



Title	国際私法立法における条約の受容
Author(s)	奥田, 安弘; OKUDA, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 41(2), 1-39
Issue Date	1990-12-14
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16759
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(2)_p1-39.pdf



国際私法立法における条約の受容

奥田安弘

目次

- 一 はじめに
- 二 最近の国際私法立法概観——西ドイツ・スイスを中心として
 - 1 条約優位原則の表明
 - 2 条約の個別指定——スイス方式
 - 3 条約のコピー——西ドイツ方式
- 三 国際法上の制限
 - 1 ハーグ国際私法条約
 - 2 EC 条約準拠法条約に関する EC 委員会の勧告
 - 3 EC 委員会の勧告に対する反論

4 EC委員会の勧告後における状況の変化

四 国際私法の立法政策上の問題点

- 1 スイス方式の長所・短所
- 2 西ドイツ方式の長所・短所

五 おわりに——わが国の法例における問題点

一 はじめに

周知のように、ハーグ国際私法会議は、一八九三年に発足して以来、多数の条約を成立させてきたが、それらの条約の性格は、第二次世界大戦を境として、様々の点で大きく異なっている。そのような相違点としては、戦後の加盟国数の増加、とりわけ英米法系諸国の加盟、閉鎖型条約から開放型条約への移行、相互主義の撤廃などが挙げられよう。^①

今、この最後の点に着目するならば、今世紀初頭に成立した婚姻に関する法律の抵触を規定するための条約（一九〇二年）、離婚ならびに別居に関する法律および裁判管轄の抵触を規定するための条約（一九〇二年）、夫婦の身分上の権利義務ならびに財産に及ぼす婚姻の効力に関する法律の抵触を規定するための条約（一九〇五年）、禁治産ならびに類似の保護手段に関する条約（一九〇五年）などは、いずれも当事者が締約国の国籍を有するか、または準拠法が締約国の法であることを条約適用の要件とする点において、いわゆる「相互主義」（Gegenseitigkeit）にもとづく条約であったが、戦後、とりわけ一九六〇年代以降の準拠法条約は、このような

要件を課していない。すなわち、条約の適用対象となった事項については、締約国は、事案が自国または他の締約国と関連しているか否かを問わないで、条約適用の義務を負うわけであり、その意味において、これらの条約は、いわゆる「普遍主義」(Allseitigkeit)にもとづく条約であった。⁵⁴⁾

他方、ハーグ条約の対象が国際私法の一部の事項に限定された現状において、各国は、国内法の整備を進めてきた。とりわけ、一九七八年のオーストリア、一九八六年の西ドイツ、一九八七年のスイスなどにおける包括的国際私法立法は、注目されるべきである。⁵⁵⁾

ところで、これらの諸国は、同時に、前述の「普遍主義」にもとづく条約、とりわけ遺言の方式の準拠法に関する条約(一九六一年)、扶養義務の準拠法に関する条約(一九七三年)などを批准していたので、これらの条約の対象となった事項については、全面的に条約適用の義務を負っている。すなわち、ある事項については、すでにハーグ条約にもとづく規律が行われており、他の事項については、独自の立法を行うことができる、このような条約と国内立法の共存状態においては、両者の調整が一つの争点として浮かび上がってくるのである。

以上のような問題点は、ハーグ国際私法条約の全締約国に共通しているはずであるが、とりわけ西ドイツおよびスイスにおいて議論を引き起こした。すなわち、これらの両国は、一方において、条約上の義務に忠実であろうとし、他方において、国内立法の体系をいかに維持するかに腐心したのである。そこで、本稿では、西ドイツおよびスイスを中心として、立法の概観・国際法上の問題点・国際私法の立法政策上の問題点を提示し、最後に、わが国の法例における問題点を指摘したい。

二 最近の國際私法立法概観——西ドイツ・スイスを中心として

1 条約優位原則の表明

わが国は、憲法九八条において、國際法規の遵守を一般的に規定しているが、法例においては、特に改めて条約との關係を規定していない。しかし、涉外的生活關係の規律という國際私法の任務に着目するならば、國際私法の統一は、論理的に必要不可欠であると言われてきたのであり、その点から國際私法條約の優位を強調しておく意義は、充分に存在しえよう。

現に、各国の國際私法立法においては、条約優位原則の表明がむしろ常態となっている。例えば、スイスの旧法（一八九一年）に始まり、エジプト（一九四八年）・クウェイト（一九六一年）・チェコスロバキア（一九六三年）・ポーランド（一九六五年）・東ドイツ（一九七五年）・ソ連（一九七七年）・オーストリア（一九七八年）・ユーゴスラヴィア（一九七九年）・ハンガリー（一九七九年）・トルコ（一九八二年）・ペルー（一九八四年）・西ドイツ（一九八六年）・スイス新法（一九八七年）などが挙げられる。これらの立法の文言は様々であるが、いずれも條約が国内立法に優先することを明らかにしている。

このような条約優位原則の表明は、一般論として、次のような実益が考えられる。第一に、憲法上、條約が国内法に對して劣後すると定められた国においては、國際私法條約に對して、国内法秩序における優先順位を新たに付与することになる。第二に、憲法上、條約と国内法が同一の効力を有すると定められた国においては、前法と後法の關係、一般法と特別法の關係などにより、優先順位が決定されることを妨げ、常に條約が優先することを明らかにする。第三に、

憲法上、条約が国内法に対して常に優先すると定められた国においても、その優先順位を確認し、条約の存在について、とりわけ裁判官の注意を喚起する意味を持ちうる。⁹⁾

以上のような理由から、条約優位原則の表明は、国際私法立法において明文で規定されることが、立法政策上望ましいと思われる。

2 条約の個別指定——スイス方式

一九八七年のスイス国際私法典（IPRG）は、一条二項において、条約優位の原則を表明している。したがって、普遍主義にもとづく条約のみならず、相互主義条約、更に実質法統一条約も、IPRGの規定に優先して適用される。¹⁰⁾

しかし、IPRGは、単に条約優位の原則を表明するだけでは満足しなかつた。すなわち、普遍主義にもとづく条約は、その適用対象となつた事項を扱つたIPRGの規定において、個別に指定された。例えば、「夫婦間の扶養義務は、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による」と規定されている（IPRG四九条）。同様の例は、親子間の扶養義務について、同じ一九七三年のハーグ条約が指定されているのを始めとして（同八三条一項）、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（同九三条一項）、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日のハーグ条約（同二八条一項）、道路交通事故の準拠法に関する一九七一年五月四日のハーグ条約（同二四條）について見られる。このような条約の個別指定は、スイスが普遍主義条約を批准をした以上、その該当事項については、もはや国内立法独自の解決を行えない、という国際私法統一に向けての協力的態度を示している¹¹⁾と同時に、裁判官に適切な情報を提供する必要があるとの配慮にもとづいている。

一方、相互主義条約は、その該当事項についても、相互主義の要件を充たす場合にのみ、適用を義務づけているので

あるから、同じ事項について、IPRGが条約と異なつた規定を置いていたとしても、何ら怪しむに足りない。しかし、IPRG六五条は、それにもかかわらず、離婚および別居の承認に関する一九七〇年六月一日のハーグ条約を可能な限り取り入れている¹⁵⁾。

更に、IPRGは、未成年者の保護における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について、相互主義の要件を撤廃したが、そのテクニクとしては、まず八五条一項において、「未成年者の保護に関するスイス裁判所または官庁の管轄、準拠法および外国の判決・決定または処分の承認」は、同条約によると定め、次に、同条二項において、「前項の条約は、成年者、スイス法によつてのみ未成年である者、または条約国の一に常居所を有しない者についても、準用される」ことを定めている。すなわち、ここでも、条約の個別指定の形式を取りながら、その場所的および事項的適用範囲の拡張を明示しているのである¹⁶⁾。

ところで、IPRGは、普遍主義にもとづく条約についても、その事項的適用範囲を拡張ないし確認している。すなわち、扶養義務の準拠法に関するハーグ条約は、「それが母による子の扶養および出生費用の償還請求権を規律しない範囲においても」準用され（八三条二項）、遺言の方式に関するハーグ条約は、「その他の死因処分の方式にも」準用され（九三条二項）、有体動産の国際的売買の準拠法に関するハーグ条約に対しては、消費者契約の準拠法に関するIPRG一二〇条の適用が留保されている（一一八条二項）。

第一に、九三条二項に関しては、ハーグ条約が遺言だけを対象としていることは明らかであるので、その他の死因処分、とりわけ相続契約も同様に規律することが望ましいと判断された¹⁶⁾。第二に、八三条二項に関しては、ハーグ条約が未婚の母からの前述のような請求に適用されるか否か、明らかでないため、条約の事項的適用範囲に関する争いを予防したものと評価することができる¹⁶⁾。第三に、一一八条二項に関しては、ハーグ国際私法会議自体が第一四会期において

行った解釈宣言を反映したものとされている。¹⁹ すなわち、同宣言によると、有体動産の国際的売買の準拠法に関するハーグ条約は、各締約国が消費者契約について独自の規律を行うことを妨げないものである。²⁰

更に、IPRGは、法性決定に関する疑義を避けるために、条文間の適用関係を明らかにする規定を幾つか置いているが、これらが同時に、条約の事項的適用範囲を拡張ないし確認している。すなわち、離婚または別居の保全処分、付随的效果および判決・決定の補充・変更に関する諸規定は、扶養義務の準拠法に関するハーグ条約を指定した四九条および八三条、ならびに未成年者保護における機関の管轄および準拠法に関するハーグ条約を指定した八五条の適用を留保している(六二条三項、六三条二項後段、六四条二項後段)。同様に、親子関係の効力に関する諸規定は、八五条の適用を留保している(七九条二項、八二条三項、八四条二項)。

第一に、扶養義務の準拠法に関するハーグ条約八条一項は、離婚をした夫婦間の扶養義務およびそれに関する判決・決定の変更については、当該離婚に適用された法によることを定め、同条二項は、法律上の別居および婚姻の取消または無効の場合について、これを準用している。したがって、前述のIPRGの諸規定は、これらの場合について、ハーグ条約八条一項の適用を確認する趣旨である。²¹ 第二に、未成年者保護に関するハーグ条約一五条は、両親の婚姻関係の無効・解消・緩和について管轄を有する機関が、同時に未成年の子の身上または財産の保護についても管轄を保持する旨の留保宣言を認めており、スイスは、従来、この留保宣言を行っていたが、IPRGの成立により、これを撤回することを予定していた。²² したがって、離婚または別居に関するIPRGの諸規定による八五条の留保は、当該ハーグ条約の事項的適用範囲の確認であり、また親子関係の効力に関する諸規定による八五条の留保も、一般規定に対する特別規定の優先的適用を確認したものである。²³²⁴

3 条約のコピー——西ドイツ方式

一九八六年に改正された民法典施行法（E G B G B）は、三条二項前段において、条約優位の原則を表明している。²⁵ すなわち、「国際法上の合意中の諸規則は、それらが直接適用可能な国内法となつていた場合に限り、本法の規定に優先する。」この「直接適用可能」という語は、きわめて多義的であるが、ここでは、差し当たり二つの意味が念頭に置かれている。第一に、条約の規定のうち、国家間の義務だけを創設するものは、当然に除かれる。²⁷ これらの規定は、そもそもE G B G Bとの優劣関係が問題となりえない。²⁸ 第二に、条約の規定が国内法上、法律と同じ効力を持つ場合に限られる。このような条約の国内法上の効力は、西ドイツにおいては、いわゆる「承認法」(Zustimmungsgesetz)により付与される。²⁹

ところで、少なくともハーグ国際私法条約に関しては、西ドイツは、このような国内法上の効力を否定したことはなく、また改めて条約の内容を取り入れた国内立法を制定したこともなかった。³⁰ ところが、今回のE G B G B改正に際しては、一九六五年に批准済みであった遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約³¹、更に批准が予定され、現にE G B G B改正法成立と同時に批准が承認された扶養義務の準拠法に関するハーグ条約³²が問題となつた。なぜなら、これらの条約は、いわゆる「普遍主義」にもとづいているため、³³ その対象事項については、国内立法の余地を残さないものであるが、他方において、E G B G Bの体系を維持するためには、遺言の方式および扶養義務の準拠法について、全く規定を欠くことは望ましくないと考えられたからである。³⁴ そこで、両者の要請を妥協させるため、これらの条約は、E G B G B三条二項という直接適用可能性を維持しながら、³⁵ 同時に、条約の内容を取り入れた規定、すなわちE G B G B一八条および二六条が置かれたのである。³⁶

一方、契約債務の準拠法に関する一九八〇年六月一九日のEC条約は、更に状況が複雑であつた。すなわち、西ドイ

ツは、同条約の批准を前提としながら、E G B G B改正の作業を進め、現に、E G B G B改正法と同時に承認法を制定したが、その時点において、同条約は、デンマーク（一九八四年）・フランス（一九八二年）・イタリア（一九八四年）・ルクセンブルク（一九八六年）により批准されていただけであり、その後、ベルギー（一九八七年）により批准されたものの、今日までまだ発効していない³⁸。しかも、これらの批准国のうち、ベルギー・デンマーク・ルクセンブルクは、すでに条約発効に先立ち、国内法上、条約の実質的内容を施行していた（詳細については、後述三・四参照）。そこで、西ドイツもまた、このような条約発効前の施行を目指したのであった。

西ドイツが採用した方法は、次のようなものであった。まず、一九八六年の条約承認法は、条約の直接適用可能性を否定した。すなわち、同法一条二項によると、「条約の一条ないし二一条に置かれた諸規定は、国内法上、直接に適用されない」というのである。したがって、E G B G B三条二項前段の適用はなく、契約の準拠法に関しては、同条約ではなく、E G B G Bの規定が適用される³⁹。次に、そのE G B G Bにおいては、同条約の内容に沿った規定が置かれたが、それらは、E G B G Bの体系との調和が図られた⁴⁰。このE G B G Bの体系との調和は、必ずしも明確に示されているわけではないが、おおそ次のようにまとめることができる⁴¹。

まず、E G B G B二七条ないし三七条（二章五節一款）は、一九八六年の条約承認法が直接適用可能性を否定した同条約一条ないし二一条のほとんどの規定を取り入れている。しかし、条約一条一項（涉外性）・二条（非締約国法の適用）・七条一項（第三国の強行法規）・一七条（条約の遡及効排除）・一九条二項（準国際私法関係への適用義務不存在）・二〇条（共同体法の優位）・二二条（他の条約との関係）は、全く除かれている。これらの規定のうち、条約七条一項の除外は、西ドイツが条約二〇条一項a号にもとづく留保宣言を行ったためである⁴²。

次に、条約から取り入れられたE G B G Bの諸規定を条約のドイツ語の正文と比較するならば、各所に文言の加除・

変更ならびに条文配列の変更が見受けられる。これらの詳細は、後に述べることにして、ここでは概略だけを見ておく。と、文言の加除・変更は、ほとんどすべての規定に及んでいる。とりわけ、E G B G B 三七条は、条約の適用除外事項に関する条約一条二項のうち、c号(有価証券)・e号(法人の内部関係)・f号(代理)ならびに三項および四項(E領域内における保険契約)を受容しているにすぎず、a号(自然人の能力)・b号(親族・相続法に関連した契約)・d号(仲裁・裁判管轄の合意)・g号(信託)・h号(証明および手続)が除かれている。条文配列に関しては、とりわけ契約の方式に関する条約九条一項ないし四項および六項が、法律行為の方式全体に関するE G B G B 一条一項ないし四項(二章二節)へ、権利能力および行為能力に関する条約一条が、契約の相手方保護に関するE G B G B 二条前段(二章二節)へ移された。また、公序に関する条約一六条は、E G B G B 六条(二章一節)に含まれていると解する他ない。

以上をみると、西ドイツは、同条約の趣旨および目的、すなわち契約準拠法に関する国際私法規定の統一よりも、むしろE G B G B の体系を優先させたかに見えるが、これに対しては、条約一八条の趣旨に沿ったE G B G B 三六条の存在が挙げられる⁴⁴。それは、条約一八条と文言が若干異なっているが、⁴⁵「統一的解釈」と題して、次のように規定している。「契約債務関係を規律する本章の規定の解釈および適用に際しては、その基礎となった契約債務の準拠法に関する一九八〇年六月一九日の条約(一九八六年連邦官報二巻八〇九頁)の諸規則が、締約国間において統一的に解釈および適用されるべきであることを、考慮しなければならない⁴⁶。これにより、他の締約国の言語による正文、他の締約国の判例などが考慮されることになる」と期待されているが、その実効性は、後述のように疑われている。

三 国際法上の制限

1 ハーグ国際私法条約

一般に、国内における条約の実施方法に関しては、それを規律する一般国際法上の原則が存在せず、各締約国がそれぞれの憲法の枠内において任意に決定することができるものと解されている¹⁷⁾。もちろん、条約自体が締約国の国内における条約の実施方法をあらかじめ規定することは可能であるが、少なくともハーグ国際私法条約において、このような規定を見出すことはできない。すなわち、従来のハーグ国際私法条約は、署名国の批准、受諾または承認を要求してきたが¹⁸⁾、それ以上に、条約の実施方法として、条約に直接的な国内法上の効力を与えるべきか、それとも条約の内容を取り入れた法律の制定によることも可能であるかについては、何も定めていない¹⁹⁾。

もちろん、各締約国は、自国について効力が発生した条約を履行する義務を負っているので(条約法条約二六条)、国内法を理由として、条約の不履行を正当化することはできない(同二七条)。しかし、条約上の義務違反は、あくまでも具体的な事件において、締約国の裁判所がハーグ国際私法条約の不適用または適用違背の結果を生じるような判決を下した場合などに問題となるにすぎず²⁰⁾、ハーグ国際私法条約の内容を取り入れたとされる法律が制定された段階では、これを判断しえないものと考えられる。すなわち、抽象的に、法律の個々の規定が条約違反であるか否かを言うことはできないのである²¹⁾。

2 EC 契約準拠法条約に関する EC 委員会の勧告

同じ事は、一見したところ、EC の契約準拠法条約についても当てはまるように思われる。なぜなら、まさに同条約の報告書は、次のように述べているからである。「条約の署名および批准を定めた」二八条は、各締約国がいかにして条約の規定を国内法に受容すべきかを規定していない。すなわち、その問題の解決は、国際的慣習にしたがい (nach den internationalen Gepflogenheiten)、国家の権限に委ねられているのである。したがって、各締約国は、本条約に直接に法律の効力を付与するか、または本条約の規定を適当な形式で国内法規に取り入れるか、いずれかにより本条約を実施することができる。」⁵⁵⁾

これによるならば、西ドイツが同条約に対して国内法上の直接適用可能性を否定し、代わりに条約の内容を EGG B に取り入れたところで、何ら条約の不履行という問題は生じないように思われる。⁵⁶⁾ところが、EC 委員会は、最終的に成立した EGG B 改正法とこの点でほとんど変わらない一九八三年の政府草案に対して、一九八五年一月一日付⁵⁷⁾で、次のような勧告を行ったのである。

すなわち、EC 構成国は、「共同体の内部において、特に裁判管轄および判決執行の分野ですでに始まった国際私法の統一を、一層前進させるよう努め、契約債務の準拠法に関する統一規則を制定することを欲して」本条約を採択した(条約序文)。そして、条約の第二編(三条〜二二条)は、まさに「統一規定」という表題を掲げている。また、各締約国は、「本条約により達成された法統一が、他の・・・条約の締結により害される虞があると判断した場合には、EC 理事会の事務局に対し、本条約の署名国間で協議を行うよう求めることができる」(条約二五条)。更に、同条約の採択と同時に⁵⁸⁾行われた共同宣言は、本条約により追求された法統一が解釈の相違により妨げられることを回避しようとしている。

以上のことから、各締約国は、同条約を「このような統一法としての性格に沿った方法で国内法に受容する義務」を

負っている。そして、同条約の統一的解釈は、裁判所がこれを「全締約国に共通の規範として認識かつ適用できる場合にのみ」可能となるのであって、同条約の実施方法は、これを可能とするものでなければならぬ。もし同条約が、その実施のために制定された法律の解釈に疑義が生じた場合に、間接的に参照されるだけであれば、これは、同条約の統一法としての性格に反するであろう。

しかるに、西ドイツは、同条約に対し、国内法における直接適用可能性を否定し、同条約の内容をE G B G Bに取り入れようとしている。しかも、そのE G B G B草案においては、同条約の一部の規定は受容されず、一部は文言ないし内容が変更され、一部は各所に分散された^{⑤⑥}。また、同条約の統一的解釈に関するE G B G B三六条は、その目的を達成するどころか、むしろ裁判所に困難を強いるものである。なぜなら、西ドイツの裁判所は、名実ともに相異なつた二つの条文を比較しなければならず、またE C裁判所の判断を仰ぐためには、E G B G Bのどの規定が同条約に該当するかを決定しなければならぬからである。

以上のような同条約のE G B G Bへの受容は、もはや単なる形式の変更とは言えず、むしろ内容の変更と言わざるを得ない。更に、それは、E C裁判所の管轄を西ドイツとの関係であらかじめ無意味にしてしまうので、「E C裁判所に特別の管轄を付与し、必要な場合には、そのための条約締結について協議する可能性を検討する」という共同宣言上の義務に反する。同条約の署名によりE C構成国が合意した法統一とは、国内法の法典化、体系化および文言統一の必要に對してさえも、限界を認識するよう要請するものである。各構成国は、条約の目的実現を危うくするような措置を止め、目的実現に最も適した措置だけを行うようにしなければならぬ。

このような理由により、E C委員会は、西ドイツに対し、「以下の目的のために、憲法上与えられたすべての可能性を駆使するよう勧告する。(a) 西ドイツ裁判所が直接に同条約の文言を援用できること。(b) 同条約の国内実施に際し

ては、規定の内容、形式および配列の変更ならびに削除および調整を避けること。」

3 EC委員会の勧告に対する反論

以上のようなEC委員会の勧告は、同条約の報告書と矛盾するものではないであろう。なぜなら、EC委員会は、条約の国内法上の実施に関して、憲法上の制約があることを認めつつ、その枠内において、条約の目的および趣旨に最も適する方法を選択するよう求めているにすぎないからである。⁽⁵⁾ このようなEC委員会の勧告に対して、西ドイツ政府がどのような回答を行ったかは知られていない。⁽⁶⁾ しかし、西ドイツ連邦下院の法制委員会は、次のような理由から、政府草案の立場を変更する必要はないと判断した。⁽⁷⁾

まず、西ドイツ方式は国際的に孤立していると言われるが、その時点において、同条約は、まだフランス・イタリア・デンマークにより批准されただけであつた。⁽⁸⁾ 他の署名国がいかなる条約実施方法を採用するかは、完全には予測できないが、少なくとも従来例に照らすならば、西ドイツ方式に準じた条約実施方法の採用は、十分に起こりうる。⁽⁹⁾

更に、条約二条は、非締約国法の適用も義務づけているので、契約債務法の分野においては、もはや独自の抵触法定立の余地は残されていない。したがって、将来（条約が発効したときには）債務法にとって決定的となる規定を、新しい立法に取り入れておく必要がある。また、このように法源が一つにまとめられることにより、実務家にとつても、抵触法規定への接近が容易になる。

これに対して、西ドイツ方式は、同条約の規定から相当にかけ離れているとの指摘があるが、同条約の規定は、新しい立法において、ほとんど文言通りに、またそうでないとしても、内容的に一致させて取り入れられることになっている。非常に僅かの相違点は、EEC条約一〇〇条による理事会の指針の場合にも、国内の立法者に許されているような

調整の範囲に留ま⁶⁴っている。また条文配列の変更は、それほど困難を生じないであろう。

西ドイツ方式は、同条約の実施地域において最大の統一性を創出し、かつ維持すべきであるという国際法上の義務に反する、という主張に対しては、次のように言うことができる。すなわち、西ドイツ方式は、このような法統一の合意に反していない。なぜなら、条約の規定に直接適用可能性を付与すべきである、というような国際法上の義務は存在しないからである。むしろ、西ドイツは条約の一部を直接適用せず、それに代わる国内法により、その適用を確保する、という方法によつても、国際法上の義務を履行することができる。また、このような条約実施方法は、同条約の報告書において、明示的に許されているのであるから、この問題が交渉事項であつたことは、誰の目にも明らかである。したがつて、これを前提としてのみ、西ドイツ政府は同条約に署名した。

更に、西ドイツ方式はEC裁判所の解釈権限を妨げる、という主張があるが、同条約に関しては、このような解釈権限付与のための議定書は、まだ存在しない。また、それが近い将来に成立するとは思えない。西ドイツは、今後も、これに向けて努力するが、もしこれが成立したならば、西ドイツの最高裁判所は、E G B G Bに受容された同条約の規定に関する解釈問題を、EC裁判所に付託する義務を負うであろう。このような義務は、議定書自体または西ドイツの実施規定において、充分に明白な形で定められなければならない。⁶⁵連邦政府は、〔E G B G B改正草案の理由書において〕同条約の条文と条約実施のための法律を融合させようとしていと述べた。⁶⁶その融合の方式は、およそ立法技術上の問題にすぎない。

仮に西ドイツ方式それ自体は、法統一を困難にするとしても、E G B G B三六条は、条約一八条よりも更に明白に、締約国間における統一の解釈という目的の考慮を義務づけている。これに対して、連邦上院は、条約一八条に直接適用可能性を付与し、E G B G B三六条を削除するよう提案したが、⁶⁸契約債務の準拠法に関する諸規定は、その範囲を越え

た配慮が必要不可欠な規定であるから、この提案には賛成できない。^⑧

最後に、西ドイツ方式の決定的理由は、実務家にとつて、まとまった立法という統一的法源を適用することができ、あらかじめ散らばった法源を調べなくてすむということである。その結果、軽率な「自国法指向」(Heimwärtsstreben)が予防され、一般市民にとつても、国際私法への接近が容易となる。

4 EC委員会の勧告後における状況の変化

以上のような反論から、結局のところ、西ドイツ方式は、一般および特別の国際法上の義務に違反していないし、また国内の立法政策上必要であった、という主張が読み取れる。第二の点は、後に詳述することにして、ここでは、第一の点に関して、若干の補足を行っておきたい。

まず、他の批准国の条約実施方法は、現在までのところ、次のようになっている。^⑨ すなわち、フランスおよびイタリ
アは、それぞれ一九八二年六月二一日の法律および一九八四年一月一八日の法律により、条約を承認し、条約に直接的な国内法上の効力を与えた。^⑩ 次に、ベルギーの一九八七年七月一四日の承認法によると、条約それ自体は、条約二九
条の要件を充たしたときから、国内法上の効力を有するが(同法一条)、それに関わりなく、条約の内容は、同法の発効
により、国内法上実施された。すなわち、同法二条ないし一六条が、条約一条、三条ないし一六条のフランス語および
オランダ語正文を、全くそのまま取り入れたのである。^⑪ 更に、デンマークおよびルクセンブルクにおいても、同条約の
内容は、すでに国内法上実施されているが、その立法技術は、ベルギーと若干異なっている。^⑫ すなわち、デンマークの
一九八四年五月九日の法律は、その一条一項において、条約の一条ないし一六条、一八条および一九条一項の規定が国
内法上効力を有するとだけ規定している。同様に、ルクセンブルクの一九八六年三月二七日の承認法は、その二条にお

いて、条約の一条ないし一六条および二二条を指定した。但し、デンマーク法においては、EC域内における保険契約への拡張適用（同法一条二項）、同法施行前に締結された契約への遡及効（同四条二項）、他の法規における特別法の優位（同一条三項）などが規定され、またルクセンブルク法においても、条約二二条一項a号にもとづく留保宣言により、条約七条一項が除外された。しかし、いずれにしても、このようなデンマークおよびルクセンブルクの方式は、スイスのIPRGにおける個別指定にきわめて近似していると言えよう。²⁷⁾

次に、EC裁判所の解釈権限に関しては、大方の予想に反し、また同条約の発効前にもかかわらず、一九八八年二月一九日に、二つの議定書が採択された。²⁸⁾しかし、これらの議定書によると、各締約国の裁判所は、同条約の解釈問題について、EC裁判所に先決的判決を求めることができるとしが規定されていないので、EC裁判所への付託を締約国の義務とした場合に比べると、²⁹⁾幾分実効性に不安があるかもしれない。

以上のような状況の変化は、西ドイツ方式の評価に対して、どのような影響を与えるのであろうか、それは未確定の問題である。いずれにしても、同条約の解釈問題として、またEC域内における条約の特殊性に鑑みても、西ドイツ方式が直ちに条約上の義務違反である、と明白に主張する見解は、今のところ見当たらぬ。³⁰⁾したがって、本稿では、国際法上の問題にこれ以上深入りすることは止め、次に、国際私法の立法政策上の問題に移ることにする。

四 国際私法の立法政策上の問題点

1 スイス方式の長所・短所

スイスのIPRGにおける条約の個別指定は、スイス国際私法固有の規定と条約の関係を可能な限り明らかにしようとする試みである。すなわち、ある事項に関して、少なくとも普通主義にもとづく条約の存在だけは、IPRGの規定から明らかであるし、他方において、それらの条約の内容に関しては、IPRGの規定から全く離れ、直接に条約の規定が参照されるので、条約独自の解釈が守られやすいであろう。⁽⁷⁹⁾

またIPRGは、条約の適用範囲の拡張ないし確認を行っているが、そのような拡張ないし確認の内容を明らかにしている。ところで、条約の適用範囲の拡張は、もちろん条約上の義務にもとづくものでないため、スイス国際私法固有の規定とみることが可能であるかもしれない。とりわけ、IPRG第一章「共通規定」を適用することが考えられよう。⁽⁸⁰⁾しかし、第一に、IPRGの共通規定は、スイス国際私法固有の各論規定を前提として起草されたのであるから、これを条約と融合させることには適用上の困難が伴うであろう。⁽⁸¹⁾第二に、単位法律関係の一体的処理のためには、条約独自の解釈が貫かれるべきである。例えば、後見およびその他の保護的処分に関するIPRG八五条において、同条一項については、条約独自の解釈が行われ、同条二項については、IPRGの共通規定が適用されるならば、両者の間において、結果の不整合および混乱が生じやすいであろう。⁽⁸²⁾但し、スイス政府および議会関係の資料は、以上の点について、見解を明らかにしていない。⁽⁸³⁾

更に、スイス方式には、その他にも、若干不明確な点がある。それは、条約の国際法上の効力との関係である。幸いにして、IPRGにおいて個別に指定された条約は、少なくともIPRG施行の時点では、スイスについて効力を発生していたし、まだ破棄されていなかった⁽⁸⁵⁾。しかし、仮にまだ発効していない条約を指定した場合、および指定された条約が将来において改正または破棄された場合には、IPRGにおける当該条約の指定は、どのような意味を持つのであろうか。可能な解釈は、二つ存在するように思われる。

第一に、IPRGにおける条約の指定は、あくまでもIPRG一条二項における条約優位原則の表明を補足するための情報提供にすぎないのであるから、スイスについて国際法上の効力を発生していない条約の指定は無意味である、とする立場が考えられる。この立場によるならば、IPRGにおいては、およそ未発効の条約が指定されるとは考えられず、また改正ないし破棄された条約の指定は、早急に削除され、それに代わって新たにスイスについて効力を発生した別の条約の指定またはスイス国際私法固有の立法が行われるべきであろう⁽⁸⁶⁾。

第二に、IPRGにおける条約の指定は、当該条約の国際法上の効力と無関係に行われているのであって、スイスについて国際法上の効力を発生していない条約の指定は、条約上の義務にもとづかないで、当該条約の内容を国内法化したものである、とする立場が考えられる。これは、前述のEC契約準拠法条約の実施に関するデンマーク法およびルクセンブルク法を先例として、スイスのIPRGについても、同様の解釈を行おうとするものである。しかし、それぞれの立法の経緯に鑑みると、両者を同一に解釈できるかは疑問であり、少なくともスイスのIPRGにおける条約の個別指定をそのように解することは、きわめて困難であるように思われる。但し、これは、必ずしも条約の個別指定一般が当該条約の国際法上の効力に拘束されることを意味するわけではなく、デンマーク法およびルクセンブルク法のように、立法の経緯および法律の文言いかんによって、条約の国際法上の効力から離れた個別指定は、充分に可能であると考え

2 西ドイツ方式の長所・短所

西ドイツがすでに批准し、または間もなく批准を予定していた普遍主義にもとづく条約は、その実質的内容がEGBBの条文に転記されていた。これを仮に条約のコピーと呼んでおく。このような西ドイツ方式にも、幾つかの長所は存在するように思われる。

第一に、少なくとも普遍主義にもとづく条約については、その内容がEGBBにコピーされているので、西ドイツ国際私法の体系を一目で見渡すことができ、その点では、国際私法の専門家以外の者にとつても理解しやすい立法になっている。

第二に、条約の実質的内容は、当該条約の国際法上の効力いかんに関わりなく、常に適用されうる。これは、とりわけEC契約準拠法条約のように、条約の批准国数が足りないため、西ドイツが批准した後も条約の発効が遅れている場合には、有効な手段であろう。しかし、前述のように、条約の発効前における国内法上の実施のためには、必ずしも条約のコピーによらなくても、デンマーク法およびルクセンブルク法の例にならない、個別指定の方式を取ることも可能である。

第三に、EGBBにおいては、条約の趣旨および目的に対する一定の配慮も行われている。すなわち、扶養義務の準拠法および遺言の方式の準拠法に関する二つのハーグ条約は、それぞれEGBB一八条および二六条においてコピーされているが、これらの条約は、EGBB三条二項前段にいう「直接適用可能な」条約であるから、条約自体がEGBBの規定に優先している。また、EC契約準拠法条約は、前述のように、一九八六年の承認法により直接適用

可能性が否定されているが、E G B G Bにおいて、その実質的内容がコピーされただけでなく、E G B G B三六条において、締約国間における統一的理解・適用に対する配慮が義務づけられている。⁹⁵

以上のような長所にもかかわらず、西ドイツ方式に対しては、様々の疑問点が提起されている。これらは、大きく分けると、内在的欠陥および実践上の失敗に対するものであった。

第一に、内在的欠陥としては、条約と国内法の体系を融合しようとした場合の困難が挙げられる。なぜなら、両者は、国際私法の分野において、漸進的に接近しつつあるが、現時点では、異質のものと云わざるをえないからである。⁹⁶したがって、条約の体系を無理に国内法の体系に合わせるならば、当然のことながら、条文の配列・用語法などは変更されるであろうし、一部の総論規定は、重複または不一致が生じるであろう。

第二に、実践上の失敗としては、E G B G Bにおける条約のコピーが不完全であった点が挙げられる。これらは、先の内在的欠陥に含めることも可能であるかもしれないが、むしろそれ以外にも、条約の規定が不必要に削除・訂正されているというのである。⁹⁶

具体的には、まず総論規定との関係が問題となる。E G B G Bにおいては、「実質規定」(Sachvorschriften)の指定が明示されている場合には、それが国際私法を含まないことは明らかであるが(三条一項後段)、単に「法」(Recht)が指定されている場合には、原則として、それは国際私法を含む(四条一項前段)。すなわち、反致および転致が認められているのである。⁹⁷これに対して、多くの国際私法条約は、反致および転致を明文で否定するか、または反致および転致に関する規定を置いていないことから、これを否定したものと解される。⁹⁸

そこで、扶養義務の準拠法および遺言の方式の準拠法に関する二つのハーグ条約をコピーしたE G B G B一八条および二六条は、条約において単に「法」となっている箇所を法の「実質規定」(一八条)ないし「方式要件」(Formerfordernisse)

(二六条) と言い換えている。その結果、EGBGB三条一項後段により、反致および転致は否定される。⁽⁹⁸⁾

これに対して、EC契約準拠法条約をコピーしたEGBGB二七条以下は、「法」を指定しているが、同条約においても、反致は否定されている(条約一五条)。そこで、EGBGB三五条一項は、条約一五条にならない、「本款(二二章五節第一款、すなわち二七条ないし三七条)」により適用されるべき国家法は、当該国家において効力を有する実質規定を意味するものと解する」と規定した。このような規定は、条約一五条と文言は異なるが、反致および転致を否定する点では、実質上同じ効果を持つ。⁽⁹⁹⁾

ところが、前述のように、同条約の規定は、EGBGBにおいては、必ずしも二章五節第一款だけに収められていない。とりわけ契約の方式に関する条約九条および行為能力等に関する条約一条は、それぞれEGBGB一条および二二条(二章二節)においてコピーされている。しかし、条約九条||EGBGB一条は、もともと法の「方式要件」を指していたし、条約一条において「法」となっていた箇所は、EGBGB二二条において、法の「実質規定」と改められた。⁽¹⁰⁰⁾ 以上のようなEGBGBの規定は、結果的に不備は無いとしても、きわめて分かりにくいと言えよう。⁽¹⁰¹⁾

次に、EGBGB四条三項は、不統一法国の指定に関して、間接指定説を取っているが、これは、扶養義務の準拠法および遺言の方式の準拠法に関する二つのハーグ条約と同じ解決方法になっているので、これらの条約に関しては、おそらく問題はないと思われる。⁽¹⁰²⁾ しかし、EC契約準拠法条約に関しては、その一九条一項が直接指定説を取っているで、これにならって、EGBGB三五条二項が置かれた。⁽¹⁰³⁾

更に、EGBGB六条は、公序を規定しているが、特に改正前のEGBGB三〇条と異なり、外国法の適用が「明らかに」(offensichtlich)ドイツ法の本質的諸原則と相いれない結果に至ることを要件とした。⁽¹⁰⁴⁾ そして、このような条文の起草は、EC契約準拠法条約一六条にならったものであると言われている。⁽¹⁰⁵⁾ しかし、それにもかかわらず、条約一六条

とEGBGB六条とは、文言に大きな隔たりがあるし、何よりもEGBGB六条後段は、「とりわけ〔外国法の〕適用が基本権(Grundrechte)と相いれない場合に」公序が発動されるとするが、このような規定は、EC契約準拠法条約およびハーグ条約には見られないものである¹⁰⁾。

続いて問題となるのは、条約の事項的適用範囲に関する規定の取り扱いである。とりわけEC契約準拠法条約の一条二項および三項は、同条約の適用範囲から除外される事項を列挙しているが、それらのうち、前述のように、二項a号・b号・d号・g号・h号は、EGBGB三七条においてコピーされていない。しかし、何故これらの規定がコピーされなかったのか、その理由は明らかにされていないのである¹¹⁾。また、その他の適用除外事項は、EGBGB三七条に転記されたが、二章五節一款の適用を排除しながら、それに代わる特別の抵触規定が必ずしも置かれていないので、法の欠缺が生じている¹²⁾。

更に、最も問題となるのは、西ドイツ方式が条約の趣旨および目的、とりわけ締約国間における統一的解釈の要請に反するのではないか、という懸念である。なぜなら、EGBGBにおける条約のコピーは、前述のように、至る所に於いて文言の加除・変更および条文配列の変更が行われており、何よりも、これらの規定が条約を取り入れたものであることは、少なくとも明示されていないのであるから、ドイツ国際私法固有の規定と同様に解釈される虞がある¹³⁾。もっとも、前述のように、扶養義務の準拠法および遺言の方式の準拠法に関する二つのハーグ条約は、EGBGB三条二項前段により、EGBGB一八条および二六条に対して優先するし、EC契約準拠法条約に関しては、EGBGB三六条が置かれているので、統一的解釈に考慮が払われると期待してよいのかもしれない。しかし、このようなEGBGBにおける条約の趣旨および目的に対する配慮は、不十分であると思われる。

第一に、前述の二つのハーグ条約がEGBGB一八条および二六条に対して優先するのであれば、結局のところ、扶

養義務の準拠法および遺言の方式の準拠法に関しては、直接に条約の規定が参照されるべきであるから、E G B G B 一八条および二六条は、本来全く無意味ではなかったかと思われる。逆に、E G B G B の規定が存在することにより、これらの条約は、直接適用可能な条約であるにもかかわらず、その規定が参照されない虞さえもある¹⁰⁾。

第二に、E G B G B 三六条は、確かにE C 契約準拠法条約の統一の解釈・適用の必要性を「考慮すること」(zu berücksichtigen)を義務づけているが、他方において、同条約の直接適用可能性は否定されているのであるから、E G B G B の諸規定だけが適用されることになる。そして、E G B G B の規定だけを適用しながら、いかにして統一の解釈の必要性を考慮することができるのであろうか。結局のところ、同条約の目的および趣旨に忠実であらうとするならば、条約の規定を直接に参照することが必要となる。すなわち、E G B G B 三六条と一九八六年の条約承認法とは、相矛盾した規定を行っていることになる。したがって、西ドイツの裁判所がどちらの規定に従うべきか、この点が明らかになつていないのである¹¹⁾。

五 おわりに——わが国の法例における問題点

わが国は、抵触法の分野において、これまでに三つのハーグ国際私法条約を批准しているが、それらのうち、一九五六年の子に対する扶養義務の準拠法に関する条約については、公定訳を公布しただけであり、一九六一年の遺言の方式の準拠法に関する条約および一九七三年の扶養義務の準拠法に関する条約については、その内容を取り入れた特別の法律を制定している。そして、一九八九年に改正された法例三四条は、法例の規定が夫婦、親子その他の親族関係によつ

て生ずる扶養義務ならびに遺言の方式には適用されないことを明らかにしているが、他方において、無国籍に関する二八条二項本文・無住所に関する二九条一項・無常居所に関する三〇条本文・不統一法国に関する三一条は、この限りでないとする。

まず、条約の内容を取り入れた特別法の制定は、それを一般法において行った西ドイツ方式に比較するならば、それらの規定が条約に起源を有することを示唆していると言えよう。しかし、特別法の制定にあたり、文言の加除・変更および条文配列の変更が行われることから、個別指定を行ったスイス方式に比較するならば、条約の趣旨および目的の実現に若干逆行しているように思われる。¹⁰⁾

これに対して、子に対する扶養義務の準拠法に関する条約のように、公定訳だけが公布された場合には、直接に条約の規定が参照されることになるが、他方において、条約優位の原則さえも法例に規定されていない現状においては、このような条約の存在は、見落とされやすいであろう。¹¹⁾ もっとも、同条約は、子の常居所が締約国にある場合にのみ適用される点で、いわゆる相互主義条約に該当するので、スイス方式のように、法例において個別に指定することは困難である。

更に、法例三四条に関しては、独自の問題点があるように思われる。起草者は、条約が規定していない事項については、各締約国が自由に規定できるとの見解に立ったようであるが、¹²⁾ そのような見解には、疑問がある。

まず何よりも、ハーグ条約と法例との間で、住所および常居所の概念が一致しているとは限らない。¹³⁾ 確かに、法例の改正では、最近のハーグ国際私法条約の例にならって、常居所の概念が新たに導入されたが、それは、今回の改正の対象となった婚姻および親子の分野に限定されている。これに対して、財産法の分野は改正の対象とならなかったため、結果的に、法例九条二項および一二条において、住所概念が残されることになった。本国法・住所地法・常居所地法の

決定に関する法例二八条ないし三〇条は、このような住所および常居所の使い分けを前提として、同時に改正されたものである。したがって、条約に規定が無いからといって、以上のような前提が当てはまらないハーグ条約に法例二八条ないし三〇条を適用することは、不適当であらう。

また、住所概念については、別の問題も存在する。すなわち、遺言の方式の準拠法に関する条約一条三項（遺言の方式の準拠法に関する法律七条）は、「遺言者が特定の地に住所を有したかどうかは、その地の法律によって定める」と規定しているが、改正後の法例は、もはやこのような領土法説を取っていないものと思われる。なぜなら、改正前の法例について領土法説の根拠とされていた旧二八条二項は、今回の改正によって削除されたからである。したがって、その意味においても、ハーグ条約と法例とは、住所概念が異なっている。

更に、ハーグ条約と法例との間で、住所および常居所の概念が一致していると仮定しても、次のような不都合が生じる。すなわち、法例二八条二項本文により無国籍者について常居所地法によることは、遺言の方式の準拠法に関する条約一条（遺言の方式の準拠法に関する法律二条）においても、常居所がすでに択一的な連結点として採用されているので、結果に差異を生じないかもしれないが、法例二九条一項および三〇条本文により無住所または無常居所の者について居所地法によることは、同条約においては、居所が択一的な連結点として採用されていないので、妥当かどうか疑問である。なぜなら、住所および常居所が無い者については、必ずしも居所地法による趣旨と解することができるが、むしろ択一的連結の趣旨にもとづき、このような者については、他の法、すなわち行為地法、本国法または不動産所在地法のいずれかによることができるだけである、と解することも可能だからである。もちろん、このような解釈は、単なる一つの可能性にすぎないが、法例二九条一項および三〇条の適用により、最初から、全くこのような可能性を塞いでおくことが妥当かどうか、これが疑問点である。

更に、常居所については、法例は、その不存在の可能性を認めているが、同じ可能性がハーグ条約について認められるかどうかは、明らかでない。すなわち、常居所の不存在を認めないという解釈も、一つの可能性としてはありうる。このような解釈の可能性も、法例三〇条本文の適用により最初から無視してしまうことは、疑問である。

以上のようなハーグ条約の国内実施方法は、もちろん直ちに条約上の義務に違反するものではないと思われるが、少なくとも立法政策上、若干の疑問が感じられる。そこで、将来、法例が全面的に改正されるならば、西ドイツおよびイスの立法例なども参照しながら、条約と国内立法の共存に適する方法が慎重に検討されるべきであろう。

※ 本研究は、財団法人・学術振興野村財団の助成にもとづく共同研究「国際私法改正の基礎研究」の一環として行われた。

(1) 川上太郎『国際私法の国際的法典化』(一九六七)二〇〇頁以下、池原季雄『国際私法(総論)』(一九七三)五四頁以下参照。

(2) これらの条約の翻訳として、川上太郎『国際私法条約集』(一九六六)一〇七頁以下がある。

(3) 「相互主義」という用語の問題点について、K. Siehr, Referat, in: Matscher/Siehr/Delbrück, Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Inkorporation in nationale IPR-Kodifikationen — Vor- und Nachteile einer solchen Rezeption, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 27, 1986, S. 52 ff.

(4) 例えば、遺言の方式の準拠法に関する条約(一九六一年)六条、扶養義務の準拠法に関する条約(一九七三年)三条などを参照。

(5) "erga omnes" の意味については、Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 54 ff.; F. Matscher, Referat, in: Matscher/Siehr/Delbrück, a.a.O., Anm. (3), S. 14 ff.

(6) 山内惟介「オーストリアの国際私法典について」法学新報八八巻五・六合併号一七一頁以下、同「西ドイツの改正国際私法について(上)」「(下)」戸籍時報三四四号一七頁以下、三四五号三七頁以下、三四六号三七頁以下、拙稿「一九八七年の

- スイス連邦国際私法(一)(六・完)、戸籍時報三七四号二頁以下、三七五号一八頁以下、三七六号四三頁以下、三七七号五一頁以下、三七八号五四頁以下、三七九号五八頁以下、同「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題(一)(一・完)」北大法学論集四〇巻二号二九一頁以下、四〇巻三号五九九頁以下。
- (7) 折茂寛『国際私法の統一性』(一九五五)、池原・前掲注(1)四〇頁以下、山田謙一『国際私法』(一九八二)二八頁。
- (8) これらの立法の文言については、A. Makarov, Quellen des internationalen Privatrechts – Nationale Kodifikationen – , 3. Aufl. (1978). 笠原俊宏編『国際私法立法総覧』(一九八九)、前掲注(6)の語文献参照。
- (9) Vgl. I. Schwander, Die Handhabung des neuen IPR-Gesetzes, in : Y. Hangartner (Hersg.), Die allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (1988), S. 45 ff. ; Siehr, a.a.O., Anm. (3), S.71 ff.
- (10) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf (1979), S. 41 f. ; Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982 (1983), S. 35.
- (11) Schlussbericht, a.a.O., Anm. (10), S. 41, 113, 162, 191, 241 ; Botschaft, a.a.O., Anm. (10), S. 35, 84, 114, 128 f., 149, 164.
- (12) Schwander, a.a.O., Anm. (9), S. 49.
- (13) Schlussbericht, a.a.O., Anm. (10), S. 139 ; Botschaft, a.a.O., Anm. (10), S. 99. Vgl. auch Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 79.
- (14) Schlussbericht, a.a.O., Anm. (10), S. 164 ; Botschaft, a.a.O., Anm. (10), S. 115. Vgl. auch Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 82.
- (15) 一方、外国仲裁判断の承認に関する一九五八年六月一〇日のニューヨーク条約については、スイスは、締約国において行われた仲裁判断にのみ適用する旨の留保を行っていたが、このような留保を撤回することを予定していたため、IPRC一九四条においては、あたかも普遍主義条約であるかのように、無条件で個別指定を行っている。 Schlussbericht, a.a.O., Anm. (3), S. 302 ; Botschaft, a.a.O., Anm. (3), S. 204.

- (16) Schlussbericht, a.a.O., Anm. (10), S. 191 ; Botschaft, a.a.O., Anm. (10), S. 129. スイス民法典 (ZGB) 四九四条によると、被相続人は、相続契約により、他人に対し相続または遺贈の義務を負うことができる。
- (17) Schlussbericht, a.a.O., Anm. (10), S. 162 ; Botschaft, a.a.O., Anm. (10), S. 114.
- (18) B. Dutoit, Referat, in : Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts (1984), S. 202.
- (19) I. Schwander, Internationales Vertragsschuldrecht — Direkte Zuständigkeit und objektive Anknüpfung, in : Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Prof. Rudolf Moser, 1987, S. 89 f.
- (20) La déclaration et la recommandation suivantes relatives au domaine de la convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, conclue le 15 juin 1955. Vgl. Extraits de l'Acte final de la quatorzième session, SJIR, Bd. 37, 1981, S. 175.
- (21) Schlussbericht, a.a.O., Anm. (10), S. 137 ff. ; Botschaft, a.a.O., Anm. (10), S. 98 f.
- (22) Schlussbericht, a.a.O., Anm. (10), S. 137 ; Botschaft, a.a.O., Anm. (10), S. 98. 但し、離婚の付随的効果に対するハテタ条約指定規定の留保は、政府草案の段階においては、見落とされていた。このような見落としては、未成年者保護条約との関係においては、留保宣言撤回を予定していた限りにおいて、不適當であった。Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 101 f.
- (23) Schlussbericht, a.a.O., Anm. (10), S. 160 f. ; Botschaft, a.a.O., Anm. (10), S. 112 ff.
- (24) 有体動産の国際的売買の準拠法に関する条約および道路交通事故の準拠法に関する条約が、それぞれ契約準拠法に関する一般規定 (IPRG 一一六条、一一七条) および不法行為の準拠法に関する一般規定 (IPRG 一三二条、一三三条) に対して優先することは、「一般規定」(Im allgemeinen) および「特別規定」(Im besonderen)という標題がIPRGの該当規定自体に付けられていること、および条文配列・内容などから明らかであろう。契約準拠法について、Vgl. Schwander, a. a.O., Anm. (19), S. 89.
- (25) このような条約優位の原則は、基本法 (GG) 二五条から当然に導き出されるわけではない。なぜなら、同条は、「国際法の一般規則」(die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes)の優位を定めたにすぎないからである。それゆえ、条約が「国際

法の一般規則」を定めたものでない場合には、基本法二五条の適用を受けることができます、西ドイツの学説によると、国内の法律と同順位に置かれることになる。すなわち、国内の法律が条約に対して後法または特別法の関係にある場合には、これらの法律が条約に優先する。Maunz/Dürig, Grundgesetz (Stand 1989), Art. 25, Rdz. 19, 29 ; Palandt/Heldrich, 46. Aufl. 1987, Anm. 3 b zu Art. 3 EGBGB ; E. Jayme, Referat, in : Jayme/Meessen, Staatsverträge zum Internationalen Privatrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 16, 1975, S. 25. 「九、EGBGB 二三条二項前段の規定は、政府草案の理由書によると、条約優位の原則を確認したものにすぎないとされている。BT-Drs. 10/504, S. 36. これによるならば、国際私法条約の内容は、「国際法の一般規則」に該当することになるのであろうか。

(26) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』(一九八五)参照。

(27) BT-Drs. 10/504, S. 36.

(28) 例えば、条約の留保・批准・加入・発効などに関する、いわゆる最終規定がこれに当たるであろう。Vgl. auch Siehr, a. a.O., Anm. (3), S. 109.

(29) 基本法五九条二項。更には、岩沢・前掲注(26)一四頁参照。

(30) Vgl. B. von Hoffmann, Empfiehlt es sich, das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in das deutsche IPR-Gesetz zu inkorporieren?, IPRax 1984, Heft 1, S. 10 ; J. Delbrück, Referat, in Matscher/Siehr/Delbrück, a.a.O., Anm. (3), S. 149.

(31) Gesetz zu dem Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht, Vom 27. August 1965, BGBl. 1965 II, S. 1144. 西ドイツについての発効は、「一九六六年一月一日からである。Bek. v. 29. 12. 1965, BGBl. 1966 II, S. 11.

(32) Gesetz zu den Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen sowie über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht, Vom 25. Juli 1986, BGBl. 1986 II, S. 825. 西ドイツについての発効は、「一九八七年四月一日からである。Bek. v. 26. 3. 1987, BGBl. 1987 II, S. 225.

(33) 前掲注(4)参照。

- (34) BT-Drs. 10/504, S. 29.
- (35) 両条約の承認法参照。BGBl. 1965 II, S. 1144 ; 1986 II, S. 825. 但し、これらの承認法は、直接適用可能性に言及していない。その理由については、岩沢・前掲注(26) 二二頁参照。
- (36) 但し、E G B G Bにおいては、条文配列および文言などに変更が加えられている。詳細については、BT-Drs. 10/504, S. 62 ff., 75 f.
- (37) Gesetz zu dem Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Vom 25. Juli 1986, BGBl. 1986 II, S. 809.
- (38) 条約の発効には、七カ国の批准、受諾または承認が必要である(条約一九条)。現在のところ、オランダの批准が期待されている。Jayme/Kohler, Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft — Jüngste Entwicklungen, IPRax 1988, Heft 3, S. 137 ff.
- (39) BT-Drs. 10/504, S. 76.
- (40) E G B G Bの体系との調和は、扶養義務の準拠法および遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約を受容したE G B G B 一八条および二六条にも当てはまる。BT-Drs. 10/504, S. 24 f.
- (41) Vgl. C. Kohler, Kein Weg zur Rechtsvereinheitlichung — Zur Übernahme des EG-Übereinkommens vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht —, EuR 1984, Heft 2, S. 155 ff. ; Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 15. Januar 1985 betreffend das Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EuIPRÜ) (85/111/EWG), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 44/42 v. 14. 2. 1985, abgedruckt in : IPRax 1985, Heft 3, S. 178 ff. ; Siehr, a.a.O., Anm. (3), passim.
- (42) BT-Drs. 10/503, S. 83 ; 10/504, S. 100. Vgl. auch K. Kreuzer, Erklärung eines generellen Vorbehalts zu Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht?, IPRax 1984, Heft 6, S. 293 ff.
- (43) 後述・四二参照。

- (44) 後述・三三参照。
- (45) 条約一八条は、次のように規定している。「統一の解釈。前条までの統一の規定の解釈および適用に際しては、これらの規定の国際性および統一の解釈・適用実現の要請を考慮しなければならない。」
- (46) BT-Drs. 10/504, S. 84.
- (47) Matscher, a.a.O., Anm. (5), S. 20; Delbrück, a.a.O., Anm. (30), S. 152; J. Kropholler, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 104. 岩沢・前掲注(26)一三頁。
- (48) 例えば、遺言の方式の準拠法に関する条約一四條二項、扶養義務の準拠法に関する条約二〇條二項など参照。
- (49) これに対して、「千九百二十四年八月二十五日にブラッセルで署名された船荷証券に関する規則の統一のための国際条約」(船荷証券条約)の署名議定書二項は、次のように規定している。「締約国は、この条約に対し法令としての効力を与えることにより、又はこの条約で採択した規則を自国の国内法令に適合する形式でその国内法令中に取り入れることにより、この条約を実施することが出来る。」しかし、これは「当然の事を定めたにすぎない」。Vgl. G. Nolte, Zur Technik der geplanten Einführung des EG-Schuldvertragsübereinkommens in das deutsche Recht aus völkerrechtlicher Sicht, IPRax 1985, Heft 2, S. 72. A. A. Kohler, a.a.O., Anm. (41), S. 159.
- (50) ハーグ国際私法条約について国際司法裁判所が審理した唯一の例としてのボル事件に関しては、拙稿「国内裁判所における統一法条約の解釈」国際法外交雑誌八六巻五号六一頁以下。
- (51) 以上については、Vgl. Matscher, a.a.O., Anm. (5), S. 20 f.; Delbrück, a.a.O., Anm. (30), S. 152 ff.
- (52) Giuliano / Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, in: BT-Drs. 10/503, S. 73.
- (53) 後述三三および注(25)参照。
- (54) Empfehlung, a.a.O., Anm. (41).
- (55) 但し、この共同宣言は、EC裁判所に同条約の解釈権限を与える「可能性の検討」だけを義務づけていた。
- (56) そのような例として、条約一条一項・二項 a号・b号・d号・g号・h号(適用範囲)・二〇条(共同体法の優位)・二一条(他の条約との関係)が挙げられている。

- (57) そのような例として、条約二三条「法定債権譲渡」(EGBGB三三条三項)、「一五条」反致および転致の否定」(EGBGB三三条、四條)、「一六条」公序」(EGBGB六條)、「一九条」不統一法国」(EGBGB四條三項)が挙げられている。
- (58) 条文配列の変更については、具体例が挙げられていない。
- (59) 後述・注(65)参照。
- (60) J. Pirrung, Internationales Privat- und Verfahrensrecht nach dem Inkrafttreten der Neuregelung des IPR : Texte, Materialien, Hinweise, 1987, S. 23.
- (61) BT-Drs. 10/5632, S. 37 f. はほとんど同じ趣旨の意見表明として、E. Bülow, Diskussion, in : Matscher / Siehr / Delbrück, a.a.O., Anm. (3), S. 177 ff.
- (62) 法制委員会の報告書は一九八六年六月九日付けであり、すでに同年三月二七日に、ルクセンブルクも承認法を制定していた。後述三・四参照。
- (63) 法制委員会は具体例を挙げていないが、遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約を国内法化した英国遺言法 (Wills Act 1963) および一九二四年の船荷証券条約を国内法化した諸国の立法などが例として挙げられよう。 Nolte, a.a.O., Anm. (49), S. 72 ; von Hoffmann, a.a.O., Anm. (30), S. 11 ; Kohler, a.a.O., Anm. (41), S. 161 f. ; Kropholler, a.a.O., Anm. (47), S. 104. 前者に関しては、更に「川上太郎」遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約の形成過程——とくにイギリス及び日本国の加入に関連して——(二一完)「民商四九卷六号八五五頁以下。後者に関しては、拙稿「国際海上物品運送法の統一と国際私法の関係——国際私法は排除されるか——」香川法學二卷二号二二頁以下。
- (64) EEC条約一八九条三項参照。 Vgl. auch Kropholler, a.a.O., Anm. (41), S. 115 f.
- (65) 前述三におよび注(52)参照。但し、報告書は「単に従来为国家実行について述べただけであり、各締約国が国内立法によって自由に条約の内容を変更することまで認めたものではない」と解される。 Vgl. Nolte, a.a.O., Anm. (49), S. 72 f. ; Delbrück, a.a.O., Anm. (30), S. 156 ; K. Arndt, Diskussion, in : Matscher / Siehr / Delbrück, a.a.O., Anm. (3), S. 186 f.
- (66) 但し、一九八八年に採択された議定書(後述三・四)においては、この趣旨の規定は見当たらず、またEC裁判所への付託は義務とされていない。

- (67) これは、BT-Drs. 10/504, S. 24 f. を指すものと思われる。
- (68) これは、条約一八条だけに直接適用可能性を付与し、条約の他の規定には、直接適用可能性を否定したままとする趣旨であつた。BT-Drs. 10/503, S. 83 ; 10/504, S. 100 f.
- (69) Vgl. auch BT-Drs. 10/5632, S. 45 ; 10/503, S. 84 ; 10/504, S. 106.
- (70) Vgl. auch Jayme / Kohler, Zum Stand des internationalen Privat- und Verfahrensrechts der Europäischen Gemeinschaft, IPRax 1985, Heft 2, S. 68 ff. ; Jayme / Kohler, a.a.O., Anm. (38), S.137 ff. ; Jayme / Kohler, Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG — Stand 1989, IPRax 1989, Heft 6, S. 341 ff.
- (71) 前者については、JORF, Lois et décrets, numéros ordinaires, 22 juin 1982, p. 1958. 後者については、Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1984, p. 409 ss, 793, 798 ss.
- (72) Rev. crit. dr. intern. privé, 1988, p. 398.
- (73) 前者のドイツ語訳として、IPRax 1985, Heft 2, S. 113. 後者については、RabelsZ 51 (1987), S. 487 f.
- (74) 但し、相違点もある。後述四一参照。
- (75) First Protocol on the interpretation by the Court of Justice of the European Communities of the Convention on the law applicable to contractual obligations, opened for signature in Rom on 19 June 1980 (89/128/EEC), OJEC 20. 2. 89, No. L 48/1 ; Second Protocol conferring on the Court of Justice of the European Communities certain powers to interpret the Convention on the law applicable to contractual obligations, opened for signature in Rom on 19 June 1980 (89/129/EEC), OJEC 20. 2. 89, No. L 48/17. 前者は、EC 契約準拠法条約自体と同じく七カ国の批准により発効するのに対して、後者は、EC 全構成国（十二カ国）の批准を必要とする。その理由については、Jayme / Kohler (IPRax 1989), a.a.O., Anm. (70), S. 343.
- (76) Art. 3, para. 1, First Protocol ; Art. 1, para. 1, Second Protocol.
- (77) 民事および商事についての裁判管轄ならびに判決執行に関する一九六八年九月二七日の条約については、先決的判決が必要となつた場合、EC 裁判所への付託が義務づけられている。Art. 3 Abs. 1 Protokoll betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtli-

- cher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof, Vom 3. Juni 1971, BGBl. 1972 II, S. 846. Vgl. auch Jayme/Kohler (IPRax 1985), a.a.O., Anm. (70), S. 67.
- (78) Nolte, a.a.O., Anm. (49), S. 76 ; Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 135 ; Delbrück, a.a.O., Anm. (30), S. 151 ; K. M. Meessen, Diskussion, in : Matscher/Siehr/Delbrück, a.a.O., Anm. (3), S. 168.
- (79) Vgl. Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 130.
- (80) A. E. von Overbeck, Diskussion, in : Lausanner Kolloquium, a.a.O., Anm. (18), S. 207.
- (81) 例えば、住所および常居所の概念について、拙稿（北大法學論集四〇巻二号）・前掲注（6）三二一頁以下。
- (82) Vgl. Schwander, a.a.O., Anm. (9), S. 49 f. ; H. Hoyer, Die gemeinsamen Bestimmungen des schweizerischen IPR-Gesetzesentwurfs, 35 SJIR (1979), S. 42 f.
- (83) Vgl. Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 128.
- (84) 政府草案段階では、道路交通事故の準拠法に関する一九七一年五月四日のハーグ条約が批准されていなかったが、その後批准され、一九八七年一月二日からスイスについて効力を発生している。
- (85) Vgl. Siehr, a.a.O., Anm. (3), 86 f., 88 f. 但し、ジニアは、条約が改正された場合、IPRGにおける条約の指定は、改正後の条約の指定を意味すると解する。しかし、IPRGにおける条約の指定からは、当該条約が改正されたか否かを知ることができないので、やはりIPRG自体の改正が必要であろう。
- (86) すなわち、スイスのIPRGにおいては、すでにスイスについて効力を発生していた条約だけが指定されていたのであり、草案段階において批准されていなかった道路交通事故の準拠法に関するハーグ条約も、IPRG発効前の批准が予定されていた。Schlussbericht, a.a.O., Anm. (10), S. 241 ; Botschaft, a.a.O., Anm. (10), S. 164.
- (87) Vgl. Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 132 f. 例えば、マックス・プランク外国私法・国際私法研究所は、次のような条文を提案し、E.C.契約準拠法条約の国内適用は、国際法上の効力発生と無関係である、との立場を取っていた。「契約債務関係は、契約債務関係の準拠法に関する一九八〇年六月一九日の条約の事項的適用範囲内においては、当該条約の指定規範によるものとする。」Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts : Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983, RabelsZ 47 (1983), S. 667.

- (88) 「条約のコピー」とは、ジニアによる用語法 “Kopier-Methode” にならったものであり、ジニアの場合と同じく便宜的な用語にすぎない。 Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 85.
- (89) 前述三の参照。 Vgl. auch Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 132.
- (90) Vgl. Bilow, a.a.O., Anm. (61), S. 179; Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 132.
- (91) 前述四一および注 (87) 参照。
- (92) 前述二三および注 (35) 参照。
- (93) 前述二三および注 (46) ならびに二三参照。
- (94) 連邦政府自身も、これを認めている。 BT-Drs. 10/504, S. 24 f.
- (95) Vgl. Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 134.
- (96) 例えば、E G B G B 三七条における E C 契約準拠法条約一条二項・三項の不完全なコピーが挙げられよう。ジニアは、これを「起草上の失敗」(Redaktionsfehler) とする。 Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 109.
- (97) 但し「反致および転致が指定の趣旨 (Sinn der Verweisung) に反する場合」ならびに当事者自治による法選択の場合を除く。
- (98) 但し、ハーグ条約においても、古くは、一九〇二年の婚姻に関する法律の抵触を規律するため条約一条が反致を認めており、最近でも、一九八八年の相続準拠法条約四条が部分的に転致を認めている。前者の条文については、川上・前掲注(2)一〇七頁。後者の条文については、原優「ヘーグ国際私法会議第一六会期の概要」民事月報四四卷一三三八頁。その他の例外については、池原・前掲注(一)一九八頁以下、山田・前掲注(7)六〇頁参照。
- (99) 例えば、E G B G B 一八条一項は、次のように規定している。「扶養義務については、扶養権利者の現常居所における現行法の実質規定が適用されるものとする。権利者がこの法により義務者から扶養を受けることができない場合には、双方が共通に所属する国の法の実質規定が適用されるものとする。」(傍点筆者)
- また、E G B G B 二六条一項本文は、次のように規定している。「遺言は、複数の者が同一文書において行った場合も含めて、その方式が次に掲げる法のいずれかの方式要件に適合するときは、方式に関し有効とする。」(傍点筆者)
- (100) 政府草案の理由書および連邦下院の法制委員会の報告書は、E G B G B 一八条については、この点を明示しているが、E

- GGGB二六条については、起草上の変更を行ったとしか述べていない。BT-Drs. 10/504, S. 63; 10/5632, S. 44.
- (101) BT-Drs. 10/504, S. 35, 84. 条約一五条は、次のように規定している。「反致および転致の排除。本条約により適用されるべき国家法とは、この国の国際私法規範を除いた現行の法規範とする。」
- (102) 例えば、EGGBB一一一条一項は、次のように規定している。「法律行為は、その目的たる法律関係に適用されるべき法、または行為地国の法の方式要件を充たす場合には、方式上有効とする。」(傍点筆者)
- また、EGGBB一二条前段は、次のように規定している。「同一国に所在する自然人が契約を締結し、この国の法の実質規定によれば、権利能力、行為能力および行動能力を有する場合には、他の国の法の実質規定による権利無能力、行為無能力および行動無能力については、契約の相手方が契約締結当時、この権利無能力、行為無能力および行動無能力を知っていたか、または知るべきであったときに限り、これらを援用することができるとする。」(傍点筆者)
- (103) Vgl. Siehr, aaO, Anm. (3), S. 102 ff.
- (104) Vgl. BT-Drs. 10/504, S. 39. EGGBB四三条二項は、次のように規定している。「複数の部分法秩序をもつ国の法が指定され、適用されるべき部分法秩序が示されていない場合には、どの部分法秩序が適用されるべきかは、この国の法が決定する。かかる規則が無い場合には、事案と最も密接な関係の部分法秩序が適用されるものとする。」扶養義務の準拠法に関するハーグ条約一六条、遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約二条二項参照。
- (105) BT-Drs. 10/504, S. 84. EGGBB三五条二項は、次のように規定している。「一国に複数の地域単位があり、そのいずれもが契約債務関係について独自の法規定を有する場合には、本款により適用されるべき法の決定については、各地域単位を国とみなすものとする。」
- (106) EGGBB六条は、次のように規定している。「外国の法規範は、その適用が明らかにドイツ法の本質的諸原則と相いれない結果に至る場合には、適用されないものとする。外国の法規範は、とりわけ、その適用が基本権と相いれない場合には、適用されないものとする。」(傍点筆者)
- これに対して、改正前のEGGBB三〇条は、次のように規定している。「外国法の適用は、ドイツ法の善良なる風俗 (die guten Sitten) または目的に反する場合に、排除されるものとする。」
- (107) BT-Drs. 10/504, S. 43.

- (108) 政府草案の理由書は、E G B G B 六条後段について、これが E C 契約準拠法条約に明示されていないことを認めつつも、当然に国際債務法にも適用があるとする。BT-Drs. 10/504, S. 44. Vgl. auch Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 112 f.
- (109) BT-Drs. 10/504, S. 84 f.
- (110) Vgl. Stellungnahme des Max-Planck-Instituts, a.a.O., Anm. (87), S. 666 f.; Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 109 f.
- (111) Vgl. Stellungnahme des Max-Planck-Instituts, a.a.O., Anm. (87), S. 603 f.; Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 127 f., 134 ff.
- (112) Vgl. Siehr, a.a.O., Anm. (3), S. 96 f.; U. Drobnig, Diskussion, in: Lausanner Kolloquium, a.a.O., Anm. (18), S. 209. 一方、E C 契約準拠法条約について、その直接適用可能性を否定した一九八六年の承認法一条二項の削除だけを提案する者がある。Kohler, a.a.O., Anm. (41), S. 173; Jayme/Kohler (IPRax 1989), a.a.O., Anm. (70), S. 343 f. しか、この条約のコピー方式を取っている以上、扶養義務の準拠法および遺言の方式の準拠法に関する二つのハーグ条約の場合と同じ問題が残るであろう。
- (113) Vgl. U. Everling, E. Jayme, H. Mosler, J. Delbrück, K. Siehr, H. Stoll, B. von Hoffmann, Diskussion, in: Matscher/Siehr/Delbrück, a.a.O., Anm. (3), S. 175, 182 f., 186 ff., 191, 196 f.
- (114) 遺言の方式の準拠法に関する法律の制定については、次のように説明されている。「ところで、日本国憲法の下では、条約が締結されたときは直ちにそれが国内法上の効力をも有すべきものと解されている。従って、理論上は、この条約の批准に際して別段の国内立法措置を講ずる必要はないといえる。しかし、前述のようにこの条約に定める規則がわが国において一般的に適用されるべき国際私法の規則となることを考えると、これを条約の国内法的効力に委ねるといふやり方は少なくとも立法政策として妥当でない。而して、条約の規則を形式的にも国内法化するについては、法例の一部改正の方法によるも単行法を制定する方が立法の体裁上適当であると考えられたのである。」村岡二郎「遺言の方式の準拠法に関する法律の解説」法曹時報一六卷七号九八一頁。池原・前掲注(一)五七頁も参照。
- (115) 例えば、長崎家審昭五五・一・二四家裁判報三四卷二号一六四頁は、子の常居所が日本にあつたにもかかわらず、改正前の法例二〇条により、扶養義務者たる父の本国法(本件では中華民国法)を適用した。
- (116) 改正前の法例三二一条二項においても、無国籍に関する二七条二項および無住所に関する二八条一項の適用が留保されて

- いた。その理由は、次のように説明されている。「前者は、当事者が国籍を有しない場合に本国法の代用法として、住所地法又は―住所もないときは―居所地法を適用すべきものとする規定であり、後者は当事者が住所を有しない場合は住所地法の代用法として居所地法を適用すべきものとする規定である。もつとも、法例が住所の決定について領土法説をとるものとの解釈（多数説）に立てば、第二十七条第二項を適用して本国法の代用法を認める必要はない。また、遺言者が常居所を有した場合には、本国法又は住所地法の代用法となるべき居所地法は常居所地法にほかならないから、居所地法を代用法として認める必要はない。他方、この法律では行為地法が準拠法として認められており、居所地は多くの場合行為地と一致するであろう。従って、前記二つの規定の適用を認める実益は甚だ少ない。しかし、そのような法例の一般規定の適用を、遺言の方式についてだけ排除しなければならぬ積極的理由もないことから、これら二つの規定は引き続き適用されることとなったのである。法例二六条に規定する本国法や、遺言の実質的内容に関する準拠法（効果法）としての本国法については、その代用法として単なる居所地法が適用される場合があり得ることも、考慮された。」村岡・前掲注（114）一〇〇七頁。
- （117）拙稿「法例改正と戸籍（上）」戸籍時報三八〇号一四頁以下。
- （118）池原・前掲注（1）一六〇頁、山田・前掲注（7）一〇〇頁以下。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLI No. 2

SUMMARY OF CONTENTS

**Inkorporation der Staatsverträge
in nationale IPR-Kodifikationen**

Yasuhiro OKUDA*

- I Einleitung

- II Berücksichtigung von Staatsverträgen in nationalen IPR-Kodifikationen
 - 1 Allgemeiner Vorbehalt zugunsten internationaler Staatsverträge
 - 2 Hinweis-Methode im schweizerischen IPRG von 1987
 - 3 Kopier-Methode in der Reform des deutschen EGBGB

- III Probleme aus völkerrechtlicher Sicht
 - 1 Haager IPR-Konventionen
 - 2 EG-Schuldvertragsübereinkommen – Empfehlung der EG-Kommission von 1985
 - 3 Bericht des Rechtsausschusses des Budestages von 1986
 - 4 Praxis der anderen Vertragsstaaten und Brüsseler Protokolle zur Auslegung des Schuldvertragsübereinkommens durch den EuGH

- IV Probleme aus rechtspolitischer Sicht
 - 1 Vor- und Nachteile der Hinweis-Methode
 - 2 Vor- und Nachteile der Kopier-Methode

- V Probleme bei der japanischen Methode

*ordentlicher Professor, Universität Hokkaido

Kollisionsrechtliche Staatsverträge erga omnes⁷ gibt es erst seit jüngerer Zeit. Solche Staatsverträge machen im Rahmen ihres sachlichen Anwendungsbereichs autonomrechtliche Kollisionsnormen überflüssig. Deshalb müssen sich die Gesetzgeber neuerer IPR-Kodifikationen mit dem Verhältnis zwischen Staatsverträgen erga omnes und autonomem Kollisionsrecht auseinandersetzen. Wir sehen hier zuerst Probleme bei der Hinweis-Methode im schweizerischen IPRG von 1987 und bei der Kopier-Methode in der Reform des deutschen EGBGB. Und dann überlegen wir Probleme bei der japanischen Methode.

Zahlreiche nationale Gesetzgeber erklären in den IPR-Gesetzen den allgemeinen Vorbehalt zugunsten der Staatsverträge, die ihre eigenen Staaten ratifiziert haben. Der schweizerische Gesetzgeber verweist zudem auf die Staatsverträge erga omnes; z. B. heißt Art. 49 IPRG von 1987, für die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten gelte das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht. Der deutsche Gesetzgeber inkorporiert demgegenüber den Wortlaut solcher Staatsverträge mit redaktionellen Veränderungen.

Aus völkerrechtlicher Sicht scheinen die beiden Methoden nicht problematisch zu sein, weil allgemeine Regeln des Völkerrechts über das Verfahren zur Rezeption von Staatsverträgen in das innerstaatliche Recht nicht bestehen. Die EG-Kommission empfahl trotzdem der Bundesrepublik Deutschland, alle durch ihre Verfassung gegebenen Möglichkeiten auszuschöpfen, damit ihre Gerichte unmittelbar auf den Wortlaut des EG-Schuldvertragsübereinkommens zurückgreifen können, und Änderungen des Inhalts, der Formulierung und der Reihenfolge sowie Auslassungen und Anpassungen der Vorschriften dieses Übereinkommens bei der Reform des EGBGB vermieden werden. Es ist bei alledem zur Zeit offengelassen, ob die Kopier-Methode gleich völkerrechtswidrig ist.

Aus rechtspolitischer Sicht haben die beiden Methoden Vor- und Nachteile. Bei der Hinweis-Methode machen die Texte des nationalen Gesetzes nur die Existenz der Staatsverträge erga omnes klar, während die Richter unmittelbar auf den Wortlaut der Staatsverträge zurückgreifen können und müssen. Andererseits ist es nicht immer klar, ob ein Hinweis von der völkerrechtlichen Geltung der Staatsverträge abhängig oder unabhängig ist. Bei der Kopier-Methode zeigen die Texte des nationalen Gesetzes den Inhalt der Staatsverträge, damit das IPR-System übersichtlich sein kann. Hier ergibt sich aber die technischen Schwierigkeiten der wörtlichen Inkorporation aus inhärenten und redaktionellen Gründen. Vor allem verstecken die Gesetzestexte die Identität der Staatsverträge, so daß die nationalen Richter deren Wortlaut manchmal ignorieren müssen. Art. 3 Abs. 2 und Art. 36 EGBGB helfen dabei fast nichts.

Japan ratifizierte bisher nur zwei Staatsverträge erga omnes, d.h. Haager Übereinkommen von 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anwendbare Recht und dasgleiche von 1973 über das auf die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht. Zum innerstaatlichen In-

krafttreten der beiden Staatsverträge erließ der japanische Gesetzgeber zwei Gesetze und bestimmte im Art. 34 Horei, daß die Vorschriften des Horei außerhalb Art. 28 Abs. 2 Satz 1 (Heimatrecht des Staatslosen), Art. 29 Abs. 1 (Wohnsitzrecht des Wohnsitzlosen), Art. 30 Satz 1 (Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Person, die nirgendswo ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat) und Art. 31 (Rechtsspaltung) nicht für die Unterhaltspflichten und die Form letztwilliger Verfügungen gelten. Problematisch sind die redaktionellen Veränderungen des Wortlautes der Staatsverträge und die erweiterte Anwendung der einigen gemeinsamen Vorschriften des Horei.