むしろ第一五条の一般例外条項によって修正されうると解され、また第一一八条は、第一条第二項により、そもそもIPRGのすべての規定に対して優先する。^(六)

第三に、択一的連結・補充的連結・弱者保護などのように、実質法的価値判断を反映した抵触規定も、当事者自治の場合と同様に、指定された法が事案と最も密接な關係を有することを必要としないので、一般例外条項の適用を受けないと主張されている。すなわち、これらの抵触規定に対して一般例外条項を適用するならば、法律關係の容易な成立・弱者保護などの法目的が達成されなくなるというのである。^(七)しかし、これに対して、これらの法目的を阻害しない範囲で、一般例外条項を適用しようとする見解も見られる。^(八)

最後に、IPRG第一第二項により、条約にもとづく抵触規定は、IPRGのすべての規定に対して優先するので、当然の事ながら、第一五条の適用を受けない。^(九)これに対して、条約自体における例外条項としては、まず一九八〇年六月一九日の契約債務關係の準拠法に関するEC条約第四条第五項および第六条第二項が知られているが、更に、相続の

説
論
準拠法に関する一九八八年一月二〇日のハーグ条約において、例外条項が導入されたことは注目に値する（第三条第三項）⁽²⁶⁾。しかし、スイスが現在までに批准した条約においては、例外条項が見られないので、条約にもとづく抵触規定については、⁽²⁶⁾ 例外的事案においても、通常の連結が維持されることになるであろう。

(274) Dubler, op. cit. n. (219), p. 78 s.; R. Moser, *Methodologische Fragen und ihre Beantwortung im Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz*, in: *Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1981* (1981), S. 333; von Overbeck (Rabelsz), a. a. O., Anm. (96), S. 609 ff. 前注・注 (26) 参照。

(275) 但し、ZUG第二条の適用可能性は否定されていない。それによると、「何人も、権利の行使および義務の履行に際しては、信義および誠実にもとづいて行動しなければならぬ。明白な権利の濫用は、法的な保護を受けない。」それ故、報告書および理由書によると、「契約における法選択は、明らかに恣意的であり、かつ単なる技巧にすぎないと判断されるべき場合には、ZUG第二条により否定される可能性がある。」*Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 14 f.; Schlussbericht, a. a. O., Anm. (7), S. 215.* これは、他の法選択にも当てはまるであろう。前注II 0参照。

(276) Moser, a. a. O., Anm. (274), S. 332 f.; Schwander, a. a. O., Anm. (223), S. 94 f.

(277) V. aussj Dubler, op. cit. n. (219), p. 87. 但し、デュブラーは、これを草案第一一四条第二項（現第一一七条三項）と草案第一一四条第一項（現第一一七条第一項・第二項）との関係として述べている。

(278) Schwander, a. a. O., Anm. (223), S. 89.

(279) Vgl. auch Schwander, a. a. O., Anm. (223), S. 95. 理由書は、まさに第一二〇条について、「第一五条適用の可能性を述べている。例えば、消費者が自ら売主の営業所所在地に赴き、そこで当該国の法規を知りながら、売主と契約を締結した場合が、それに当たることを。」*Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 152.* しかし、このような事案は、そもそも第一二〇条の要件を充たぬであろう。

(280) Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 15 f. フォン・オーヴァーベックも「択一的連結および弱者保護に関して、同意見である。」*von Overbeck (Traveaux), op. cit. n. (96), p. 82.* 更に、フォン・オーヴァーベックによると、「択一的連結が例外条項

の適用を受けないことは、専門委員の間では、当然と考えられていたとのことである。von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 190. また、クロイツァーおよびブーハーは、涉外実質法も例外条項の適用を受けないとする。Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 15; Bucher, a. a. O., Anm. (197), S. 53 Fn. 25.

(281) Dubler, op. cit., n. (219), p. 76 ss. デュブラーは、更に、特別留保条項および第三者保護の規定にも第一五条が適用されることを主張する。Vgl. auch Schwander, a. a. O., Anm. (9), S. 83 前述・注 (279) 参照。また、択一的連結については、Vgl. auch Bucher, a. a. O., Anm. (197), S. 53 Fn. 25.

(282) Dubler, op. cit., n. (219), p. 32; Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 16.

(283) 契約の客観的連結に関する同条約第四項第五項第二文は、次のように規定する。「契約が他の国とより密接な牽連関係を示すことが事情全体から明らかとなる場合には、第二項、第三項および第四項による推定は行わない。」また、労働契約に関する第六条第二項は、次のように規定する。「第四条の規定にかかわらず、第三条による法選択がない場合には、次のいずれかの法が労働契約および労働関係に適用されるものとする。……但し、労働契約または労働関係が他の国とより密接な牽連関係を示すことが事情全体から明らかとなるときは、この限りでない。このときには、当該他国の法が適用されるものとする。」以上は、ドイツ語の条文によった。

(284) 相統準拠法の段階的連結に関する同条約第三条第三項は、次のように規定する。「その他の場合には、相続は、被相続人が死亡の時点において国籍を有していた国の法による。但し、被相続人が死亡の時点において、国籍を有していた国以外の国とより密接な関係を有していたときには、かかる国の法が適用されるものとする。」

(285) デュブラーは、二国間条約における例外条項として、一九三四年四月二五日のスイス・イラン友好条約第八条第三項を挙げるが、疑問である。それは、次のように規定している。「人事、家族および相続の法については、他方当事国の領土内にいる各当事国の出身者は、その本国法の規定に服するものとする。かかる法は、当該当事国において本国法の不適用がすべての外国人について一般的に行われている限りで、例外的にのみ、適用されないものとする。」Dubler, op. cit., n. (219), p. 45.

5 IPRG 第一条の効果

第一条の一般例外条項は、その規定の文言からも分かるように、個別の事案において、例外的に通常の準拠法の適用を排除するにすぎない。すなわち、その直接的な効果は、当該事案限りのものである。しかし、報告書および理由書も示唆するように、一般例外条項適用の事例が積み重なることによつて、新しい抵触規定を形成することも可能である。⁽²⁸⁾

報告書および理由書は、更に、ZGB 第一条第二項を引用して、例外条項が実務によつて、「立法的方法」にしたがい具体化されるであろうと述べている。⁽²⁹⁾そして、そのZGB 第一条第二項によると、法の欠缺の場合には、裁判官は、「立法者であったとしたならば」定立したであろう規則にしたがい、判決すべきであるとされている。⁽³⁰⁾従つて、裁判官は、一般例外条項の適用に際しては、当該事案限りの解決だけではなく、現行法の体系全体からみて、将来の事案にも適用することができると定立することが求められているのである。⁽³¹⁾

他方において、一般例外条項には、濫用の危険も存在している。例えば、一般例外条項は、本来、外国法の適用を排除するだけでなく、内国法の適用をも排除する可能性を有しているが、⁽³²⁾すでに一般例外条項の先例とされる判決においても見られたように、裁判所がこれを内国法の適用のためのみ適用する危険も否定し難い。⁽³³⁾また、裁判所があまりにも頻繁に一般例外条項を適用するならば、IPRG の立法それ自体の存在意義が危ぶまれるであろう。⁽³⁴⁾しかし、もし一般例外条項が存在していなかったならば、裁判官は、不当な結果を回避するために、法律関係性質決定・反致・公序などの総論上のその他のテクニクを使わざるをえないであろう。⁽³⁵⁾そこで、一般例外条項は、これらの疑わしい「自己発見的な補助手段」の使用を回避して、「方法的誠実」を実現するためにも、必要とされるのである。⁽³⁶⁾

- (287) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 48 ; Schlussbericht a. a. O., Anm. (7), S. 28.
- (287) Botschaft, a. a. O., Anm. (7), S. 48 ; Schlussbericht a. a. O., Anm. (7), S. 29, 60.
- (288) ZUB第一条全体については、前述・注(284)参照。
- (289) A. E. von Overbeck, Some observations on the role of the judge under the Swiss Civil Code, Louisiana L. R. (1977), p. 690.
- (290) 前述III³、公序条項との比較参照。
- (291) Dubler, op. cit., n. (219), p. 101 s. ; Knoepfler, op. cit., n. (235), p. 128 ; von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 190. 前掲III 2のNAG第八条第三項に関する連邦裁判所判決参照。しかし、契約に関する判例においては、必ずしも、そのような傾向は見られない。前述・注(219)参照。
- (292) 意見表明においても、このような規定が立法と矛盾するのではないかとの指摘があった。Stellungnahmen, a. a. O., Anm. (33), S. XXX (Uni Lausanne, SPS), 48 (Vaud et Uni Lausanne). フォンシヤーム、すでに一九七一年の報告において、立法が単なる指針となっていて、むしろ危険を指摘している。Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 77.
- (293) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 77. V. aussi von Overbeck, op. cit., n. (208), p. 207.
- (294) Vischer, a. a. O., Anm. (22), S. 77.
- (295) Bucher, a. a. O., Anm. (197), S. 46.

おわりに

属人法の決定基準として、本国法主義および住所地法主義は、いずれも、それぞれに根拠があり、いずれが優れているかを判断することは困難であるとされてきた。それ故、最近の国際私法改正の動向においても、結局は、旧法の伝統を原則として維持していると評価することが可能であろう。しかし、人事・家族・相続法の分野における最も密接な関係の法として、住所地法ないし常居所地法は、現実の生活関係の中心が存在する国の法であるから、より国際私法の基

本理念に忠実であると言えよう。また、安定性および明白性の観点からも、ここでいう住所ないし常居所は、実質法上の住所と異なり、国境を越えて変更された場合に初めて、法的な意味を持つわけであるから、属人法の適格性に欠けるとは言い難いであろう。我々は、これらの点で、スイスの新しい国際私法に注目しなければならぬ。

IPRGは、更に、住所地法主義をドグマとして、押しつけているわけではなく、以上において見てきたように、一定の範囲において、本国法の適用も認めている。しかし、それは、従来のスイス国際私法に対する誤った認識、すなわち在留外国人に対しては住所地法主義、在外スイス人に対しては本国法主義⁽²⁹⁾、というような図式とは、厳格に区別されるべきである。なぜなら、IPRGにおいては、在留外国人に対しても、一定の範囲で本国法の適用が認められているし、また在外スイス人に対する本国法の適用は抑制されているからである。

他方において、IPRGは、従来の国際私法立法の形式に变革を迫るものである。それは、一言でいえば、方法論における誠実さである。第一に、国際的管轄、準拠法および外国判決・決定の承認は、それぞれ密接に関連していることが認識されているながらも、それを立法に反映させた例は、IPRG以外に見当たらない。すなわち、これらは、互いに密接に関連して、規定されるべきことが明らかに became と思われる。第二に、例外的事案は、すべてが国際私法の総論に委ねられるべきではなく、可能な限り、個々の条文において、明白に規定されるべきである。それは、法的安定性に寄与するばかりでなく、分かり易い立法のためにも必要とされるのである。⁽³⁰⁾ 第三に、国際私法立法は、決して完璧なものでありえず、それ故、いかに詳細な規定を行おうとも、将来における新たな例外的事案に備えた非常措置が必要である。IPRGにおいては、それは、緊急管轄に関する第三条および一般例外条項に関する第一五条に見られる。

しかし、とりわけ一般例外条項については、以上のような学説の状況を見る限り、決して過大な期待が抱かれているわけではない。むしろ、IPRGの構造自体がそれほど例外条項の適用を必要としないと言えよう。⁽³¹⁾ 例えば、人事・

家族・相続法の分野においては、最も密接な関係の法として住所地法主義が基本に据えられているし、また、例外的状況は、すでに詳細な明文の規定によって解決されている。すなわち、一般例外条項は、このような詳細な規定の延長線上に存在するわけであり、それ無くしては、IPRGにおいて立法化されなかつたであろう。⁽³⁰⁾

以上は、IPRGの基本理念に重点を置いて、総括を試みた。もちろん、IPRGも、スイスにおける様々の利害の対立から、妥協を余儀無くされた面は多々ある。例えば、身分の問題におけるスイス法への反致を認めた第十四条第二項は、その典型であろう。しかし、それにもかかわらず、全体としてのIPRGの構造は、その理念を実現するに適したものであると言えよう。今後は、その運用に期待が寄せられるのである。

(296) Siehr, a. a. O., Anm. (144), S. 194 ff.

(297) Kegel, a. a. O., Anm. (66), S. 278.

(298) もちろん、詳細な規定方法にも、一定の限界が存在する。例えば、IPRGにおける住所および常居所の使い分けは、厳密に計算されたものであるが、しかし、人事・家族・相続法と財産法、準拠法と管轄、これらの間では、その持つ意味は、当然、異なってくるのが予想されるのである。前述II 3参照。

(299) 但し、一部の学説に見られるように、一般例外条項が法的安定性を害するという批判に対して、過剰反応を示し、IPRGがまだ発効していない段階から、予め適用の可能性を極度に制限しようとする⁽³⁰⁾ことには、疑問を感じる。Vgl. bes. Kreuzer, a. a. O., Anm. (235), S. 21 ff.

(300) 他方において、従来の契約法に関する判例は、現在のIPRG第一五条と区別すべきものであるが、IPRG第一五条がその精神を受け継いでいることだけは、間違いない。それ故、我々は、たとえ明文の一般例外条項を持っていなくても、不文の例外条項を見出すことが可能であろう。すなわち、IPRG第一五条のような規定だけが、例外条項のあるべき姿であると結論づけるのは、まだ早過ぎるのである。

Grundlegende Probleme des schweizerischen IPR-Gesetzes

Yasuhiro OKUDA*

Einleitung

I Notwendigkeit zur Gesetzgebung

1. Problematik des NAG – 2. IPR-Bestimmungen in den Entwürfen zum ZGB – 3. Entstehungsgeschichte des IPRG – 4. Bestimmende Faktoren zur Gesetzgebung

II Personalstatut

1. Der vergangene und gegenwärtige Zustand der Inlandsausländer und der Auslandsschweizer – 2. Prinzipien des IPRG – 3. Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt – 4. Staatsangehörigkeit – 5. Domizilprinzip – 6. Spezielle Vorbehaltsklausel – 7. Kaskadenanknüpfung – 8. Alternative Anknüpfung – 9. Subsidiäre Anknüpfung – 10. Beschränkte Parteiautonomie – 11. Favor negotii – 12. Schutz der Auslandsschweizer – 13. Renvoi

III Allgemeine Ausnahmeklausel

1. Entstehungsgeschichte – 2. Tradition in der schweizerischen Rechtsprechung und dem NAG – 3. Elemente, die bei der Anwendung des Art. 15 IPRG zu berücksichtigen sind – 4. Gegenstände des Art. 15 IPRG – 5. Wirkungen des Art. 15 IPRG

Schlußwort

Das schweizerische IPR war früher nur teilweise im Bundesgesetz vom 25. 6. 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG) geregelt und beruhte sonst überwiegend auf der Rechtsprechung. Das neue Bundesgesetz vom 18. 12. 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) ist ein großes Werk von 200 Artikeln einschließlich des internationalen Zivilprozeßrechts. Diese schweizerische Gesetzgebung ist in Japan wie in den anderen Ländern schon seit der Veröffentlichung der Entwürfe sehr bekannt und sehr oft erwähnt worden. Ein umfassendes Studium des Schweizerischen IPRG befindet sich jedoch bisher noch nicht bei uns. Dieser Aufsatz versucht diese

*a. o. Professor, Universität Hokkaido.

Lücke auszufüllen.

Die Notwendigkeit der Gesetzgebung (I) ist schon deswegen klar, weil das NAG lückenhaft ist. Die Argumente, daß die nationale Gesetzgebung entweder die internationale Rechtsvereinheitlichung oder die flexible Gerichtsentscheidung stören kann, sind zurückgewiesen worden. Eine umfassende Gesetzgebung des IPR entspricht dazu der überwiegenden Tendenz in Europa. Unter anderem ist die Frage des Personalstatutes, welche früher den IPR-Bestimmungen in den Entwürfen zum ZGB im Weg stand, jetzt im IPRG dahingehend gelöst, daß das Domizilrecht als Grundprinzip durchgesetzt werden soll.

Als das Personalstatut (II) ist jedoch nicht nur das Recht am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt, sondern auch das Heimatrecht in bestimmtem Umfang anwendbar. Dies ist in der Kaskaden-, alternativen und subsidiären Anknüpfung sowie der beschränkten Parteiautonomie konkretisiert. Der Schutz der Auslandsschweizer ist demgegenüber im IPRG zurückhaltender als im NAG. Der Renvoi wurde im Vorentwurf von 1978 grundsätzlich abgelehnt, soll jedoch seit dem Regierungsentwurf von 1982 für den Personen- und Familienstand insofern immer beachtet werden, als die ausländische Kollisionsnorm auf das schweizerische Recht verweist. Dies kann gegebenenfalls den Zweck der Kaskaden-, alternativen und subsidiären Anknüpfung gefährden.

Die allgemeine Ausnahmeklausel (III) im Art. 15 IPRG erregt auch in Japan Aufsehen. Sie stammt aus der Tradition in der schweizerischen Rechtsprechung und dem Art. 8 e Abs. 3 NAG. Im gegenwärtigen IPRG scheint sie jedoch nur selten zur Anwendung kommen. Denn die Ausnahmefälle sind im IPRG gut vorgeschrieben, und das anwendbare Recht auf einigen Gebieten ist vom Anfang an aufgelockert (z. B. objektive Anknüpfung des Vertrags). Art. 15 IPRG kann also nur die weiteren Ausnahmefällen regeln, die der Gesetzgeber nicht vorhergesehen hat.