

研究叢書 3

国際私法の法典化 に関する史的研究

川上太郎著

神戸大学

経済経営研究所

1961

国際私法の法典化 に関する史的研究

川上太郎著

神戸大学経済経営研究所

1 9 6 1

は し が き

国際私法は、すべての国を通じて同一のものが行われることが望ましい。しかしながら、現に行われている諸国国際私法は個々の国に固有の立法権に基づき、その国の需要に応ずるように作られている。それ故互に相違するを免れない。互いに相違する諸国国際私法の規定を統一するということは、現に行われている諸国の法律を改正することにはかならない。それ故、このことについては、当然各国法の側からする抵抗があることを覚悟しなければならない。この抵抗を排して、諸国国際私法の規定の統一を実現することは、はたして可能であるか、どうか。可能だとして、この統一を実現するには、具体的には、どのような順序方法によるべきか。

上に述べた統一を実現するには、諸国としてどうしても踏んでゆかなければならない道筋があるはずだが、それを明らかにするには、どうしたらよいか。まず何をおいても、各国法の成り立ちを明らかにしておく必要がある。このように考えて、私は諸国国際私法の立法過程の研究に志すに至った。しかしながら問題はあまりにも大きく、かつ、深遠である。到底一挙に解明しつくすことのできるようなものではない。そこで、この書においては、ごく大まかに、主要諸国国際私法典の成立過程を歴史的に比較考察して、それぞれの法の間に存するたて横のつながりの大体を明らかにしようとした。各国法統一の順序方法を具体的に研究するには、予じめ、個々の国法の状態およびその全体としての併存の姿を大掴みに俯瞰することのできるような地図を用意しておくのが便利だと考えたからにはかならない。

各国国際私法典の成立過程を敘述するに際しては、たんに法内容の成立過程の問題だけでなく、各国における立法の機構や手続がどのようなものであったかという実状にも触れるようにつとめた。

この書には多くの不備欠陥があるが、わけてもこの書において、採りあげようとして、時間と能力の不足の故に遂に採りあげ得なかったものに、条約国際私法とソビエト圏諸国国際私法の立法過程の問題がある。他日に期するほかはない。

この書を世におくるに当り、私は多くのかたからうけた数々の御厚意を想起して感謝の念を新たにしている。第一に、恩師佐々木惣一先生に対して心から感謝の意を表さなければならない。同時に大学卒業以来今日まで30有余年の間私を受けいれ、学問研究にしたがうことを許された神戸大学に対して心からなる謝意を表さなければならない。

私は、学問を通じ、また神戸大学を通じて、実に多くのかたがたと知り合い、終始かわらない友情に浴してきているが、とくにこの書の成るについては、文献に関し、また附録に挿入した法典の邦訳に関し、多数の同学のかたがたの特別の御配慮を煩わした。また原稿の整理、浄書、校正については、神戸大学法学部国際私法研究室の学生諸君および事務室のひとかたならぬ援助をうけた。さらに索引の作成と校正とについては、学友神戸大学西賢助教授と大学院学生小林一好君の御尽力にあずかった。最後に、この書物の刊行については、神戸大学経済経営研究所および事務長原利雄氏にひとかたならぬ御配慮をいただいた。あつく感謝の意を表する。

1961年 8 月

神戸大学 六甲台の研究室にて

川 上 太 郎

目 次

序	説	1
第 1 章	国際私法の法典化の発端	5
	——1804年フランス民法典の編さん——	
第 2 章	19世紀中葉における法典化	16
	——1856年イタリー民法典中における国際私法規定——	
第 3 章	19世紀末葉から20世紀初頭にかけての法典化	22
I	1896年のドイツ民法施行法	22
II	明治31年(1898年)の日本国「法例」	28
III	1926年のポーランド国際私法	42
第 4 章	近時における国際私法の法典化	46
I	1940年ギリシャ国際私法	47
II	1942年イタリー国際私法	50
III	1948年チェコスロバキア国際私法	53
第 5 章	ラテンアメリカと国際私法の法典化	57
I	序 説	57
II	ラテンアメリカにおける国際私法法典化事業の概観	58
III	全米連合(OAS)と国際私法の法典化	65
IV	国際私法の法典化に関する全米法律家理事会常設委員会の意見書	73
第 6 章	イギリス国際私法の法典化	80
I	序 説	80
II	「国際私法委員会」と「住所法」の改正	82
	[附] 1954年「住所法典」	88

Ⅲ 「婚姻および離婚に関する国王委員会」と「管轄および承認」に関する 法典案	95
第 7 章 アメリカ合衆国国際私法の法典化	101
Ⅰ 序 説	101
Ⅱ アメリカ国際私法のリステイトメント——特にその成立過程に関する問 題点	104
Ⅲ アメリカ統一商法典と国際私法	125
第 8 章 国際私法の改正問題	145
Ⅰ フランス国際私法の改正問題	145
Ⅱ ドイツ国際私法の改正問題	153
Ⅲ 日本国「法例」の改正問題	161
附 録 国際私法の法源	

序 説

一般に法典の編さんには、2つの型がある。ひとつは、慣習・判例・学説等の形ですでに存在している個々の法規範を成文の形になおし、これを整頓し、体系を立て、組織化することを意味する。イギリスにおける法典編さんにはこの型のものが多い。ブラウカー教授は、この型の法典の立法を帰納的立法と呼んでいる。¹⁾この種の法典化の場合には、新たに法を作るのではなく、すでに存在する現行法を法典の形にまとめるだけであるから、所与の素材を明瞭に認識して整頓すればよい。したがって仕事は比較的容易である。法典化のためには、存在する法を正しく認識し、これを論理的に体系化して、法文の形になおすという立法技術に長じておるだけでこと足りるのである。

他のひとつは、全く新たな立法を意味する。すなわち存在する法が不満足なものである場合に、これを新たなものに取り換え、または今まで法によつて規律されておらず、法外のものとしてみられていた生活関係が事情の変化によって法による規律を必要とするようになった場合に、これを新たに規律するなどした上、すべての関係法規を体系化して、法典化することを意味する。19世紀以来、ヨーロッパ大陸の諸国およびわが国において行われてきた民法典編さんの多くは、それまで国内の各地域にまちまちに行われていた多くの異なる地方慣習法や判例法を全国的に統一するために、行われたものであるから、純粹立法型の法典編さんに属するとみななければならない。²⁾後に述べるように（本書第8章）、今日フランス、ドイツや、わが国などで、問題となっている国際私法典の改正

(1) 道田信一郎訳、ブラウカー「アメリカ商法の現代化」ジュリスト、1959. 9. 1. 号 26頁。

(2) Brierly, *The Bases of obligation in international law*, 1958, p. 339.

問題も正にこの第2の型の法典化の問題である、とみななければならない。一旦法典の形にまとめられたものを、新たな社会事情を考慮して、全面的、または部分的に書き改めることにはかならないからである。

一般に新たに法を作るには、予め法の理想たる目標を確立しておかねばならない。これは、国家の立法政策の決定の問題であり、政治の問題である。法の実体を作ることは、政策の決定に触れる仕事である。それ故、どんなに存在する法に通暁しており、また法文の整理や起草の技術に長じているにしても、政治にうとい単なる法律家は、その法律家たるの資格だけでは、立法政策の決定についてまで適格性を存するとは言えない、と私は考えている。それ故、立法の準備作業を無駄なくすすめてゆくには、法案準備の責任をもつ政府自らがまずもって立法の目標および立法計画の大綱を決定しておかなければならないと考える。

今日までに行われた国際私法の法典化についても、理論上は、上に述べた2つの型が存し得る。しかしながら実際においては、国際私法についてはほとんど常に第2の型の立法化が行われたこと、後にみる通りである。

主要諸国国際私法の法典化の事情を歴史的に研究することに、学問上どんな意義があるか。その意義は、今日の国際私法を支配する法思想や個々の法規の内容はもちろん、その将来における発展の動向も、過去における法典化の実態を知らずして、これを知るとは殆んど不可能に近いから、これをたずねる必要があるという点にある。何故であるか。

まず第1に、国際私法の課題並びにその指導原則が、極めて緩漫に、漸次的、継続的に発展してきており、しかもまだ極めて未成熟の状態にとどまっているからである。これを詳言すれば、各国の国際私法判例はまだ固定せず、動揺を重ねておるし、また各国の成文法規も国際条約法規も至って簡単、かつ多くは

(3) この点については、川上太郎「国際私法の法典化の出発点」国民経済雑誌 100 巻記念号(1959年) 589 頁以下参照。

断片的なものにすぎない。かかる不完全な法源に基いて、真に法として妥当する国際私法を、把握することの困難さは言わずして明らかである。すなわち、真に妥当する国際私法に関する条理法を発見し、確定するには、その歴史的淵源に遡って、これを究める以外に道はない。ところで、今日諸国に行われている国際私法の法典化の事情を明らかにすることは、正にその歴史的淵源を究めるひとつの方法は、外ならないのである。

第2の理由は国際私法の規範が多数の学者の数世紀に亙る学問的協同作業によって形成せられてきたことにある。すなわち、国際私法の形成・発達には、イタリー、フランス、オランダ、ドイツ、ラテンアメリカ諸国、イギリス、アメリカの諸国が、時代や程度の差はあれ、いずれも何ほどか寄与し、協力したのであって、国際私法は本来的に国際的な学問的共同作業の成果であると言って差支えない。近代国際私法がその最も固定した実定法上の法原則を抽出したのも、これらの科学的国際協同からなのである。そして今日、実定法として諸国に、また国際的に妥当する法規は、国際私法の当初以来確立した古い法規であるものもあり、また比較的新しい発達にかかるものもある。さらにまた、そのあるものは普遍的にみとめられているに反して、他のものはその価値に疑を挟まされつつある。このような状態にある国際私法にあっては、その発展の歴史、殊にそれが諸国においてどのように法典化されていったか、または法典化されないで、判例法たるままにとどまっているかという、法典化を通じての法そのものの発展の歴史を知ることは、法思想の発展の方向を知る上に、また個々の法規の当・不当を測定するに当り、羅針盤の役割をはたすものなのである。

もちろん、国際私法は他の法と同様、社会生活自体のうちに存立の地盤を有するものであって、法典は単に法の存立のひとつの形態にすぎない。それ故、法典化の歴史を知り得たからといって、それによって国際私法の成立の全貌を明らかにしたことにならないのは勿論である。しかしながら法典は法の存立を示す重要な徴表であるから、国際私法の法典化の歴史を明らかにすることは、

国際私法の存立・発展の真相を明らかにしようとする場合、絶対に必要不可欠であると断じて誤りないものと、私は考えている。

本書は、上述したような見地に立って、主要諸国の国際私法がどのような仕方、どんな内容を有するものとして法典化されていったか、また現にされつつあるかという立法過程の大要を比較立法学的に概観したものにはかならない。「法典化」という事象を研究対象に選んだのは、観念的抽象的に国際私法の発展を考察するというのではなく、具体的な立法現象に即して法の発展をみるのが、法の発展の真相を明らかにする上に適当な方法のように考えられたからにかならない。

それ故、本書は今日諸国に行なわれている国際私法を大観して、そこに支配する法思想は何であるか、また諸国国際私法の将来における発展の動向は何であるかなどというような問題を直接の研究対象とするものではない。しかしながらこれらの問題を的確に知ろうとすれば、当然に過去における国際私法立法発展の跡をたどらねばならぬと考えて、本書においてこの問題を採りあげたのである。過去のために過去を追うというような好事家的思考のもとに、過去に近付こうとしているものではない。私としては、今日諸国国際私法を支配する法思想は何であるか、諸国国際私法の将来における発展の順序、動向は何であるかというような、大きな、また互いにかみ合っている深い問題を的確に知ろうとする場合、道を間違えないために、道標を立てておきたいと考えて、この稿を草したのである。

第1章 国際私法法典化の発端

—1804年フランス民法典の編さん—

国際私法統一の必要が感じられ、実際にそのための努力がなされるようになったのは、1871年頃マンチニーの提唱に始まる应该说よい。彼がこれを提唱したのは、その頃までにヨーロッパの若干の国（フランス、オーストリア、オランダ、ギリシヤ、イタリー、ポルトガル等の諸国）で国際私法の国内法上の法典化が行なわれた結果、各国国際私法の相違が顕著になり、統一の必要が痛感せられるようになったからである。

国際私法の法典化の事情を明らかにするに先だち、法典化以前に、国際私法は、どのような形で存在していたかを概観しておきたい。

法律衝突問題が始めて学者の注目をひくにいたった中世のイタリーにおいては、学者は衝突問題解決の鍵をユスチニアヌスのコルプス・ユリスに求めた。そして彼らはローマ帝国の勅令のうちに、「われわれの恩恵下にある全ての民族を拘束する……」なる文言を見出し、これに基づいてローマ法の規定の中から衝突規則を抽出しようとした。しかし、ローマ法の法文を楯にしたのは、口実だけのことであって、真実には「理性」と「公平」とに依拠したのである。したがって、当時依拠された国際私法は、実は、純然たる学問上の作品であり、学説法にほかならなかつたのである。⁽¹⁾

(1) 国際私法は13世紀中葉以降18世紀末まで、もっぱら学説法として存在し、発展してきた。その経緯については、川上太郎「国際私法の歴史」、国際私法講座第1巻（1953年）87頁以下、また国際私法を「学説法」または「学究法」（*Gelehrtenrecht*）とみる見方については、折茂豊『国際私法の統一性』（1955）、134、430、432頁参照。

16世紀のフランス衝突法も学説法であったし、又17世紀のオランダ衝突法も同様であった。

法典化の萌芽 18世紀の中葉に民法典の編さんが行なわれるようになったのであるが、国際私法の規定は当初、民法典の1部として、立法化せられた。そのため、従来学説法として諸国を通じてただひとつであった国際私法規定は各国民法典の編さんと共に、各国国内法として分化し始める。その発端をなすのは、1756年のバイエルン⁽²⁾法典、1794年のプロシヤ⁽³⁾一般州法の編さんであるが、近代法典化の先駆をなすものとして、後代の国際私法の法典化に至大の影響をおよぼしたのは、1804年のフランス民法典である。そこで、本書では、まず、フランス民法典について、そのうちの国際私法規定の立法過程を窺うことにする。

フランス民法第3条の立法過程 フランス民法第3条には、1項——「警察および安寧に関する法律は、領土内に居住するすべての人を拘束する。」 2項——「不動産は外国人の所有に属する場合においても、なおフランス法によってこれを支配する。」 3項——「人の身分及び能力に関する法律は、フランス人が外国にある場合においても、およこれを支配する。」とある。

この規定はどんな構想のもとに、どのような過程を経て作られたか。以下には、その概略をしるすこととする。⁽⁴⁾ 詳細については、私の別の研究を参酌されたい。⁽⁵⁾

(2) バイエルン法典については、Nolde, Les étapes historique de la codification législative du d. i. p., Revue Darras XXII (1927) p. 362 Gutzwiller, Le développement historique du droit international privé, Recueil des Cours, 1929-IV, p. 294 note 1.

(3) プロシヤ一般州法については、川上太郎「独乙国際私法」(外国法典叢書・国際私法中) 35頁; Nolde, La Codification du droit international Privé, Recueil des Cours, 1936-I, p. 308 et s.

(4) Nolde, Ibid., p. 311.

(5) 川上太郎「フランス民法第3条の立法過程」,(江川英文教授還暦祝賀論文集に収

フランス民法典編さんの発端は、フランス革命の進行中1792年に設けられた「国民公会」(Convention Nationale)が1793年6月24日に制定した憲法により、憲法制定の翌日立法委員会に対して、1ヶ月以内に民法典草案を起草して国民公会に提出すべき旨、命じたのに始まる。立法委員会は1ヶ月有余で編さんを終り、参事院(Conseil d'Etat)に草案を提出した。これがカンバセレス(Cambacérés)の第1草案といわれるものである。そしてその第1編人事編第1章総則中には、「外国人はフランスに居住する間、共和国の法律に服する。

外国人は共和国法のゆるすすべての取引をすることができる。外国人の身体および財産は法律の保護のもとにある。」との規定があった。しかしこの公会においては、民法典草案の全体が否決せられた。そのため、この規定は法として成立しなかった。その後、民法典草案の起草審議は種々の経緯を経たが、民法第3条を含む民法典の全体が可決せられ、法律となったのは、1803年3月5日⁽⁶⁾のことである。

第3条の立法理由 起草委員として原案を作成し、立法院における法案審議の際説明の任にあたったポルタリス(Portalis)の提案理由の説明によると、この規定の立案の方針は、各種の法律ごとにそれぞれその性質に適するようにその適用範囲を定めるというにあった。そして具体的には、当時行なわれていた支配的学説たるスタチュート理論によつて、外国法との関連において、フラン

められる予定)参照。なお、フランス民法典以前におけるフランス国際私法に関しては、川上太郎「国際私法の歴史」国際私法講座1巻註32。

(6) ただしこのとき、議決、実施せられたのは、「法律の効力等に関する法律」である。この法律は、その後制定せられた他の法律と総合せられ、1個の法典にまとめられ、公式には、『フランス人の民法』(Code civil des Français)と名づけられる。このことについては、Fenet, Recueil Complet des travaux préparatoires du Code Civil, t. I, Introductidn pp. LXXX et s.; 片山謙二「フランス民法の編纂過程」(関西学院大学文学部研究年誌5輯, 昭和16年(1942年)200頁以下; 野田良之『フランス法概論』上巻(2)(昭和30年〔1955年〕)678頁以下参照。

す法の適用範囲を決定しようとしたのである。

第3条1項の立法理由 ポルタリスの言によると「ある国にとって、その法律が存在しないと、その国も存在し得ないというような法律がある。1国の警察を維持し、その安全をはかる法律がそれである。この種の法律は、その重要さから見て、当然に領土内に居住するいっさいの人——外国人たると内国人たるを問わず——を拘束するものである。」⁽⁷⁾と。そしてこの種の法律は、各国の有する自己保存の権能たる主権に基づいて制定せられるものであって、すべての人と物とに妥当する。したがって、ある人がその居住する国を支配する公権力に反対して、自分は外国人であると主張するとも、それはなんら正当な免責事由となるものではないのである。」と。

第3条2項および3項の規定の立法理由 第2項の規定が法規分類学派のいう「物法」の原則の物法的表現であること、また第3項の規定が彼らのいう属人法の原則の一方的表現であることは疑いないところである。⁽⁸⁾ただ、「不動産は外国人の所有するものであっても、フランス法によってこれを定める。」との3条2項の規定が、不動産相続の問題にも適用があるかどうかについては、今日学者の見解が分れ、解釈上疑問の存するところである。⁽⁹⁾立法者は立法の当時、この点をどのように考えていたか。ポルタリスは立法理由を説明して言う。「財産の処分を規定する法は、＜物法＞である。したがって、これらの法律は外国人の所有する不動産をも支配するのである。」と。そしてその理由づけを財産の所在する国家がその国にある物について有する公物所有権 (domaine éminent), すなわち主権に求めている。⁽¹⁰⁾そしてレネによると、ポルタリスが3条2

(7) Fenet, *Ibid.* t. VI p. 355; Loqué, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 1827-32, t. I p. 579.

(8) このことは、ポルタリスの説明に徴して明瞭である。Fenet, VI, p. 356 et s.; Loqué, I, p. 580, 612.

(9) この点、川上太郎「仏蘭西国際私法」外国法典叢書・国際私法中 266 頁参照。

(10) Loqué I p. 581.

項の註釈に際して、用いている「財産の処分を規律する」(régler dispositions des biens)なる言葉は、フランス法上、「相続上の処分」を意味するものである。このことから見て、ポルタリスは不動産相続を「物法」の主要対象をなすものと見て、第3条2項の規定をもうけたと解すべきものであると。⁽¹¹⁾

なお、フランス民法編さんの過程において、一度は立法に適する事項として採り上げられながら、途中で立消えになって成文化されなかったものに、動産に関する規定および法律行為の方式に関する規定がある。当時のフランスにおいて、民法第3条の規定を立法化するということが、国際私法上どんな意味をもっていたかを知るためには、何故、この2つの問題については、成文規定をおくことができなかつたか、を確かめておくことが有益である。そこで、以下に、この2つの規定は、何故に、立法化されるに至らなかつたか、の事情を知るために、この問題に関するレネの研究を紹介することにしたいと考える。⁽¹²⁾

第1 動産に関する規定について

共和8年(1800年)の草案においては、序編第4章第5条は、つぎの2つの項からなっていた。1項——「外国に居住するフランス人はフランスにある自己の財産ならびにその身分および能力に関する一切の事項につきフランス法に服する。」2項——「フランス人の動産はその一身におけると同じくフランス法による。」⁽¹³⁾

(11) Lainé, La rédaction du Code Civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé, dans *Revue de droit international privé*, t. I (1905) p. 450 et s.

(12) Lainé, *Ibid.* pp. 452-475. Lainé, *Introduction au droit international privé*, II p. 328-428.

(13) ナポレオンは共和8年クーデターによって、新政府を組織して第一統領に就任、非常に熱意をもって、統一民法典の編さんに当った。彼の下命で任命せられた3人の起草委員(Tronchet, Bigot-Preameu, Portalis)が起草したのが、共和8年の草案である。これにはポルタリスの有名な「序論」が附せられている。しかし、この案は、護民院によって否決せられた。草案および序論は、Fenet, II, p. 3 et s. I p. 463に登載; なお、野田良之訳『ポルタリス民法典序論』(1947年)参照。

これらの規定のうち、1項の「フランスにある財産はフランス法による」との規定は編さんの最後の過程において、第3条2項となった。そしてそこにいう「財産」(biens)なる言葉は、不動産殊に不動産相続に関するものであることは、フランス古法の研究によって知り得られるところである。そしてフランス法がこれを支配する名義が所在地法としてであることは、レネの考証によって、⁽¹⁴⁾明らかである。第3条2項の「フランス人の動産はその一身にけると同じくフランス法による。」という規定の真の意味も、フランス古法の知識によって知り得られるところである。この規定では、「フランス人の動産はその一身にけると同じく……」となっているところから、規定の外見上は、外国に居住するフランス人の動産は、一切の関係において、絶対的に、人法中に属せしめられているように見える。しかしこのように解することは許されない。けだし事物の性質上、動産についても、物権問題と他の問題とは峻別せられるべく、そして動産物権の問題は当然物権法によらしめるべきであり、これを属人法によらしめるべき何らの理由もないからである。そうだとすれば、第3条2項の規定の真に意味するところは何であるか。

2項も1項と同様にスタチュート学説の法則を定めたものである以上、それは、『動産は人にしたがう』(Mabilia sequuntur personam)なる法諺を成文化したものであると解しなければならない。そしてこの法諺は、物を個々にみて、その地位を定めたものではなく、ひとりの人に属する多数の動産を包括的にみて、動産相続は死者の死亡当時の住所地法によることを意味するのであった。このようにして、共和8年案の立案者は、外国にあるフランス人の財産相続に関し、フランス古法から、不動産相続と動産相続との2つについて、矛盾する2つの法則を借用し、これらを規律したのである。すなわち不動産相続については、所在地法の資格においてフランス法(すなわち物法)の管轄をみとめ、動産相続に関しては、住所地法に代へて本国法の資格においてフランス法

(14) Lainé, p. 450 et s.

(すなわち属人法)の管轄をみとめたのである。

8年案の立案者がこのように定めたことには、2つの誤りがある。1つは、不動産相続について所在地法によることとの誤りである。けだし、この規定は正しくスタチュート学説の法則であるにはちがいない。しかしながら一方に、民法典において、封建法の不動産相続の観念(封建法では不動産相続は土地の所有制度のための制度であると考えられていた)とは全然異なる新しい相続観念(民法典では相続はローマ法に基づき、親族のための制度であると構想されている)を採用することを予定しておきながら、他方に古い相続観念に立脚して相続法を物法とみとめる衝突規定を設けるということは明らかに矛盾であり、新しいフランス法の相続観念に全然適合しない規定の仕方だと言わねばならぬからである。

つぎに、動産相続に関するこの案の第2の誤りは、この規定がフランス人の動産相続を人法としての本国法すなわちフランス法の管轄に属せしめた点にある。このことを理解するには、予め、動産相続を死者の住所地法によらしめていた、スタチュート理論上の法則たる『動産は人々にしたがう』(*Mobilia sequuntur personam*)なる法諺の意味するところを知っておかなければならない。この法諺の意味については、フランスの学説は分れて⁽¹⁵⁾いた。ダルジャントレとその一派の学者は、この法諺を文字通りに解し、「動産が人に附着する」というのは、動産は場所をもたず、所有者の一身に附着し、これと不可分の一体をなしていることを意味する、それ故動産相続は身分能力の問題と同じく、人法に属するとみた。しかし、レネは、この見解は皮相的且つ表面的な見解であって、全然採り上げる価値のないものだと言う。デュームラーン一派の学説によると、動産は一定の場所に定着せず、法的には所有者の最後の住所地に存在するとみななければならぬ。したがって相続に関してはこの地の法律によらざるを得ない。

(15) Meijers, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international à partir du moyen-âge*, Recueil des Cours, 1934-III, pp. 639-640.

この見解は、動産相続を不動産相続と同じく物法の管轄に属せしめる見解であって正当であると、レネはいう。ところでフランス古法の時代には、この2つの何れの説によっても、動産相続は死者の住所地によることになり、結果にかわりはなかった。それ故、論争は重要ではなかった。しかし今や民法典の編さんによって、属人法が人の本国法によって定まることとなった以上、『動産は人にしたがう』(Mobilia sequuntur personam)なる法諺の解釈のいかんによって、動産相続の準拠法の決定は異なるものとなる。それ故、立法当時まで行われていたフランスの古い慣習法を新たに成文化するというのであれば、立法者はこの法諺の真に意味するところをよく理解した上で、その精神を立法の上に生かさねばならなかった。しかるに8年案の立案者は、この法諺を文字通りに解し、動産相続は人法の管轄に属するとの見解を採った。しかもその反面に、不動産相続については、これを物法の管轄に属せしめたのであるから、立法者は自らのすることを弁えていなかったと酷評されても(レネの言)、仕方がない。動産も不動産と同じく死者の相続財産をなすものである以上は、相続の準拠法を決定する上で、動産と不動産とを区別し、その各についてそれぞれ別の準拠法によらしめるという何等の理由もない。全相続財産は動産・不動産の区別なく、一体としてただ1個の法律に服すべきものである。そして国内法上相続の観念が封建法時代のそれとは全く別のものになってきた以上、それに応じて包括的な相続財産を物法又は人法の何れに属せしめるべきかを決定すべきであった。しかるに共和8年案の立案者はこのことに気付かず、相続を動産相続と不動産相続とに分けて、各別にその準拠法を決定したのであって、この点は立法上の大きな過誤であると言わねばならない。

しかし、結局において動産相続に関するこの規定は維持されなかった。8年案が控訴院等に諮問された以後に、参事院立法部が民法典草案を組みかえ、民法典序編に代わるものとして、「法律一般の公布……等」に関する単行法案を参事院に提出した際(9年熱月4日、1801年7月23日)、序編第5条に相応するこ

の法案の第4条には、もはや動産に関する規定は存置せられなかった。その理由は明かにされていない。それでレネは、この点は推測するほかはないが、立法部は、おそらく、リオン控訴院の旧5条2項は、有害無益であるとの批判⁽¹⁶⁾——レネは、この批判は始めから終わりまで理解できない、全くの謎である、という——に屈して、その当否を深く検討しないままに、この規定を置くことを止めたのではないか、と述べた上、つづいて曰く、「立案者は立案をいそいでいて検討の時をもたなかったか、又はこの検討の重要さに気がつかず、検討を試みる考えさえなかったのではなからうか」と。⁽¹⁷⁾

第2 法律行為の方式に関する規定について

すでに述べたように、8年の草案は、「法律行為の方式は行為地の法律による」と定めていた（序編第4章第6条、9年の草案では第5条に、後に第4条に移⁽¹⁸⁾された）。言うまでもなく、古法諺『場所は行為を支配する』（*Locus regit actum*）なる法則を具体化したものにほかならない。

なおこのほかに、同じ8年の草案には、この原則の適用を定めた、つぎの3つの規定が含まれていた。

ひとつは、「身分を確認する証書」なる章第20条で、「外国において作成せられたフランス人及び外国人の身分証書は、当該国において慣用せられる方式によって作成せられたときは、証拠力をもつものとする」となっていた。⁽¹⁹⁾

その2は、「婚姻」の章第27条で、「外国においてフランス人の間又はフランス人と外国人との間に締結せられた婚姻は、挙行地において用いられる方式に従ってなされたときは、これを有効とする……」⁽²⁰⁾となっていた。

その3は、「贈与及び遺言」の章第164条、「フランス人が外国において他のフ

(16) Fenet, t. IV p. 33.

(17) Lainé, *ibid.* p. 455.

(18) Lainé, p. 459.

(19) Fenet, t. II, p. 16.

(20) Fenet, II, p. 41.

ランス人又は外国人に対してなした贈与は、証書作成地において用いられる方式をもって公正証書によってなされたときは、これを有効とする。」——及び第166条、「フランス人が外国においてフランス人又は外国人のためになした遺贈は証書作成地に行われる方式をもって公正証書によってなされたときは、これを有効とする。」⁽²¹⁾との規定である。

これらの、序編に含まれた一般的規定の適用を定めた3ヶの規定は、多少変更されて民法典に採り入れられた(47条, 170条, 999条)が、一般的規定自体は遂に民法典に挿入されなかった。何故そうなったか。レネは、審議の過程において表明された多数の議員(参事院及び護民院の)の第4条に対する意見を議事録から引用、紹介した後に言う、「『第4条の規定は不明確で誤用に導く危険があるので法文には現わされなかった。しかし*i. r. a.*の法則は廃止された訳ではない。形を変えて、具体的適用例を定めた3つの特別規定の形式で、依然として民法典中に維持されておる』との見解があるが、この見解は、憶測の域を脱しない。議事録からみて確言し得ることは、立法者が*i. r. a.*の法則については、規定を設けず、沈黙しておくことであり、この沈黙は、この原則を廃止したことを意味せず、又これをもとめたことも意味しないというだけのことである。したがって立法者は、この原則の3つの適用だけを法文化するに止め、その他のことはすべてこれを学説に一任した、⁽²²⁾とみるのが正しい」と。レネは、更に続けて言う、「この結論から直ちに導き出されることは、民法典の精神からすれば、*i. r. a.*の法諺の遵守は原則として、義務的・強制的ではなく、⁽²³⁾任意的であるとみなしなければならぬ、ということである。」そして又、これこそが、⁽²⁴⁾*i. r. a.*の法諺の起源に合致する見解である」と。なお、17世紀及び18世紀中に

(21) Fenet, II, p. 301.

(22) Lainé, pp. 465-468.

(23) Lainé, p. 469.

(24) Lainé, Introduction au droit international privé, II p. 328-428, surtout p. 395 et s. p. 402.

フランスの裁判所（殊にパリの *Parlement*）が遺言の方式に関し、行為地法の遵守を義務的とみたことは、この法諺の真の起源をわきまえず、これを歪曲したものにすぎないと言っておる。

立法過程から見た国際私法規定の特徴 民法第3条の最終編さんに至るまでの全過程をかえり見ると、法律衝突問題解決のための基本的立法方針は、次第に変化発展して行って、最後の段階に至って、おのずから妥当な方針に落ちついたことが窺がわれる。

まず最初のカンパセレス草案では、極端な国家主義、絶対的属地主義の法思想のもとに、フランス法のみ適用を定めるという立法方針がとられた。ところが、共和8年の草案は、一転して、⁽²⁶⁾16世紀末葉のダルジャントレ学説の体系に⁽²⁷⁾移向している。すなわちフランス領土内では、すべての人および事項はフランス法による、ただし外国にあるフランス人は身分および能力に関してはフランス法に服するというのである。ところが、第3条の最終の立法過程において、この点に関する立案方針は3転している。すなわちポルタリスは最終段階においてダルジャントレ学説の考え方を捨て、バルトルス及びデュムーランの学説にしたがった。このことは彼が第3条の立法理由を説明した文言——「一さいの法律は同じ権力に由来するものであっても、同一性質を有するものではなくその適用範囲も同じではない。」との言——のうちによくあらわれている、とレネは⁽²⁸⁾見ているのである。

(25) メルランは、この学説によった *Parlement de Paris* の4つの判決（1620年3月10日、1721年1月5日、1722年7月14日、1777年7月15日）を引用しておる由である（Lainé, p. 472）。

(26) レネは、8年案を起草した委員会は、おそらくカンパセレスの方式を原則としつつも、これを発展させ、精密化するという方式を採用したものとみる（Lainé, p. 57）。

(27) Lainé, p. 58. ダルジャントレの思想がフランスにおける従来の通説とは、かけはなれたものであることについては、Lainé, Introduction, t. I, p. 93, 310 et s.

(28) Lainé, p. 58 et s.

第2章 19世紀中葉の法典化

—1856年イタリー民法典中における国際私法規定—

ナポレオン法典以後19世紀初頭の国際私法の法典化に見られる共通の欠陥は、立法者が十分に発達した学説により得なかった点にある。当時すでに法規分類学説には欠陥があることがわかっていたが、これに代わるものはまだあらわれていない。しかもこの法部門の典拠たる、Voet, Huber, Rodenberg, Froland, Boullenois, Bouhier 等の著書は、いずれも17世紀から18世紀期にかけてのもので、19世紀初頭以後の時代の要求を満たすには足りなかった。したがって、ナポレオン法典以後19世紀中葉に至る時期は、学説も貧困であるし、立法上にもほとんど発展らしい発展は見られないのである。この過渡期における立法の典型は、1829年の「民法の一般的規定に関する」オランダ法に見出される。これによれば、

第6条「人の権利、身分および能力に関する法は、オランダ人が外国にあるときも、これにおよぶ。」

第7条「不動産についてはその所在地国法による。」

第10条「行為の方式は行為地国の法による。」

これらの規定がフランス民法第3条とほとんど変りないことは、いち目瞭然である。

立法上の新段階は、19世紀後半の初め、この法部門の学問的研究の復活再興の後に始まる。当時におけるこの部門の学問的研究の復活は、アメリカのストーリー(1834年)、フランスのフェリックス(1843年)、ドイツのサヴィニー(1849年)、

イギリスのウェストレイキ（1858年）等の著書の出現が、よくこれを示しているのである。これらの著書の出現以後における法典化の試みは、これらの学説によって達成せられた大きな進歩の足跡を感じしめる。否な、むしろ、法典化の試みが再開されたこと自体が、学説の復活再興に負うといつてよいであろう。

19世紀の中葉に公布せられたチューリッヒ、ザクセン、バルト及びイタリー等の諸国民法典に含まれている国際私法規定は、それ以前のものに比べて、ずっと立派であるが、その中でもイタリー法が最もすぐれている。

1853年のチューリッヒ民法典 「序編 法の適用」が国際私法に当てられている。これは、Bluntshli の起草したもので、サヴィニーの影響をうけることが大きい。⁽¹⁾

1863年のザクセン民法典 中、国際私法規定に当られた条文は、15ヶ条であり、**1864年のバルト民法典**中、国際私法規定にあてられたのは、10ヶ条である。この2つの法典は、いずれもサヴィニ理論を基礎としてはいるが、これを多少、修正している条文もある。例えば、ザクセン法において、住所地法ではなく、本国法が国際私法立法の基本的連結点とされているようなのがそれである。バルト民法典中の国際法規定は、この地域が独立してできた、ラトヴィア、エストニア、およびポーランド、リトアニアの若干地域にも行われた。⁽²⁾

1865年のイタリー民法典 19世紀中葉の国際私法典中、イタリー民法典前加編ほど大きな影響をまきおこしたものはない。国際私法上新イタリー学派を生ぜしめ、19世紀の後半から20世紀の始めにかけての国際私法発展の特徴たる本国法主義の流行をきたさせたものこそ、イタリー民法典にほかならないのである。もっともこの法典起草当時には、起草者の何人も本国法主義を一般原則と

(1) Nolde, Ibid. p. 318.

(2) Nolde, Ibid. p. 319-322.

して、これにしたがって立法するという意図をもっていたわけではない。法典の公布10年後に、起草者の1人マンチニーによって唱えられ、非常に流行した新イタリー学派なる国際私法学説が、この法典にその源を発しているかのように考えられ、そのことがこの法典に大きな光彩をそえることになったのである。もっともマンチニー自身は、1865年の民法典編さん当時には、まだ、国際私法に関する独自の体系的な基本観念を構築していたわけではない。もちろん、「国民性の原則」(principe de nationalité)なるものは、当時すでに、彼により国際公法の学問的構成のために提唱、展開せられてはいた。しかしながら、彼が1865年法典の起草者として、国籍を衝突規則の指導的連結原理とすべきだと主張していたわけではないのである。

1865年のイタリーの法典化は、イタリー王国建設後におけるイタリー民法統一事業に関連している。この民法統一事業は、1860年に着手せられた。そして司法大臣から民法典草案を回附せられた元老院の起草委員会は、フランス民法第3条にならって、これに、民法の場所的適用問題を取り扱った前加編の規定を附加した。これが下院の審議を経たのち、調整委員会によって検討せられ、この委員会の採択したものが、国王によりイタリー民法典として公布せられたのである(1865年4月2日の法律)。調整委員会はもと、民法典草案の規定相互間と王国の他の法との間の調整をはかることを任務としていたが、その権限を超越して、原案に重大な修正を加えたのであって、イタリーの国際私法規定が、1865年民法典中に見られるような形式をとるにいたったのは、この委員会の手中においてであるといわれている。⁽³⁾

イタリー国際私法規定の背景 民法典前加編第6条ないし12条が衝突法規で

(3) 調整委員会の下で、Bonacci, Mancini, Niutta の3人からなる小委員会が構成せられ、これに序編の規定の起草が一任せられた。その間の経緯については、Nolde, Ibid. p. 324.

ある。議事録に徴して、その内容を窺うと、

第6条の「人の身分能力は本国法による」との規定は、ナポレオン法典第3条2項の規定を一般化したまでである。マンチニーが委員会においてこれを主張した。そして、その理由づけとして、彼は、いわゆる本国法主義を主張したのである。ただし、「身分能力」のほかに「親族関係」を付加すべきことを主張したのは、マンチニーではなかった。

第7条の「動産は所有者の本国法により、不動産は所在地法による」との規定については、マンチニーはその短い報告書の中において、動産を所在地法によらしめることは、實際上難問を生ぜしめるであろうと説いている。第8条の「法定並びに遺言相続は、被相続人の本国法による」との規定は、起草者によれば、全然新たな規定である。というのはチューリッヒ、ザクセン、及びバルトの先例は、起草者の知らないところであったからである。マンチニーは、この規定は、「最も正しく、自由で、しかも法の原則に最も適する」規定であるといっている。

第9条の「法律行為の方式」に関する規定については、あまり議論はなかった。マンチニーは、「場所は行為を支配する」(locus regit actum)なる原則は任意的であって、当事者は方式については共通の本国法によることができるとの主張を支持した。

第10条(訴訟手続ことに裁判管轄は法廷地法による)の規定、第11条(刑法および警察法はイタリー領土内にあるすべての人を拘束するとの趣旨の規定)および第12条(どんな法律行為や外国判決も、イタリーの禁止法規、公序良俗に関する法を排除することをえないとの趣旨の規定)等の諸規定は、一部分ナポレオン法典にある、類似の観念を展開したものではあるが、さほど内容のあるものではない。

司法大臣 Vacca 氏は、前加編に関して、その中の第8条の規定(相続に関するもの)が、最も注目にあたいする革新であるといっている。

マンチニーその他の起草者は、起草当時には、この法典が後にうけた名誉ある運命を予想してはいなかった。彼は、1874年『国際法学会』の仕事を開始した覚書の中で、1865年の法典は、「国際私法体系の最初の簡潔な法典化の試み」をなすものであると述べている。

今日迄イタリーの法学者は、しばしば、イタリー学派がイタリー民法典を形成したと述べるのであるが、実は、それは歴史的事実に反する。歴史的には、その反対が真実なのである。

新方法と新傾向 19世紀中葉の法典こそ、近代国際私法を創設したものということができる。

一方アングロ・サクソンの2国、他方国際条約の方法による法典化の試みを除外すれば、近代諸国は、すべての国の民事立法が充分であるためには、体系としての衝突法規——しかも法の属人性又は属地性に関する一般的定式または断片的連結からなるのではなく、民法を構成する基本部分に相応する一連の規定よりなるところの衝突法体系——を含まねばならないということを認めているということができる。この時代の法典は、立法者は一切の民法の基本的制度に、国際的場面での必要な補充を付加しなければならないとの考えを浸透させた。かくて新しい法典化の方法が確立したのである。その影響は、19世紀中葉の法典化の仕事の間に、ヨーロッパ大陸の法的世論により、真の天啓とみられた、「法典化」せられるべき法規の実体に関するある傾向があらわれたが故に、特に強いのである。イタリー民法典の公布によって点ぜられた本国法主義の原則がそれである。

1880年頃には、この原則がヨーロッパ大陸の法的世論を支配し始めるのである。その結果として得られた成果をはっきりとひきだすために、われわれは、1882年にベルギー人ローラン (Laurent) によって作られ、1884年に改訂せられた、ベルギー民法典改正草案を取り上げて見よう。ベルギー人は、この法典

化の企図の基本的意図を次の言葉で表現している。「法案第3条ないし14条の主要特質は、属地法の排他的支配が法律関係の性質上要請せられるか、または社会的利益の保護のため命ぜられるのでないかぎり、それが一切の場合に外国人の属人法に大きな役割を与えているという点である。イタリー民法典によって確認せられた現時の立法傾向および多くの重要な著書のうちに現われている国際私法学の現時の傾向は、明らかにこの法案を支持しているのである」と。

ローラン案は成功しなかった。しかし、それは、19世紀中葉の努力のお蔭で国際私法法典化の途上に得られた成果を要約したものである。注目に値する法典案だとしなければならない。

第3章 19世紀末葉から20世紀初頭 にかけての法典化

I 1896年のドイツ民法施行法

近代における国際私法の国内法典化の歴史は、1896年のドイツ民法施行法に始まる。この法律の起草者たちは、その提案を真に学術的価値ある理由書によって基礎づけておる。彼らは、法衝突の観点からする私法関係の分析を、その先駆者のだれよりもより押し進め、非常に立派な一体としての立法を構築した。ただ彼らの仕事が最後の瞬間に幾分政治的影響をうけて、毀損せられたことは遺憾である。

この法律の起源——ゲーブハルト草案 ドイツ国際私法規定の法典化は、ドイツ民法の統一事業に密接な関連をもつ。

現在のドイツ連邦共和国の前身、ドイツ帝国は北ドイツ同盟（プロイセン王、ウィルヘルム1世が宰相ビスマルクを起用して組織したもので、その基本法は1867年の憲法である）に南部ドイツの諸邦が加わって（1870年11月の条約により）、1871年1月18日に結成せられたものであるが、ドイツ諸邦の民法を統一することは、ドイツ帝国結成以前からの長い間のドイツ人の熱願であった。⁽¹⁾

というのは、後にドイツ帝国を構成するに至ったドイツ諸邦には、古くから、さまざまの民法が行なわれていたが、⁽²⁾1850年以降におけるドイツ経済の急激な

(1) ナポレオン敗退の年、1814年に、ハイデルベルヒ大学教授、ティボー（Thibaut）が『統一ドイツ民法の必要について』と題する小冊子で、統一民法典の必要を力説したことは、周知のことである。

膨脹発展により、ドイツ国が急速に農業国から工業国にかわるようになったため、民商法を統一することは絶対不可欠の要請となったからである。

ところで1867年7月1日の北ドイツ連邦憲法および1871年4月16日のビスマルク憲法では、刑法、裁判手続法、債務法、商法、手形法に関する統一立法権はドイツ帝国に与えられたが、民法一般の立法権は各邦の管轄に留保せられていた。しかし各邦の民法を統合するという思想は次第にその勢力を増してゆき、ついに1873年12月20日のビスマルク憲法の改正により帝国の立法権は全民法に拡張されることになった。そこで連邦参議院 (Bundesrat) は、直ちにその実行に着手し、1874年2月8日には、司法制度委員会の提案によって、ドイツ民法典草案の作成の計画および方法を決定するため、5人よりなる準備委員会を組織した⁽³⁾。この委員会の作成した意見書は、1874年4月15日に連邦参議院に提出せられた⁽⁴⁾。これによると、民法典草案作成のためには、9人の委員からなる編さん委員会を作るべきものとせられた。

連邦参議院は1874年6月22日に、同年6月9日の司法制度委員会の報告書にもとずき、大要つぎのような決議をした。「準備委員会の報告書に盛られた見解には賛成である。11人からなる編さん委員会を作るべきだ。」というのである。そして1874年7月2日連邦参議院の会議において、つぎの者が編さん委員に任命せられた。後にいう第1委員会がこれである。委員長は高等商事裁判所々長 Pape, 他の委員は Planck, Roth, Mandry, Windscheid 等の法学者および法曹実務家であった。

編さん委員会は、1874年9月17日ないし29日の第1期会合において、作業計画を確定した。それによると、準備委員会の提案にしたがい、既存の法典を基

(2) ドイツ民法典の発効前におけるドイツの法律状態については、Planck's Kommentar zum BGB, I (1913) Einleitung I.

(3) 民法典および附属法令の成立の沿革については、Planck, *ibid.*, Einleitung II.

(4) この意見書については、田部芳「ドイツ民法草案編纂沿革略」、法学協会雑誌10巻(明治25年, 1892年), 749頁以下参照。

礎とせず、新しい草案を作るべきこと、また法典に盛りられ、もしくは州法にゆだねられるべき事項については大体において準備委員会の提案にしたがうこと（ただしこの点については、審議の過程において多少の変更がなされた）、民法典は、第1編 総則、第2編 債権、第3編 物権、第4編 親族、第5編 相続の5編に分たれるべきことなどが、それである。そして草案作成のために、5人の起草委員が任命せられた。総則編 Gebhard、債権編 Kübel、物権編 Johow、親族編 Planck、相続編 Schmitt がそれである。なお、これらの起草委員は、できる限り作業の統一をはかるべきことを訓令せられ、また重要な基本問題については、起草委員は委員会の承認を求めるべきものとせられた。これらの起草委員は全部ベルリンに在住しており、2つ以上の作業領域にわたる問題について討議するため、定期的に会合した。また基本問題決定のため、毎年編さん委員会の総会が開かれた。かくて1874年から1881年までの7年間、毎年開かれる（9月、10月頃開かれ、数日ないし24、5日続けられる）年次総会で、民法典総則編ないし親族、相続編にわたる基本問題が決定せられたのである。総則編の起草を委嘱せられたゲーブハルトの仕事は1881年に終了した。そして『法』(objectives Recht)と題する総則編第1節 (§§ 5-40)に、国際私法に当てられた36ヶ条が含まれたのである。そして非常に詳細な理由書が、これらの条文の説明のために附せられた。

民法典草案についての全委員会の審議は、1881年10月4日に始められた。その後、ゲーブハルトは民法典の他の部分の草案に生じた改訂に調和させるために、1887年に第2草案を作成し、提出したが、そのうちに含まれている国際私

(5) この2つの草案は、Meili, *Geschichte und System des international. Pr.*, S. 198ff. および Niemeyer, *Zur Vorgeschichte des IPR.*, (1915) に載録、邦訳については、久保岩太郎「国際私法に関する議案と立法例」商学論究(1936年)、『国際私法概論』(昭和21年1946年) 附録参照。

決定した。そして1887年9月9日ないし28日の会期において、この草案を審議し、2、3の点につき他の法文を採用した。しかるに、委員会は其後の2つの会議（10月7日および12月16日の）において、「改めて議審した結果にもとずき」、この法典を民法典草案中に含めることをとりやめる、その代わりに特別の法律案の形式において、この規定をライヒ宰相に提出する旨の決議をした。その理由として、それが民法典に含められるのに適当であるかどうかの決定は「相当程度政治的考慮にかかわる」ことを、あげているのである。この特別法草案は、『法規の場所的支配』という表題のもとに、26ヶ条を含むものとして採択された。しかしこの第1委員会の審議の議事録は公表されなかった。⁽⁶⁾

ドイツ民法典草案に対しては、多くの批判がよせられた。そこで連邦参議院は、1890年12月4日の決議によって、22名からな委員会を設け、第1読会によって確定したドイツ民法典および民法施行法の草案を第2読会のもとにおくべきこととした。この委員会は同年12月15日第1回準備会を開いた後、民法典草案の各編および民法施行法につき、審議を重ねた。そのうち国際私法に関する部分の審議は、1895年3月6日から27日まで行われた。その結果えられた第2委員会の最終改訂案では、国際私法に関するゲーブハルト草案は、『外国法の適用』(Anwendung ausländischer Gesetze)なる表題のもとに、民法第6編(2361条～2390条)を構成すべきものとせられた(民法第1草案は5編を有するにすぎなかった)。第2委員会の作成したこの改訂案を含む民法典第2草案は、ライヒ宰相に報告され、同宰相を通じて連邦参議院に提出されたが、この国際私法に関する改訂案の部分はそこで相当根本的な修正をうけた。すなわち連邦参議院は、この第6編の部分を民法典から切り離して、民法施行法(Einführungsgesetz z. B. G. B.)第7条～31条を構成すべきものとしたの

(6) もっとも、今では、第1委員会の審議の議事録は、第2読会のための委員会の議事録中に印刷されている。Protokollen der Kommission für die zweite Lesung, Bd. VI S. 8-12.

である。かくて参議院の認可をえた民法典および民法施行法草案は、同院からライヒ議会に回附せられ、その承認をうけて法律として確定化したのである。⁽⁷⁾この民法施行法の規定が現行のドイツ国際私法規定である。

連邦参議院を動かしてこのような修正を加えさせるようになった原因が、何であったか、については、その審議の議事録が公表されていないため、個々的には判らない。しかしながら、2つの委員会の審議過程においてすでに言及されたところの政治的考慮が主として作用したであろうことは疑いないところである。そのほかになお、草案に提案されている規整の適正さに対する法律学的疑念がはたらき、またこの法部門が未熟でまだ流動状態にあり、むしろ学問と判例とに十分な活動の余地を残しておく方がよいとの考慮が作用したとみてよいであろう。⁽⁸⁾

民法施行法中の国際私法規定の立法趣旨 ゲーブハルト案は、規定の対象たる事項をつぎのように分類する。能力、失踪、法人の準拠法、行為の方式、契約上の債務、不法行為その他の債務、物権関係、婚姻の締結、夫婦間の身分ならびに財産関係、婚姻の解消、親族扶養、親子関係、準嫡、養子縁組、後見、禁治産、相続および遺言がそれである。さらにこれらの事項に当てられた規定は、一般的な4つの規定によって補われる。「特別制度に服する財産」、「反致」、「公序」、「報復措置」に関する規定がそれである。この体系は論理的であって、しかも1895年当時の社会状況に照らして考えれば、当時における主要な法律衝突問題を網羅するものと言ってよい。

ゲーブハルトが属人法の衝突問題解決のために採用したのは、当時におけるヨーロッパの支配的学説の支持する本国法主義の原則であった。彼は、1881年草案の理由書⁽⁹⁾のうちで、彼が本国法主義の原則を採用する理由を10点にわけて

(7) この経過については Planck's Kommentar, Einleitung XXII-XXXVI.

(8) Habicht, IPR (1907) S. 6.

説いているが、そのうちつぎの2つが決定的であるように思われる。1つは、ドイツ国が本国法主義を採用する諸国によって取り囲まれており、もしドイツ国が住所地主義を採用したとすれば、無数の衝突問題を生じるであろうということである。第2にドイツ国は、その国家としての権威と政治的利益を保持、発揚するために、ドイツ人はどこにあって、属人的事項については、ドイツ法にしたがって生活することを欲する。本国意識とドイツ民族的連帯感とを生き活きと保持することほど、大切なことはないというのである。ゲーブハルト案のうち、これらの点は、最後の確定案においても、大体においてそのまま維持された。

しかしゲーブハルト案に対しては、先きに述べたように、連邦参議院が干渉して、多くの点でこれに変更を加えている。以下に、この観点からみて、とくに注目すべきものをあげる。⁽¹⁰⁾

第1に、連邦参議院は、ドイツ人に対するドイツ法の適用を保障すれば充分であり、外国法がドイツ領土上で執行力をうけるべき場合をできる限り判断しないことにするとの方針をとったように思われる。つぎに、参議院は、編さん委員会の提案した解決に、完全に同調しえない問題は、むしろ規律せずに放置するをよしと考えたように思われる。

その結果、

(1) 物権法および債権に関する規定は単純に原案から削除せられ、その結果、法律は、委員会の原案において本国法の適用範囲に属するとせられた問題を主に取り扱うことになった。

(2) 委員会案では、属人法の事項に関する衝突法規はドイツ人と外国人、ド

(9) T. Niemeyer, Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, (1915) S. 50 ff.; T. Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des Internationalen Privatrechts, (1895) S. 112 u. ff.

(10) 以下は、Nolde, Ibid. p. 329 et s. による。

イツ法と外国法との双方を対象として規定されていた。しかるに連邦参議院は、大部分の一般的衝突規則を変更して、ドイツ法を適用する場合のみに妥当する一方的衝突規則に改めたのである。この法律は本国法主義の原則に忠実ではあるが、主としてドイツ人とドイツ法に関する場合についてのみ規定するにとどまるのである。換言すると、この法律は、外国人に対して本国法の適用をうけるとの利益を享受させるかどうかを決定せず、これを判例の決定に委ねるとの態度をとっている。そして例外的に外国人に対し本国法の適用をみとめるときは、ドイツ法の利益のための留保と制限とを附することなしには、これをしないという態度をとるのである。

(3) 草案中の一般的衝突規則のうちで、連邦参議院の改訂にもかかわらず、法律中に維持されたのは、「行為の方式」に関する規定だけである。他の草案は全部解体せられて、あるいは一定の条件のもとでのドイツ人に対するドイツ法の適用規定に改められるか、または制限的条件のもとでの、ドイツにある外国人に対する外国法の適用を命ずる規定に改められたのである。

(4) 連邦参議院は、公序、特定の土地制度に服する財産および反致に関しては、編さん委員会の一般的規定をそのまま存置させた。これらの3つの規定が残されたのは、それらがドイツ法の適用の便をはかるとの顧慮のもとに作られたものだからである。

II 明治31年（1898年）の日本国「法例」

1 明治23年（1890年）の「法例」制定の由来

明治31年（1898年）に制定実施せられた、わが国の国際私法規定たる「法例」は、明治23年（1890年）10月7日公布の旧「法例」を修正するという形式をとっている。したがって明治31年「法例」（以下には、単に「法例」という）の起源を明らかにするには、さかのぼって明治23年「法例」（以下には、「旧法例」という）制定の由来をたずねなければならない。しかしながら、旧「法

例」制定の経緯を明らかにする文献資料は、極めてすくなく、大部分が暗黒のうちに閉ざされている感じが深い。ここには、稀少の文献や特にこの問題の処理や研究に当られた諸氏の助言、援助によって、私の僅かに知りえたところを記すにとどめざるをえない。今後この方面の研究が進展して、この間の事情が解明される日の近いことを切に望むものである。

「旧法例」は、旧民法典第1編人事編の前の部分にあたる箇所に、「法例」と題して、掲げられておる。それが、旧民法典の中に、しかもその第1編の前におかれてあることからみて、立法者は、その規定を民法の適用に関する通則とするとの趣旨をもって、制定したものと思われる。

宮内府所蔵の明治23年議案表関係文書によると、内閣総理大臣山県有朋は明治23年（1890年）5月21日附で、「法例並に民法財産取得編（続）同人事編は急速決定を要する」、したがって、「通常議事の手続によらず、其法案の大体に就て可否議定上奏すべし」と、元老院に通達している。尤も草案は、それより前、23年1月内閣顧問アー・ウィリアム・ピゴットの意見を徴した後、23年4月に法律取調委員会において議了、内閣総理大臣に呈示されていた。⁽¹¹⁾そして同年5月26日元老院の本会議において、法例、民法財産取得編（続）、民法人事編の法案全部を付託、調査委員を選定、9月18日の本会議において審議、同日議決、9月26日の上奏に際しては、理由を附せず、内閣委員より理由上申の旨を以て上奏している。公布の日は明治23年10月7日である。そして5月26日および9月18日の元老院の本会議に内閣委員として出席したのは、法制局参事官今村和郎、検事磯部四郎、司法省参事官法学博士熊野敏三の3氏である。

(11) 当時の立法は、政府の責任において作成せられた原案が元老院、枢密院に附議されてから、政府における、若干の修正を経て公布されたものの如くである。

(12) 星野通『民法典論争史』（1949年）87頁，89頁。

(13)
旧民法典身分法の成立過程について研究せられた手塚豊教授の考証によれば、最初の起草から旧民法の公布法典に至るまでに6種の草案と理由書とが存在していたようである。そして明治21年10月6日附、各裁判所所長、地方長官に宛てて送附せられた第1草案には、「民法草案人事編」1巻（法例35条、人事編510条）、……「民法草案人事編理由書」2巻（法例35条、人事編510条）が含まれていた。そしてこのうち、「民法草案人事編理由書上巻」⁽¹⁴⁾に掲げられている、法例（法例第7条～20条の規定が国際私法の規定に当る）第1条から民法第195条に至る部分は、（司法省）法律取調報告委員、熊野敏三、起稿となっている。いま目次の部分を抜書してみると、

民法草案人事編理由書上巻目次

自 法 例 第 一 条
至 民法第九十五条

法律取調報告委員熊野敏三起稿

法 例	自 第 一 条 至 第 三 十 五 条
第一編 人 事	自 第 一 条 至 第 五 百 十 条
第一章 私権の享有及び得用	自 第 一 条 至 第 七 条
第二章 国民分限	自 第 八 条 至 第 二 十 条
第三章 親 属	自 第 二 十 一 条 至 第 三 十 七 条
第四章 婚 姻	自 第 三 十 八 条 至 第 百 十 八 条
第五章 離 婚	自 第 百 十 九 条 至 第 百 四 十 七 条
第六章 親子ノ分限	自 第 百 四 十 七 条 至 第 百 九 十 五 条

このうち「法例」の部分は、

(13) 手塚豊「明治23年民法における戸主権」, 法学研究, 26巻10号 (1953年), 27巻, 8号 (1954年)。

(14) 本書は、久保岩太郎氏所蔵のものを借覧した。

第一 法律ノ公布	第一条
第二 法律ノ時ニ関スル効力	第二条乃至第六条
第三 内外法律ノ抵触	第七条乃至第二十条

となっている。

いま、「第三 内外法律ノ抵触」の冒頭に附せられている（理由）をみる。

（理由）諸国互ニ孤立シ他国ト交際セサルコト我国開港以前ノ如クナランニハ
 各国人民ニ適用ス可キ法律ノ區別ヲナスハ極メテ簡單ナル可シ即チ一國ノ法
 律ハ其国内ニ於テ國人ニ適用ス可クシテ他國ノ地及ヒ他國人ニ之ヲ適用スル
 ノ必要ナカラン然レドモ諸國ハ互ニ交通シ彼我ノ關係ヲ有スレハ一國ノ法律
 ハ如何ナル場合ニ於テ之ヲ居留ノ外国人ニ適用シ又如何ナル場合ニ於テ之ヲ
 外国居留ノ自國人ニ適用ス可キヤノ問題ヲ生ス可シ此二問題ノ中第一問ハ治
 外法権撤去ノ暁ニ非サレハ起ル可カラスト雖モ新法ハ國権回復ノ日ニ頒布ア
 ル可キモノナレハ予シメ之ヲ規定セサル可ラス

仏国民法ハ此事項ニ関シ三箇ノ規則ヲ設ケタリ第一人ノ身分能力ニ関スル仏
 國法ハ外国ニ在リト雖モ仏國人ヲ支配ス所謂管人法是レナリ第二仏國法ハ外
 國人ノ所持スルモノト雖モ不動産ヲ支配ス所謂管地法是レナリ第三警察及ヒ
 安寧ノ仏國法ハ凡テ仏國ノ地ニ居住スル者ヲ支配ス是レ又内外人ニ適用スル
 ヲ以テ管地法トス

仏国民法編纂ノ時代ニ在テハ内外ノ關係甚タ稀少ナリシヲ以テ此問題左迄ニ
 重要ナラサリキ且ツ帝國ノ戰鬪及ヒ大陸封鎖ノ中ニ在テハ諸國交通ノ便宜ヨ
 リ一旦生スルコトアルヘキ關係ヲ想像スルヲ得サリシナラン是ヲ以テ簡單ナ
 ル一箇条ヲ以テ古來伝習ノ規則ヲ記載スルニ止マリ不安全ノ誹リヲ免レサル
 ナリ

今日ハ諸國ノ交通大ニ頻繁ニ趣キ此問題益々緊要ト為リ諸國ノ學者大ニ研究
 スル所アリテ新ニ一科学ヲナスニ至レリ之ヲ稱シテ國際私法ト云フ此点ニ付

完全ノ規則ヲ法律ニ記載シタルハ伊国民法ヲ以テ嚆矢トス蓋シ此法典ハ最近ノ法律ニ係リ且ツ当時伊国ノ議院ニハ特ニ此学ヲ研究シタル法学者アリタレハナリ白耳義新案ハ更ニ一歩ヲ進メ内外法律ノ抵触ニ関シ詳細ノ規則ヲ設ケ故ニ草案ハ之ヲ以テ専ラ模範ト為シタリ

これによってみると、わが「旧法例」はイタリー法およびこれを基礎として作られたベルギー法新案を模範として制定せられたものであることが、判明するのである。

前記手塚教授および、星野教授の考証の結果にもとづいて考察すると、旧「法例」編さんの経過は、大体においてつぎのようなものと考えて誤りないであろう。

政府は明治20年（1887年）11月8日辞令（11月9日官報）を以て熊野敏三氏等を法律取調委員会報告委員に任命する。民法草案は数名の報告委員が分担して、執筆するが、そのうち「法例」および「人事編」草案第1条ないし第265条は熊野敏三氏が単独で執筆する。熊野氏の執筆した民法草案中「法例」の規定は明治23年（1890年）4月1日法律取調委員会において議了、即日内閣総理大臣に呈示、内閣はさらにこれを元老院に提出して審議せしめる。元老院の審議に際しては、報告委員熊野氏は列席して、原案の説明に当った。元老院では、元来は審査すべき法案はすべて逐条審議されたが、民法草案については、急速決定の必要があるというので、各編毎に一括審議に附せられた。そして23年9月全編上奏済みとなるとともに、枢密院の草案審査も全部終了し、23年10月7日附の官報をもって、民法人事編等の公布をみた。法例は、民法草案中、第一編人事編の前の、前加編として公布せられた。

旧「法例」の体系 徴すべき議事録はないが、幸いに残されている熊野敏三氏起稿の前記「民法草案人事編理由書上巻」があるので、以下には、これと、

旧「法例」についての唯一の註釈書である、岸本辰雄講述『法例講義』⁽¹⁵⁾とによって、旧「法例」の大体の内容を窺うことにする。

第3条「人ノ身分及ビ能力ハ其本国法ニ従フ」旨、定める第3条1項の規定は、イタリー民法第6条の規定をそのまま再録したものであり、ナポレオン法典第3条3項の規定を一般化したものにほかならない。熊野氏起草の民法草案第7条の規定もこれと同じである。熊野氏は、人の身分及び能力につき本国法によるとする原則の理由を説明して、つぎのように言う。「人ノ身分及ビ能力ハ本来不可分ノモノニシテ其人ノ所在地如何ニ従ヒ之ヲ異ニスルノ理アルベカラズ……故ニ身分及ビ能力ハ必ラズ唯一ノ法律ヲ以テ支配セザルベカラズ而シテ其法律ハ本国法タルベシ法律ハ各国ノ氣候風俗人情思想等ノ写出シ来ルモノニシテ此等ノ影響ノ深密ナルハ身分能力ニ関スル法律ナリ是レ人ノ骨髓ニ感染スルモノナレハ其到ル処ニ随伴スルヲ当然ト為スナリ」と。

「親屬ノ關係及ビ其關係ヨリ生ズル権利義務ニ付テモ示同ジ」なる第3条2項の規定も、イタリー民法第6条に由来するものであるが、親屬關係は人の身分の1部であるから、これは、本条1項の法意を明らかにするための注意規定たるにすぎない。

第4条「動産不動産ハ其所在地ノ法律ニ従フ 然レトモ相続及ビ遺贈ニ付テハ被相続人及ビ遺贈者ノ本国法ニ従フ」との規定のうち、1項の規定は、ベルギー法新案第5条1項の模倣であり、2項の規定はイタリー民法第8条、第9条の規定を採用したものにほかならない。相続及び遺贈を被相続人の本国法によらしめる旨のこの規定は、マンチニーが「最も正当、最も自由かつ最も法原則に適するもの」として推賞するところで、イタリー法の創案にかかるもので

(15) 法律学士 岸本辰雄講述『法例講義』は、特別認可私立明治法律学校講法会出版にかかるものである（発刊の年月日不詳）。この書は、佐藤信太郎氏所蔵のものを借覧した。

ある。岸本氏はこれを註解して、「是レ現時國際法上ニ於テ最モ進歩セシモノト認メラルル主義ヲ採用シタモノ」と言う。

第5条「外国ニ於テ為シタル合意ニ付テハ当事者ノ明示又ハ黙示ノ意思ニ從ヒテ何レノ国ノ法律ヲ適用ス可キヤヲ定ム 当事者ノ意思分明ナラサル場合ニ於テハ同国人ナルトキハ其本國法ヲ適用シ又同国人ニ非サルトキハ事実上合意ニ最大ノ關係ヲ有スル地ノ法律ヲ適用ス」。この規定は、イタリー法第9条にならったものである。当事者の意思が分明でない場合につき、同国人であるときはその本國法を適用するのは、本國法は当事者の平生熟知しかつ最も尊敬する國法だから、当事者の意思に適するというにある。つぎに同国人でない場合につき、草案第9条には「合意ヲ為シタル國ノ法律ヲ適用ス可シ」とあったのを本条のように改めた理由は何か。岸本氏は言う。「一般ノ學說ニ從ヘバ此場合ニハ草案規定ノ如ク合意ヲ為シタル地ノ法律ヲ適用ス可シト為スノ適當ナルニ拘ハラズ、確定法文ノ之ヲ採用セサリシ所以ハ合意ヲ為シタル土地ガ必ズシモ事実上合意ニ最大ノ關係ヲ有スルニ非ズ、即チ其合意ヲ存シタル地ハ甲所ナルモ其合意ヲ執行スル乙所ガ却テ合意ノ最大原由ト為リ其合意ヲ為シタル地ノ法律ヨリモ寧ロ之ヲ執行ス可キ地ノ法律ヲ適用スルノ最モ能ク当事者ノ意思ニ合シ且公益ニ適スルコトアル可キヲ以テ然ルナリ伊國法例ニ於テハ此事ヲ明言セズト雖モ其精神ノ茲ニ在ルコトハ伊國法學者ノ稱説スル所ナリ」と。

第6条「外国人ガ日本ニ於テ日本人ト合意ヲ為ストキハ外国人ノ能力ニ付テハ其本國法ト日本法トノ中ニテ合意ノ成立ニ最モ有益ナル法律ヲ適用ス」

本条につき岸本氏は言う。「外国人ガ日本ニ於テ日本人ト合意ヲ為スニ當リ其外国人ノ能力ニ付テハ其本國法ト日本法トノ中ニテ合意ノ成立ニ尤も有益ナル法律ヲ適用スルハ可成的内外人ノ取結ヒタル合意ヲ有効ニ成立セシメ内國人ガ外国人ヨリ時トシテ鎖除訴訟（取消訴訟のこと、筆者註）ヲ行ハレ、為ニ予想外ノ損害ヲ蒙ランコトヲ防カントスル保護的ノ精神ニ出テタルモノナリ」と。そしてまた「此ノ如ク本國人ヲ保護スルノ精神ヲ以テ第3条1原則ニ例外ヲ置クコト

ハ普魯西法典， 壞太利法典， 独乙帝国為替法及ヒ瑞西義務法等ノ皆認ムル所ニシテ内外人ノ交渉未ダ歐米各国相互間ニ於ケルカ如ク頻繁ナラザル本邦ノ現状ニ於テハ殊ニ此規定ノ必要ヲ見ルナリ夫ノ國際私法ノ著書ヲ以テ有名ナル， アッセル氏ノ如キハ此等ノ規定ニ反対シテ外国人ノ利益ヲ不正ニ侵害スルモノナレバ必ズ之ヲ廢セサル可カラスト主張セリ是レ固ヨリ公正無私ノ議論ニシテ何人モ議論トシテハ異論ヲ挾マスト雖モ現今ノ時勢ニ於テハ實際未ダ此規定ノ廢ス可カラサル事情ノ存スアルヲ奈何セン」と述べて， 本条の規定の必要な所以を弁明しているのである。

第7条「不当ノ利得， 不正ノ侵害及ビ法律上ノ管理ハ其原因ノ生ジタル地ノ法律ニ從フ」

草案には， 本条とはちがって，「不当利得ハ当事者同国人ナルトキハ其本國法ヲ以テ之ヲ支配」すべきものとし， また「法律上ノ管理ヨリ生スル義務ハ管理人ヲ附セラレタル者ノ本國法ヲ以テ之ヲ支配ス」とあった（草案12条）。 草案のこの規定は， 不当利得や事務管理から生ずる権利義務が当事者の暗黙の合意に由来するものと考えたのによる。しかし， 岸本氏は， これを反駁して，「然レドモ元來不当ノ利得ニ関シテハ毫モ当事者ノ意思ノ関与スル所ニ非ス畢意法律カ公益上ノ目的ノ為メニ設定シタル法規ナルヲ以テ当事者ノ本國法ヲ適用セスシテ其原因ノ生ジタル地ノ法律ヲ適用スルハ固ヨリ以テ其當ヲ得タルモノトス」という。これによって考えると， 「旧法例」は， 草案を作成した熊野敏三氏の見解の妥当性を岸本辰雄氏が批判評価することによって， 成り立ったものの如くである。

第8条「本國法ヲ適用ス可キ諸般ノ場合ニ於テ何レノ國民分限ヲモ有セサル者又ハ地方ニ依リ法律ヲ異ニスル國ノ人民ハ其住所ノ法律ニ從フ， 若シ住所知レサルトキハ其居所ノ法律ニ從フ

日本人ト外国人トノ分限ヲ有スル者ハ日本法律ニ從ヒ又二個以上ノ外国々民分限ヲ有スル者ハ最後ニ之ヲ取得シタル國ノ法律ニ從フ」

岸本氏の註釈に曰く、「二個ノ外国々民分限ヲ有スル者ヲシテ最後ニ其身分ヲ取得シタル国ノ法律ニ従ハシムルハ最後ニ取得シタル国民分限ハ当事者ノ尤モ完全ナリト思意セルモノト推測スルノ至当ナルニ因ルナリ」と。

「地方ニ依リ法律ヲ異ニスル国ノ人民」について其住所の法律に従うこととした理由については、『法例講義』には何らの註釈もない。また熊本氏起稿の「民法草案」にも同旨の規定はないが、「本國法ヲ適用スベキ諸般ノ場合ニ於テ何レノ国民分限ヲモ有セサル者」については、住所の法律による、との規定はあった（草案13条）。その「理由」中に、1国内において地方により法律を異にするドイツおよび英米のような国の学者が住所をもって属人法を定める規準としたのは、国のうちに一定の法律がなかったので、止むなく住所に従うほかはなかったのだと説明している。このことからみて、「法例」の立案者は、このような国の人民については、本國法の代りに住所地の法律を適用すべきものと定めたのではなかろうかと考えられるのである。

第9条ないし第13条は、公正又は私署証書、若くは法律行為の方式、公示方法および訴訟手続等について、それぞれの行為のよるべき法律を定めたものである。それぞれ、第9条はイタリー法9条、第10条はローラン案21条、第11条はローラン案22条等に範をとっているのであるが、重複冗長の非難を免れえない。

第14条は、「刑罰法其他公法事項ニ関シ及ビ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スルトキハ……日本法律ヲ適用ス」べき旨定め、第15条は、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スル法律ニ抵触シ又ハ其適用ヲ免カレントスル合意又ハ行為ハ不成立トス」る旨定め、第16条は、「身分又ハ能力ヲ規定スル法律ヲ免カルル合意又ハ行為ハ無効トシ」と定め、第17条は、「判事ハ法律ニ不明、不備又ハ欠缺アルヲ口実トシテ裁判ヲ為スヲ拒絶スルコトヲ得ズ」と定めている。不必要で重複の嫌いさえる。第14条はローラン案第26条に範をとったものであるが、その他の規定は、おそらく、外国法を範としたのではなく、外国の学説を参考にして、

わが立法者が独自に立案したものと思われる。

この旧「法例」の規定は、1865年のイタリー法に比べ、つぎの諸点ですぐれている。

(1) 動産不動産の区別なく、いずれも所在地法によらしめている点（4条1項）。イタリー法は、動産を所有者の本国法によらしめている（7条1項）。ただし法例は、ベルギー新案第5条に倣っているのである。その創案ではない。

(2) 外国においてなされた法律行為について、当事者の意思にしたがいが、何れの国の法律を適用すべきかを定めることとした点（5条1項）。イタリー法には、この点については何の規定もない。ただし「法例」は、この点で、ベルギーのローラン案（14条）又はベルギー新案（7条）に倣っているのであって、その創案ではない。

(3) 不当利得、不正の損害および法律上の管理について、其原因の生じたる地の法律によらしめている点（7条）。イタリー法には、この点、何の規定もない。この点も「法例」の創案ではなく、ベルギー新案（8条）に倣ったものである。

(4) 当事者の本国法によるべき場合において、無国籍者又は地方により法律を異にする国の人民について、住所地法によるべきものとした点（8条）。イタリー法には、この点規定がない。ただし法例は、無国籍者の属人法については、ベルギーのローラン案（18条）に範をとっている。地方により法律を異にする国の人民について、その者の住所の法律に従うとしたのは、私のみどころでは、まさにわが法例の創案にかかるものようである。

以上にみたように、わが旧「法例」は、1865年のイタリー法、ベルギー新案、ベルギーローラン案に範をとりながら、1歩前進したものと言えよう。旧「法例」が立案された当時においては、ドイツ法はまだ存在せず、当時としては最良の法律であったイタリー法、またこれを改良したローラン案若しくはベルギー新案のごとき法律案を参考にしたことは当然だと言わねばならない。明治維

新以後20年にして、この域に達した先人の偉業は、充分に顕彰されなければならぬと私は考える。

2 明治31年(1898年)の「法例修正案」の立法経過

沿革 明治23年法律97号として公布せられた旧「法例」は、26年1月1日から施行の予定であったが、旧民法と運命を共にして、実施延期となった⁽¹⁶⁾。26年には、法典調査会が設置せられ、民法典と共に「法例」の修正に着手することになり、穂積陳重、梅謙二郎の2氏が起草委員に選ばれた。しかし実際には穂積博士1人が起草に当たった⁽¹⁷⁾。同博士は明治26年以来、法典調査会において富井政章、梅謙二郎両氏と共に民法の起草に当たっていたが、民法典の編纂事業を成就したので、明治30年1月以降、「法例」修正案を起草することとなったのである⁽¹⁸⁾。博士は、起草に先だち、当時東京大学大学院において国際私法を専攻していた山田三良氏⁽¹⁹⁾を法典調査会起草委員補助に採用した。山田氏は穂積博士の起草に必要な資料を調査、蒐集することとなり、諸外国の立法例や学説を蒐集調査した。そして「この法律はわが裁判所が2年の後自主独立の法権を回復したる曉に内外私法を適用する準則を定めたる全然新規なる立法であるので、なるべく詳細に立法理由を説明することが必要である。」⁽²⁰⁾ というので、帝国議会に提出する「法例」制定の理由には、「参考の資料たる立法例及び学説をも挙示」

(16) 法例修正案理由書によると、「サキニ制定シタル法例ハ、穩当ヲ欠ク規定歎カラサルガ故ニ、其修正ヲ行ワンカ為メ、明治25年法律第8号ヲ以テ、其施行ヲ延期セラレタリ……」とある。

(17) 日本學術振興會刊(昭和12年7月11日写3),司法省法律調査会蔵書,法典調査会「法例議事速記録」第1巻によると、「法例」の起草者は2人であり、意見が一致しないときは、1人が譲ることになっていた。そして梅氏は、自分と穂積氏とは相当考えがちがっていると述べ、かつ梅氏自身は国際私法については学説、外国の立法例をひとつも調べておらぬ、と述べている。

(18) 山田三良『回顧録』(1957年)34頁。

(19) 山田三良氏は明治28年(1895年)9月大学院に入学(当時26才)したのであって、爾來穂積氏の指導下に国際私法を専攻していたのである。『回顧録』13頁)。

(20) 山田三良『回顧録』35頁。

することとなり、山田氏は「法案条文の進行するに従い、その理由書を起草することに努力した。穂積氏の起草した法例修正草案は、同年10月法典調査会を通過、翌31年3月帝国議會を通過して、31年6月公布、同年7月16日より民法と共に施行せられたのである。⁽²¹⁾

旧「法例」修正の必要 穂積陳重氏は「東京専門学校ニ於ケル演切」草稿（穂積文書第五号、法例参照、第七号、法例理由）中に、「法例」改正を必要とする理由をつぎの諸点に求めている。

- (1) 陳腐な規定を含むこと（2条、17条）。
- (2) 規定が不備であって（3条）、婚姻、認知、養子縁組、離婚等々について明確な規定がないこと。
- (3) 不要ないし他の法律に規定すべき事項を含んでいること（13条、15条、16条、17条）。
- (4) 「従フ」或いは「適用ス」等の用語が混用されており、またその背後に「外国法の適用は裁判官の義務ではない」とする考えが潜在しており、不当であること。
- (5) 国際事情の変化、外国立法例の展開（ことに国際法学会の決議）、学説の発展に鑑み、改正の必要が感ぜられること。

以下には、上述のうち(3)に述べた点だけを採りあげ、穂積氏の意見を紹介しておく。

旧法例第13条（訴訟手續ハ其訴訟ヲ為ス国ノ法律ニ従フ 裁判及ビ合意ノ執

(21) 現在東大法学部国際私法研究室に保管されている「穂積文書」中には、穂積陳重氏が法例修正案の起草に当り、蒐集せられた「法例参照」（外国法律、外国法例草案、国際条約草案、国際法学会決議、学説判例）、自ら認められた「法例草案」（毛筆で書かれ、欄外に朱書の註がある）、「法例理由」（毛筆、欄外朱書）等が含まれている。その穂積文書第十六号には、整理法例議案明治30年（1897年）11月26日配布、明治30年12月10日議了とある。

行方法ハ其執行ヲ為ス国ノ法律ニ従フ)の規定するところは、各国均しく認めるところではあるが、一国の国法とはして第1項の如き規定を掲げる理由はない。

「訴訟法ハ公法ニシテ其手續モ他国法ニ依ル能ハサルハ普ク認メラレタル法理及ビ便利上言ウラ俟タズ、故ニ伊ノ先例アルニ拘ハラズ最近ノ立法例及ビ学者ノ私案モコレヲ(旧法例第13条の規定を指す—筆者註)採用セズ、ローラン案25ノ如キモ氏ハ只政府の注意ヲ喚起スルノミ、民訴ニ移スモ可ナリト言ヘリ。」

「外国判決ノ効力ニ関シテハ固ヨリ規定ヲ要スル故、此点ニ関シテハ諸国規定アリ、西、獨一草其他、然レドモ之ヲ訴訟法ニ譲レリ、民訴514条、515条等。」

「法例」第15条(公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スル法律ニ抵触シ又ハ其適用ヲ免カレントスル合意又ハ行為ハ不成立トス)は削除、民法90条に譲る。

第16条(身分又ハ能力ヲ規定スル法律ヲ免カルル合意又ハ行為ハ無効トス)は不用。「……ボ氏ノ原案ニハ本来ナシ仏普ニモ無シ、ローラン36ニ倣ヘリ但シローランハ公序ノ場合ト等シク「ヌル」(nul)ト言ヘリ、熊野氏理由書中1モ本条ノ必要ヲ疑ヘリ」

第17条(判事ハ法律ニ不明不備又ハ欠点アルヲ口実トシテ裁判ヲ為スヲ拒絶スルコトヲ得ズ)は、「裁判官ノ義務ヲ定ムル規定ナリ或ハ憲法中又ハ判事職務法中適当ナル位置ナルベシ、法律ノ適用ニ関スル通則トハ間接ノ縁故アルノミ。」

「法例」修正案立案の方法 穂積文書によると、穂積氏は立案にあたって、(1)外国法律、(2)外国法例草案、(3)国際条約草案、(4)国際法学会決議、(5)学説判例を参考にしている。(1)外国法律は、1756年のバイエルンマキシミリアン法典から始めて、1896年のドイツ民法施行法、ポリビヤ法まで約47の法律におよぶ。(2)外国法例草案としては1872年、タットレー・フィールド国際法典、1882年の白国ローラン案、独民第2草案、ノイマン案等12ケの草案を掲げておる。さら

に、(3)国際条約としては、1878年のリマ条約、1889年のモンテヴィデオ条約、1894年の海牙条約をあげ、また(4)国際法学会決議としては、1880年オックスフォード、1888年ローザンヌ、1894年のパリ会議を指摘している。最後に、(5)学説判例のうち、特に目立つのは、英米法学者の学説として、ダイシー法律衝突論、ストーリー法律衝突論、フキールド国際法典綱要を掲げておることおよび、ダイシーとストーリーの著書の1部分を翻訳官をして翻訳せしめて、参考としている点である（穂積文書第6号）。

現行「法例」の特色 成立した修正「法例」には、旧判例の主義を継承した規定もあるが、最も多くはドイツ法草案に範をとっている。

旧「法例」の主義を継承しているのは、物権の準拠法に関する第10条（旧法例4条）、債権的法律行為の準拠法に関する第7条1項（旧法例5条）および無国籍者の属人法ならびに地方により法律を異にする国の人民の属人法に関する第27条（旧法例8条）の諸規定である。

ドイツ法に倣った規定としては、大体論として、「法例」第3条ないし30条のうち、7条、9条、10条、12条、21条、27条、28条を除く他の規定全部がそれであると言することができるであろう。

法例の規定の仕方がドイツ法とちがっている点を挙げれば、

(1) 日本「法例」は、完全衝突規則であることを原則としているのに対して、ドイツ法は、ドイツ法の適用のみを定める一方的衝突規則又は不完全衝突規則であることをもって原則とし、完全衝突規則は僅かにドイツ民法施行法第7条1項と第11条だけである。

(2) ドイツ法中には、日本「法例」とちがい、内国人保護のための条項が数多く存する。これは、本来ならば外国法を適用すべき場合であるにも拘わらず、当事者の一方が現にもしくはかつて内国人であった場合に、内国法を適用して、これを保護しようとする規定である。すなわちこれらの内国人について国際私法上特別の取扱いをしようとするものにほかならない。失踪宣告（9条3項）、

不法行為（12条）、夫婦の身分関係（14条2項）、離婚（17条3項）、相続（25条後段）に関する規定がそれである。

(3) 日本「法例」は、ドイツ法にない、債権的法律行為（7条、9条）、物権行為（10条）、債権譲渡（12条）に関する規定を含み、ドイツ法よりも充実しておると言える。

要するに、日本「法例」はドイツ法に倣ったものではあるが、これよりも1歩前進しており、ドイツ法と共に、国際私法法典化の沿革上ひとつの時代を画するものであり、より整備された後続のポーランド法等の先駆をなすものと言えら⁽²²⁾う。1918年の中華民国法律適用条例はわが法例を母法としているのである。

III 1926年ポーランド国際私法の法典化

沿革 国際私法の国内法典化の観点からすれば、1896年のドイツ民法施行法およびそれに続く1898年の日本法例以後、1926年のポーランド法までの時期は、ブラジル法を除外するとすれば、完全な空白であると言われている。⁽²³⁾ 国際私法の国内法典化の事業が再び採りあげられて、大きな成果を挙げるようになるのは、第1次世界大戦後ヨーロッパに、若干の新国家が建設せられてから以後のことである。

1926年のポーランド法はこの新時代の法典化の先駆をなすものである。したがって19世紀初頭に始まった国際私法の法典化事業の総決算はポーランド法に見出されるといってよいと考える。

大戦後の平和条約によって再興せられ、国境を劃されたポーランドの領土内には、ドイツ、ロシア、オーストリア諸国の法律が依然として行なわれていた。

(22) 同説、江川英文「わが国国際私法の沿革並に特色」、東京帝国大学学術大観（1942年）271頁。

(23) Nolde, *ibid.* p. 335.

それ故、これらの私法を統一する必要のあることは言うをまたないところである。しかしこの仕事は難渋を極め、統一法の1部（信権法、民事訴訟法）が始めて生れ出たのは、1933年になってからのことである。この統一事業の完成されるまでの期間は、少くとも国内諸地域間の法律衝突を規律する法を設定することが必要であった。そしてこの好機に、ポーランド法と外国法との間の法律衝突を規律する国際私法をも同時に定立するのがよいと考えられた。このようにして、1926年8月2日に、「国内私法関係に適用せられるべき法について」の衝突法規と、「国際的私法関係に適用せられるべき法について」の衝突法規との2種の衝突法規が制定公布せられるに至ったのである。

以下には、国際的法律衝突に関する国際私法の規定のみを分析することとする。⁽²⁴⁾

ポーランド国際私法の体系 規律の対象たる事項は、つぎのように分類される。Ⅰ 人、Ⅱ 法律行為の方式、Ⅲ 物権、Ⅳ 債権、Ⅴ 婚姻法、Ⅵ 親子関係、Ⅶ 後見、Ⅷ 相続法、Ⅸ 一般規定。

まず、一般規定からみる。

「反致」は、「再致」をも含む意味での広義のそれがみとめられている。すなわち第36条には、「この法律の規定により外国人の本国法を適用すべき場合において、その国の法律が他国の法律によることを定めているときは、ポーランドにおいてはその他国の法律を適用する」とある。

「公序」については、「外国法の規定がポーランドに行なわれる基本的公序の原則または善良の風俗に反するとき、その規定はポーランドにおいては法たる効力を有しないものとする」とある（38条）。

(24) この法律の解説と邦訳については、江川英文「波蘭共和国の国際私法」法学協会雑誌、49巻9号（1931年）1646頁以下；邦訳のみについては、久保岩太郎「国際私法ニ関スル私案ト立法例」商学評論12巻3号（1933年）93頁以下参照。

最後に、ドイツ法に倣って、ポーランド国閣僚会議は、私法上ポーランド国民に対し、自国民または他の外国国民よりも劣った待遇をし、または文明諸国の間に行なわれる法律上の保護を拒む国家に対し、あらゆる報復措置をとることができる(40条)、とされている。

自然人の行為能力は本国法に、商人の能力はその営業地法に、法人の能力はその本拠地法による(1条1項, 2条)。しかし他国の立法例と同じく(日本法例3条2項)、内国取引の安全のために、ポーランド法の適用のため重大な留保がなされている(3条)。

法律行為の方式については、ドイツ法第11条と凡ば同趣旨の規定をおく(5条)。

動産および不動産に関する物権は目的物の所在地法による(6条1項)。

債権契約に関する衝突規則は可なり独創的である。ポーランド立法者は準拠法の選択に関し、当事者の意思自治をみとめる立場をとりながらも、この自治法則を無制限にみとめることには反対し、当事者の選択しうる法律を制限的に列挙し、この枠内での選択のみをみとめるのである。すなわち「当事者はその債務を本国法、住所地法、行為地法、履行地法または目的物の所在地法のうちの何れか1つの法によらしめることができる」(7条)。

さらに法律は、当事者が適用すべき法を明示に合意しなかった場合に備えて、若干の推定規定を設けて、自治原則を補充する。この推定の体系は、国際法学会の決議案を借用したものであるが、多少恣意的であるとの批判を免れないように思われる。すなわちある種の契約類型については、準拠法は具体的に示されているが、他の種の契約についてはある場合には、当事者の共通住所地法により、他の場合には契約地法によるというように定められているのである(8条, 9条)。

(25) これは、1908年の国際法学会フローレンス会議で採択された決議に示唆をうけたものである。

親族法に関するポーランド衝突規則は、主としてハーグ条約への適応を考慮して作成せられている。

相続法は死者の死亡当時の本国法による（28条1項）。しかしながら遺言による死後処分は（相続契約も同じ）、行為当時における処分者の本国法による（29条）。

ポーランド法学者は、ポーランド法典は独創性の点では欠くところがあるが、規律の仕方が普遍的であり、規定が双方的である点においてすぐれていると、自負する。ポーランド法典が外国法に対して寛大である点では、19世紀中葉の法典のすぐれた伝統に立ち帰ったものであり、賞讃に値する。ポーランドの立法者にとって、国際私法の規定は外国人を法上内国人と同一視せしめるものではないが、国際的問題は本来、正義衡平の精神によって解決されなければならないのである。

第4章 近時における国内法典化

19世紀の初めに生れ、次第に成長していった国内国際私法の体系は、1926年のポーランド法に至って漸く標準化の段階、成年の域に達した。それには、リマ、モンテヴィデオ、ハーグ、キューバ、ジュネーブ等で、つぎつぎに開かれた国際私法条約会議による国際私法統一化運動の進展や、国際法学会等の学会における国際私法研究の進展もあずかって大いに力があること言うをまたないところである。

第1次大戦後における国際的私法生活の飛躍の進展につれて、諸国の国内国際私法は、ポーランド法が法典化された1926年頃を境として、再編成の段階に入る。すなわち1924年のチェッコ・スロバキアの国際私法草案、1931年のイタリア法改正草案、1932年のルーマニア国際私法草案の作成にひきつづき、ギリシヤは1940年に、イタリアは1942年に、それぞれ民法典中の国際私法規定を改正している。さらに第二次大戦後の1948年には、チェッコ・スロバキアはかつての草案を土台として、またエジプト、シリヤは全然新たに国際私法規定を設けた。中華民国（台湾）も1953年には国際私法を改正している。

そのほか、第二次大戦後、ソヴィエトロシヤや、新たにソヴィエト圏に含まれるに至ったポーランド、ハンガリー、ドイツ人民共和国、中華人民共和国等は、ソヴィエト法思想の影響下に、当然国際私法秩序を再編成したものと考えられる。

また、イギリス、アメリカ合衆国、ラテンアメリカ諸国、ベネリユックス3国、フランス、ドイツ連邦共和国等の諸国は、現在国際私法の改正問題に当面して、生みの悩みを体験しつつある。日本もまたその例外ではない。

本章においては、便宜上、1940年のギリシヤ法および、1942年のイタリー法の改正状況と、1948年のチェッコ・スロバキア法の法典化の状況をたずねる。ラテンアメリカ諸国および英米における法典化の状況並びに最近におけるフランス、ドイツおよび日本における国際私法改正問題の動向については、章を改めて、これを見ることとする。

I 1940年ギリシヤ国際私法⁽¹⁾

沿革 ギリシヤは1453年にトルコによって占領され、独立を失って以来、400年間トルコの圧制下に呻吟しなければならなかった。しかし1821年の叛乱・蜂起につづく10年間の苦しい戦の後、やっと1830年2月2日のロンドン協定（英、仏、ロシアの干渉による）によって、独立を回復した。

ギリシヤ民族はユスチニアヌス皇帝（525—565）の時代からひきつづき、ビザンチン民法法の支配をうけ、そのもとに生活してきた。そこで独立回復後も、1835年の布告によってギリシヤ民法典の公布あるまで、ビザンチン民法法がひきつづき効力がある旨宣言された。そして1856年には、ギリシヤ民法典が公布され、そのうちには、6カ条からなる簡単な国際私法規定も収められていた。⁽²⁾

(1) 1940年ギリシヤ国際私法規定の解説としては、つぎのものが権威があるし、詳細でもある。

Maridakis, Les principaux traits de la récente Codification hellénique touchant le droit international privé, Recueil des Cours de d. i., 1954 I, 111-233; Gogos u. Aubin, Das internationale Privatrecht im Griechischen Zivilgesetzbuch von 1940, *Rabels Z.* 1949 S. 240; Nicoletopolos; Private international Law in the new Greek Civil Code, 23 *Tulane L. Rev.* (1949) p. 52

(2) 1856年のギリシヤ国際私法については、

Diobouniotis, *Niemeyers Z. f. internationale Recht*, 12 (1903) 1930; Makarov, *Quellen des IPR.* (1929) 55; Carabibiber, *Conflicts des lois et Condition des étrangers en-d. i. p. grec.* (1930) 63; Aubin, *Das Zürcherische Kollisionsrecht in griechischen Zivilgesetz von 1856*, in *Z. f. Schw. R. N. F.* 68 (1949) 89ff.; Streit, *La Conception du droit int. p. d'après la doctrine et la pratique en Grèce*, *Recueil des Cours de d. i.*, 1927 (V), 5-164; Spiropoulos, *Griechisches*

しかしながら19世紀中は、ギリシャ政府は国境問題などに忙殺されていて、本格的な民法典の編さんには従事しえなかった。ギリシャ政府が本格的に民法典の編さん問題に取り組むようになったのは、領土問題がいち段落つてから⁽³⁾ (1923年後)、1930年以降のことである。

ギリシャ国際私法の立法過程 ギリシャにおける民法典の編さん事業は、法律によって設けられた起草委員会の発足した1930年に始まる。起草委員は5名、うち4名は大学教授、1名は法曹である。委員会は、先ず事業計画によって編さん事業の基本を定めた。この基本について、より大きな組織である改正委員会の承認を経た後に、予備草案の準備を委員の分担とした。民法典の序編及び第1編総則、第2編人事法については、報告者に Maridakis を、また第3編債務法、第4編物権法、第5編親族法、第6編相続法についても、各編に1名宛の報告者を選んだ。報告者が準備した民法典予備草案は、委員会で討議決定せられたが、一般に大きな変更は加へられなかった。このようにして決定せられた民法典草案の印刷物による公表は、1933年12月に始められ、1936年に終了した。

⁽⁴⁾ マリダキスの起草した国際私法予備草案は、表現形式の上で僅少の変更がな

IPR., Z. f. öffentliches R., XXIII (1943) 283-303; Carabiber, DIP de la Grèce, Répertoire du d. i., VI, 407-436; Carabiber, Revue Darras XXIII (1928), 222-252.

(3) ギリシャ民法典の成立史およびその原則などについては、Gogos, Das Griechischen B G B vom 15. März 1940, Archiv f. de. Civ. Praxis, n. F. 29 (1944) 78ff.; ギリシャ民法典と国際私法規定草案との関係については、Maridakis, Le Projet du Code civil grec et le d. i. p., Revue critique de d. i. p., 33 (1938) p. 346. なお、これには、ギリシャ国際私法規定草案のフランス訳が載せられている。

(4) マリダキスのこの草案については、Maridakis, Die internationalprivatrechtlichen Bestimmungen im Entwurf eines griechischen RGB., Babels Z, 11 (1937) 111ff.

ギリシャ国際私法の編さんと各国国際私法の編さんの仕方については、Gogos u. Aubin, 前掲論文(註1) S. 242-248 参照。

されたほかは、そのまま編さん委員会の承認を得た。この草案は、法の衝突問題に29ヶ条を当てておる。1856年の民法典がこの問題に6ヶ条を当てておるのに比して、23ヶ条の増加があったわけである。大改正と言わねばならない。

この民法草案は所定の手続を経て、1940年3月15日に法律となったが、その成立過程において草案に多少の変更が加えられている。ギリシヤの学会の1部には、国際私法規定は民法典のうちに含めず、単行法として制定すべしとの意見もあったが、編入論の方が強く、結局民法典第1編総則第2章に収められたのである。このようにして成立した民法典の実施は、第2次大戦のためおくれ⁽⁵⁾て、漸く1946年2月23日に至って、発効した。したがってその日までは、1856年のギリシヤ民法典中の国際私法が行われていたのである。

1940年ギリシヤ国際私法の体系 1940年の新法と1856年の旧法とは、どのように相異なるか。この観点から、新法の主要特徴を窺うことにする。

総則的な一般問題については、両者の間に相異点はみられない。新法は旧法の原則をその儘踏襲して、反致を排斥し、公序を留保し、属人法の基準としては本国法主義を採っているのである。すなわち反致については、「外国の国際私法の規定は適用すべき外国法のうちに含まれないものとする。」(32条)として、これを排斥し、公序については、「外国法によるべき場合においてその適用が善良の風俗又は一般に公の秩序に反するときは、これを適用しない。」(33条)という形式でこれを維持しようとしているのである。

改正された主要規定は、債権契約、不法行為、非嫡出子の地位、相続に関する規定である。

(1) 債権契約については、旧法は当事者の自治をみとめると共に、当事者の意思不明の場合には履行地法によるべきものと定めていた(6条1項)。しか

(5) 尤もギリシヤ亡命政府の支配下にあった地域では、すでに1941年7月1日以降通用している。この点 Gogos, *Rabels Z.* 1949 S. 337, A. 1.

るに新法は、この問題につき、最も進歩した学説にしたがって、「契約に基く債権関係は当事者が服した法律による。これを欠くときは、一切の個々の事情からみて、その契約に最も適する法律を適用する」(25条)と定めているのである。

つぎに、不法行為については、旧法はこれを法廷地法としてのギリシャ法によらしめていたが(6条2項)、新法は、「不法行為に基く債権関係は不法行為のなされた国の法律による。」としている(26条)。これも最も進歩した規定だといってよい。

非嫡出子の地位については、旧法には特別規定はなかった。これに対して、新法は、「非嫡出子とその母との間の法律関係は最後の共通本国法による。これを欠くときは、子の出生当時における母の本国法による。」(19条)。「非嫡出子とその生父との間の法律関係は子の出生当時における生父の本国法による。」(20条)。「非嫡出子の母と生父との間の法律関係は子の出生当時における母の属した本国法による。」(21条)、と定めている。

最後に相続については、旧法は、原則として死者の死亡当時の本国法によるとしながら、ギリシャにある不動産相続については、例外的にギリシャ法によらしめていた(5条)。これに対して、新法はいち律に死者の本国法によるとし、例外をみとめない(28条)。

要するに新法は、旧法に比べて、条文数からいってもはるかに詳細であるし、規定の内容からいってもはるかにすぐれていると言わねばならない。

II 1942年イタリー国際私法

改正の沿革 1865年に制定せられたイタリー民法典、その前加編中に含まれている国際私法規定の何れも、制定後の社会事情の変遷に伴い、時代の要請に合わない点が生ずるに至った。そこでイタリー政府はその改正に着手し、1931年にはすでにその改正案⁽⁶⁾を公表しているのである。

(6) 1931年の改正案については、齋藤武生、法学論叢 28巻(1932年)644頁以下。

爾来この草案はイタリア国破毀院をはじめ、控訴院、大学あるいは各地弁護士会等に回付せられ、専門家の意見を徴して、研究された。その結果改正案は若干修正せられ、1937年にはその確定草案が発表せられた。⁽⁷⁾しかし、その後さらに多少の修正が加えられて成立した改正イタリア民法典第1編は、民法典前加編の国際私法規定と共に、1939年7月6日より実施せられているのである。⁽⁸⁾ただし、1942年に改正民法典全部が成立実施せられるにおよんで、これに合わせて前加編中の国際私法規定の条文番号も変更せられた。現に行われている規定の条文番号はこれである。⁽⁹⁾

⁽¹⁰⁾
1942年イタリー-国際私法規定の体系 1942年の改正新法は1865年の旧法をどの点でどのように改めておるか。この観点から、改正新法の主要特徴を窺ってみることにする。旧民法典は僅か7ヶ条の国際私法規定を含んでいたのにとどまる。これに比し新民法典は17ヶ条を有する。新法は新設の諸規定によって、旧法に存在した畿多の不備欠陥を補填すると同時に、同じく旧法に存した不当・不都合な点を改良しようとしている。これが新法の顕著な特徴である。

旧法に存した不備欠陥の補填というのは、次の点をさす。

(1) 「外国人がイタリーにおいて、法律行為をした場合において、その外国人が本国法によれば無能力者であっても、イタリー法によれば能力者たるべきときは、これを能力者と看做す」との規定が新設せられたこと(新17条2項)。

(7) 確定草案については、齋藤武生「伊太利国際私法確定草案」法学論叢 37巻(1937年)350頁。

(8) この規定については、齋藤武生「伊太利新民法の実施と国際私法的規定」法学論叢 43巻(1940年)463頁。

(9) これについては、須藤次郎「1942年伊太利民法典中の国際私法規定」法学研究24巻(1950年)11号40頁以下; *Rebels Z.* 15 (199) S. 116.

(10) *McLusker*, "The Italian Rules of Conflict of Laws", 25 *Tulane L. Rev.* (1950) 70.

(2) 旧法には、親族関係については「人の身分および能力」とならべて、「親族関係は人の属する国の法律による」という、ただ1ヶ条の規定しかなかった(旧6条)。新法は、これを改めて、夫婦の身分関係、財産関係、実親子関係、養親子関係、後見について、それぞれ個別規定を置いて、これらを規律した(新18条ないし21条)。

(3) 旧法には債権関係については、何らの規定も存しなかった。新法はこれを改めて、「契約による債権は当事者の共通本国法により、それがないときは、契約地の法律による。ただし、いずれの場合においても当事者の意思がこれに反するときはこのかぎりでない。」「契約によらない債権はその原因たる事実の発生した地の法律による。」と定めた(新25条1項2項)。

(4) 新法は無国籍者について新たに規定を設け、「前数条の規定により本国法を適用すべき場合において、人が国籍を有しないときは、その居住地法を適用する」と定めた(新29条)。

(5) 新法は、旧法時代に確立した判例法を法文化して、「前数編の規定により外国法を適用すべき場合においては、他の法律の反致をみとめることなく、その実質法を適用する。」と定めた(新30条)。

旧法に存した、不当・不都合な点を新法が改良しようとしているというのは、つぎの点をさす。

(6) 物権につき、旧法は、「動産は所有者の本国法による」、「不動産は所在地法による」と定めていた(旧7条)。新法は動産および不動産を区別せず、いずれの物権関係をも目的物の所在地法によらしめる(新22条)。

つぎに新法と日本「法例」とを比較して、新法の特徴的な点を若干指摘しておこう。

(a) 新法は、夫婦財産関係について、不変更主義をとり、「夫婦財産関係は婚姻挙行当時における夫の本国法による」、「夫婦の国籍変更はその財産関係に影響をおよぼさない」と定めておきながら、「ただし新共通本国法による夫婦間の

契約については、このかぎりでない」との例外規定を設けておること（19条）は、注目に値する。

(b) 新法は、「養親子間の法律関係は縁組の当時における養親の本国法による」と定め（20条Ⅱ項）、不変更主義を採用している。

(c) 新法は旧法（9条Ⅱ項）と同じく、「贈与は贈与者の本国法による」と規定している（新24条）。わが法例の立場からすれば、死因贈与については贈与者の本国法によらしめる理由はあっても、生前贈与については、その理由は考えられない。これは、イタリー法の旧来の本国法主義偏重の名残りであると言⁽¹¹⁾うべきである。

(d) 新法は旧民法典と同様に、訴訟手続の準拠法を定める（27条）と同時に、「刑法並びに警察および公安に関する法律はイタリー国内に居住するすべての者を拘束する。」と定める（28条）。このように訴訟法や刑法、警察法の適用を私法の適用と同列に規定しているのは、フランス民法第3条1項以来の沿革に由来するものであって、わが法例の立場からは理解に苦しむ点である。

(e) 新法が、無国籍者の属人法としてその「居住地」法の適用を定めている点（29条）、わが法例上も参考に値すると思われる。

全体としてみてこの改正法は、1865年の旧法当時に比し、大きな進歩を遂げた学説、判例、条約、諸国の立法等を背景として、行なわれたものとしては、内容形式ともに決して充分なものであるとはいえないように思われる。⁽¹²⁾

III 1948年チェコスロバキア国際私法規定

この規定の基本となった1930年の国際私法草案（民法草案第2編）は、1921

(11) 同説 齋藤武生，法学論叢37巻 354頁。

(12) 齋藤教授も、ポーランド国際私法あるいは、ルーマニア国際私法草案の方が形式において勝れているのみでなく、その内容においても詳細であって、イタリー法は、これらに比較するとき、甚だしく遜色ありとされている。齋藤武生「伊太利国際私法確定草案」法学論叢 37巻（1937年）357頁。

年に始められたオーストリア民法典の改訂作業の過程において生れたものである。当時チェコスロバキアの大部分⁽¹³⁾には、オーストリア民法が行なわれていたのであるが、そのうちに含まれていた衝突規則は不完全極まるものであったから、何人もこれを維持しなければならぬとは考えなかった。すなわち、これを放棄するも不思議ではなかったのである。そこで草案の立案者は、当時における標準的学説の考え方に則り、全然新たな草案を準備したと言われる。

1948年に法律として成立した国際私法規定は、前記民法草案中の国際私法規定と大差はない。草案の公表せられた1930年以後、1948年までの間に、チェコスロバキアは世界大戦をめぐって大きな政治上の変動を経験した。それにも拘わらず、前後を通じて殆んど同じ国際私法規定が構想実施せられたのは、興味あることがらである。

1930年のチェコスロバキア法草案は、1931年のイタリー法草案、1932年のルーマニア法草案と同時代の法案である。これら3者を比較研究することは、⁽¹⁴⁾ 斯法の発展をたどる上に有意義であるが、今はこれを措く。ここには、日本「法例」の立場かからみて、1948年法の主要特徴とでもいうべきものを摘記するに止める。

(1) 総則的規定としては、反致規定を設けていないこと、および「地方より法律を異にする」、いわゆる不統一法国の人民の属人法について、特則を設けていないことが、目につく点である。

(2) 個別的規定としては、当事者自治および契約に関する規定、婚姻の方式、婚姻の効力、離婚、父子関係、婚外母子関係、婚外子の生父に対する扶養請求権、後見の引受・執行義務に関する規定等が、わが「法例」とは異なる立場を

(13) この草案については Makarov, 邦訳は久保岩太郎『国際私法概論』, 附録37頁。ただし久保氏の書物には、作成の年は1924年となっているが、Nolde はこれを1930年としているから、ここには、Nolde 氏の記述によって1930年とした。(Recueil de Cours, 55 1936 I p. 339.)

(14) この点については、Nolde, Ibid. p. 339 参照。

とるものとして、興味があり、参考にもなる。そこで以下に、これらのうち、若干のものを例示的にとりあげ、瞥見しておく。

(a) この法律は、当事者自治の原則をみとめているようにみえるが、実はそうではない。けだし「当事者は、ある法律関係について、その関係が選択せられた法律に対して本質的な関連にあり、しかも、この章の諸規定によって本来その法律関係が服している法律の強行規定に反しないかぎり、これを一定の法律に服せしめることができる。」(9条)。しかし、特則のないかぎり、一般の債権契約は、原則として、当事者の住所地法によらねばならぬ(46条5号)からである。

(b) この法律は、各種の契約類型について、それぞれに固有の準拠法を定めている(44条, 45条, 46条)。これは、1926年のポーランド法、国際法学会の決議に倣ったものである。

(c) 婚姻の方式については、挙行地法によるほか、当事者の属人法によることをみとめている(12条)。

(d) 婚姻の身分上および財産上の効力について、夫婦が現在異国籍のときは、最後の共通属人法により、これがないときは、チェッコスロバキア法によるとしている(14条, 15条)。

(e) 離婚については、夫婦異国籍のときは、夫婦の最後の共通属人法により、これがないときは、チェッコスロバキア法による(18条)。

(f) 嫡出父子関係は関係者全員の属人法によるが、この法が同一でないときは、最後の共通属人法により、これがないときは、子の属人法によるとしている(21条, 22条)。

(g) 婚外母子関係についても、嫡出父子関係の場合とほぼ同じ考へ方で、準拠法が定められている(25条, 26条)。

(h) 婚外子又はその母の婚外父に対する請求権は、それぞれ子の出生当時における子または母の属人法によるとせられている(27条)。

(3) この法律は、53条からなり、国内法典としては、最も詳細な立法であり、しかも従来提唱された標準的学説の成果をり入れていると言われるだけあって、国際的私法生活の合理的な需要に応ずるように考案せられていると評する。個々の細目の点については、もちろん熟しないものや、問題の存する規定も散見せられるが、全体としては、充分参考に値するすぐれた立法であるように思われる。

第5章 ラテンアメリカと 国際私法の法典化

I 序 説

中南米の諸国は国内に多くの外国移民を擁しておる関係上、早くから国際私法の国際的統一が企てられ、世界史上最初の国際私法条約も1878年ペルーのリマに開かれた国際会議で成立しているのである。その後1899年には、ウルグァイの首府モンテヴィデオで、南米諸国の間に今日もなお効力を有する国際私法条約が成立しておるし、又1928年には、キューバの首府ハバナで開かれた汎アメリカ連合の第6回会議において、ブスタマンテ法典を附属文書とするハバナ条約が成立しておる。更に又1940年には、さきに述べたモンテヴィデオ条約を改正する条約が成立、これを批准した若干国の間には、この改正モンテヴィデオ条約が実施せられているのである。しかし今日、国際私法の発達を促進する上に最も重要なのは、ラテンアメリカの諸国において、かつてどんな国際私法条約が成立したかということではなく、今日のラテンアメリカの諸国において、諸国私法の国際的統一のために現にどんな努力が払われつつあるか、その努力は正しい方向に向っているかどうかである。ところでこれらのことを知るためには少なくとも、今までにラテンアメリカで国際私法の国際的統一又は法典化のためにどんな努力が払われてきたか、及びその成果いかんを知ることが、絶対に必要である。

そこで、本章においては、今までにラテンアメリカにおいて実現した国際私法の法典化の事業がたどってきた経路及びその成果を窺うと共に、1948年に従来の組織を改めて新発足した全米連合 (Organization of the inter-American

States, 略称, OAS) の手によって現在行われつつある国際私法の法典化事業の状況を概観し、あわせてこの問題についてのラテンアメリカ諸国の努力が方向を誤ってはいないかどうかを検討しておきたいと考える。

因みにわが国と北米合衆国を含む全アメリカ諸国とは、人及び物資の交流の上からみて、非常に密接な関係にあり、その関係はヨーロッパ諸国との間の関係よりもより緊密であるといつてよい。にも拘らず、わが国におけるラテンアメリカ法の研究は、⁽¹⁾今までのところ甚だ不充分で、欧米学者の研究に比して非常な立ちおくれの状態にある、と言つて誤りないであろう。今後中南米法の研究が一層さかんに行われるに至ることを切望して止まないものである。

II ラテンアメリカにおける

国際私法法典化事業の概観

⁽²⁾
リマ条約 1878年にペルー政府の招請により、同国の首都リマで開かれた国際会議で、国際私法統一のことが議せられたが、これが世界史上最初の国際私

(1) わが国における中南米法の研究としてはたとえば、次のものがある。江川英文「Bustamante, Projet du code de d. i. p., 1925.」, 国家学会雑誌40巻(1926年)1825頁, 江川英文「第6回汎米会議に於て成立せる国際私法法典」, 国家学会雑誌43巻(1929年)1775頁, 斎藤武生「国際私法に関する所謂ブスタマン法典とその正文」法学論叢23巻(1932年), 田中耕太郎「ラテンアメリカ法学界管見」法律時報12巻(1940年)7号(法哲学論集第3巻所載), 須藤次郎「ブラジル国際私法規定」法学研究26巻(1954年)5号, 折茂豊「国際私法の統一性」1955年206頁以下, 西賢「フランス民法典のチリとアルゼンチンに及ぼした影響」比較法研究(1955年)9, 10号, 佐藤泰彦「ブラジル連邦共和国憲法研究序説」東京外大論集(1956年)5号, 西賢「ラテンアメリカにおける法思想」季刊法律学(1958)25号, 川上太郎「スイス, ギリシヤ, エジプト, シリアの国際私法規定と国際私法に関するモンテヴィデオ条約」神戸法学雑誌9巻(1959年)4号。

(2) 以下の叙述については、ブラジル最高裁判所判事 Octavio の1930年の論文, L'Amérique et la codification du droit international privé, Revue de d. i. p. 1930 pp. 633—635を参酌した。なお折茂豊「国際私法の統一性」201頁以下参照。

法統一のための列国会議であるといわれる。ヨーロッパにおける最初の国際私法会議は1893年のハーグ会議であるから、アメリカの方がヨーロッパのそれよりも15年も早い訳である。会議に代表を送ったのは、ペルー、アルゼンチン、チリー、ボリヴィア、エクアドル、ベネズエラ及びコスタリカの7ヶ国で、ブラジル政府は招請を受けたが、参加しなかった。ブラジル政府が参加を断った理由は、(1)会議の目的が普遍的にみとめられる原則に従って諸国の立法の統一をはかることを主題とするものであり、アメリカ諸国の利益のみにかかわる問題を取扱うものではないから、アメリカ諸国だけの会議とせず、一般的会議とする方がより適当であると考えたこと、及び(2)国際私法の国際的統一問題の研究は、ヨーロッパの国際法学会が先鞭をつけたのだから、この事業は国際法学会に委ねる方がより妥当である、というにあった。リマ会議で起草され、1878年11月9日に署名された条約案(8章60条)が取扱っている事項は、次の通りである。(1)人の身分及び能力、内国にある財産並に外国でなされた行為を支配する法、(2)外国で挙行された婚姻及び内国で外国人の締結した婚姻、(3)相続、(4)国外においてなされた法律行為及び内国に居住しない外国人のなした行為に関する内国裁判所の管轄、(5)外国でなされた不法行為及び他国を害する不法行為に関する裁判管轄、(6)判決その他の裁判行為の執行、(7)立法、等。

この条約案は属人法決定の規準を国籍に求めた。そのため、アルゼンチンは、批准しなかった。なおこの会議に代表者を送らなかつた国も加入を許されており、ウルグアイとグアテマラは後にこれに参加したのである。しかしこの条約案は、署名の翌年に勃発したチリー対ペルー、ボリヴィア間の太平洋戦争(1879年～1883年)のために、遵守されないまま、消失し去った。⁽³⁾

リマ条約は世間にあまり知られていないが、多数国が史上初めて共同で編纂した国際私法典であるという点で、不朽の名誉をもつ。10年後のモンテヴィデ

(3) 田中耕太郎『ラテンアメリカ史概説』、(1949年)下巻155頁以下。

オ条約は結局リマにおける編さん事業を継承したものである⁽⁴⁾。

モンテヴィデオの会議及び条約 ウルグアイの首府モンテヴィデオは前後2回に亘り、国際私法会議の舞台となった。第1回目の会議は、1888年から翌年にかけてのそれであり、第2回目は1939年から1940年にかけての会議である。

第1回モンテヴィデオ会議⁽⁵⁾ この会議は、属人法の決定に関して住所地法主義を採用するウルグアイ及びアルゼンチン両国政府の招請によって開かれた。会議の招請状には「以前にみとめられた理論に対抗する緊急の必要がある」と述べられている。このことから明かなように、この会議は本国法主義を採用するリマ条約に対する反動として招集されたものである。

会議に招かれたのは、チリー、ブラジル、ペルー、ボリヴィア、エクアドル、コロンビア、ベネズエラ及びパラグアイの8ヶ国であり、会議においては、国際民法、商法、刑法、及び訴訟手続に関する8つの条約と1つの附属議定書が作られた。しかしブラジルとチリーとは、国際民法に関する条約案には署名を拒んだ。この条約案が属人法決定の基準に関し住所地法主義を採用したからで

(4) リマ会議を創始したのはウルグアイ人ゴンザロ、ラミレス (Gonzalo Ramirez) であったが、氏は1889年に、17章101ヶ条よりなる国際私法法典草案を発表して、つぎのべるモンテヴィデオ会議の基礎とした由である。Bustamante, *Projet de Code de d. i. p.* traduit par P. Goulé, 1925 p. 5; この書について江川英文教授の紹介あり、国家学会雑誌40巻(1926年)10号182頁参照。

(5) 1888年1889年の第1回モンテヴィデオ会議及び条約については、Heck, *Der Kongress von Montevideo und das internat. Vertragsrecht der Südamerikanischen Staaten*, Z. f. internat. Pr. und Sr. Bd. 1, 1891 S. 324, 477, 592; *Revue de d. int. et de lég. comp.*, XXI (1889)p. 217-237, 561-577; Lepelletier, *Journal du d. i. p.* 1897, p.895 e.s.; Octavio, *L'Amérique et la codification du d. i. p.*, *Revue de d. i. p.*, 1930 p. 634; Yepes, *La Codification de l'Amérique latine au développement du d. i. public et privé*, *Recueil des Cours*, 1930-II, p. 716; Nolde, *La Codification du d. i. p.*, *Recueil des Cours*, 1936-I, p. p. 352; Gallardo, *La solution des conflits de lois dans les pays l'Amérique latin*, 1956; 条約の正文については、Makarov, *Quellen, des internationalen Privatrechts* S. 269. 1929.

ある。これらの条約案を批准したのは、アルゼンチン、ウルグアイ、ペルー、パラグアイ、ボリヴィアの5ヶ国である。なお、コロンビヤは後に参加を許されて、国際民法、訴訟法、商法の諸条約に加入した。条約の附属議定書は、外国法の適用、上訴方法、公序の観念及び外国法の認識の諸事項を規定しており、アルゼンチン、ウルグアイ、ペルー、パラグアイ及びボリヴィヤがこれを批准した。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

⁽⁸⁾
第2回モンテヴィデオ会議 第2回会議はウルグアイ政府の招請により、第1回会議から50年目に当る、1939年7月18日に開かれた。この会議に招かれたのは、ボリヴィヤ、ブラジル、パラグアイ、ペルー、チリーの5ヶ国である。

会議の目的は第1回会議において成立した条約上の原則を現代化することであった。すなわち50年前の条約の諸原則を、現在の国際公法及び国際私法の原則によって支配されている諸国民の法的生活の需要に適応させようとしたのである。

1939年7月18日に開会せられ、8月4日までつづいた第1期会議には、アルゼンチン、ボルヴィア、チリー、パラグアイ、ペルー、ウルグアイの諸国が参加した（ブラジルは欠席）。そして1940年3月6日に始まり、同年3月19日に終わった第2期会議には、上記諸国のほかにブラジル及びコロンビヤの2国が

(6) 本文にのべたところは、主として註5に掲げた Gallardo の書物によった。なお、この書にはつぎの書評がある J. A. C. Thomas, *Book Review, The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 5 (1956) p. 618.

(7) モンテヴィデオ条約は中米諸国に影響を及ぼした。すなわち中米5国は1897年6月にグアテマラ市に集合、モンテヴィデオ条約を範とする5つの条約に署名したが、これは発効しなかった由である、(Gallardo, *ibid.* p. 33n. (i))。

(8) この会議及び条約については、Rabel, *The revision of the Treaties of Montevideo on the law of Conflicts*, *Michigan Law Review*, 1941 p. 517; Valladão, *Le droit international privé des états américains*, *Recueil des Cours*, 1952-II p. 107; Gallardo, *ibid.* p. 33 e. s., モンテヴィデオ国際民法、商法、海商法等全部の条約正文の英訳については、*American Journal of I. L.*, 1943 (vol. 37) p. 95. 国際民法の部分の邦訳については、川上太郎訳神戸法学雑誌8巻4号(1959年)参照。

代表者を送った。そしてその会義では、国際民法、陸商法、海商法、訴訟法等に関する諸条約が成立したのであるが、国際民法に関する条約に署名したのは、アルゼンチン、ボリヴィア、コロンビア、パラグアイ、ペルー、ウルグアイの6ヶ国である。ブラジルとチリーとは、1889年にとった立場を固守してこれに署名しなかった。なおペルー及びウルグアイは署名はしたが、共に留保を附した。殊にペルーはブスタマンテ法典を採択しており、1936年の同国民法典には条約とは甚だ異なる規則が採用せられているため、重大な留保を附して署名したのである。

1889年条約においては、ウルグアイ法とアルゼンチン法との間には、統一が存在していたが、1940年の新条約においては、この統一はウルグアイの留保により却って破られた観がある。それ故、1940年のモンテビデオ会議は、諸国の国際私法を近接せしめる代りに、逆にその間の差異を増大し、尖鋭化せしめたと言われているのである。⁽⁹⁾ 今日までに国際民法に関する条約、国際陸商法及び国際海商法に関する条約、⁽¹⁰⁾ を批准したのは、アルゼンチン、ウルグアイ、パラグアイの3ヶ国だけである。

追記、この批准について、私はわが外務省条約局に問合せた。当局は態々ウルグアイ外務省条約局に問合せた上、つぎのような回報を寄せられた(1959年11月9日附)。国際民法に関する条約の批准国は、アルゼンチン(批准日、1958、6、18)パラグアイ(1958、1、29条約局長回答)、ウルグアイ(留保附批准)(1942、11、12)、国際陸商法に関する条約及び国際海商法に関する条約に批准したのは、アルゼンチン(1956、6、18)、パラグアイ(1958、1、29)、ウルグアイ(1942、11、12)、国際刑法に関する条約の批准国はウルグアイ(1942、

(9) 上述の解説については、Gallardo, p. 33; Valladao, p. 107. によった。

(10) 批准については、ネーデルマンの所述によった、Nadelmann, A New Report of the inter-American Juridical Committee on revision of the Bustamante code, American Journal of international Law, vol. 53 (1959) n. 3 p. 654 note 20.

11, 22) であると。

第6回全アメリカ国際会議において採択せられた国際私法典——ブスタマンテ法典 1928年1月16日から2月20日までキューバの首都ハバナで開かれた第6回汎米会議において、全アメリカ21ヶ国の代表者は、附属文書として1つの国際私法典を帯有する国際条約（本文は9ヶ条よりなる）を成立せしめた。この法典は正式には、「第6回アメリカ国際会議により1928年2月20日ハバナで採択せられた国際私法典」と名付けられているが、原案を起草したブスタマンテ教授の名を冠して、別名「ブスタマンテ法典」とも呼ばれる（ブスタマンテ法典に関する文献については、註16参照）。この法典は、国際民法、商法、刑法、訴訟法にわたる規定を含んだ、全文437ヶ条なる大法典である。今までに批准したのは、15ヶ国で、うち9ヶ国は中米の諸国（ホンジュラス、グアテマラ、サルヴァドル、ニカラグア、パナマ、コスタリカ、ハイチ、キューバ、ドミニカ共和国）、6ヶ国が南米のそれ（ボリビア、ブラジル、チリー、エクアドル、ペルー、ヴェネズエラ）である。アメリカ合衆国の代表は、各州と連邦との関係に関する連邦憲法の規定の関係から、投票に加わらず、批准もしていない。メキシコ、アルゼンチン、コロンビア、ウルグァイ、パラグァイの諸国もまた批准しておらず、また汎米会議に参加していないカナダがこの条約の圏外にあることは言うまでもない。

各国は、署名に際して留保をすることができるのは勿論、批准に際してもまたこの法典の条文の適用につき、留保をすることを許されている。そして留保をした国は、ブスタマンテ法典と自国法との衝突の場合に、留保に抵触する条文は適用しないでもよいことになっているのである（条約第3条）。署名又は批准に際して、一般的に又は特定の事項について留保を附した国は多数に上るが、無留保に条約を可決した国も少なくない。

(1) 署名に際しての留保⁽¹¹⁾

(a) 何らの留保もなしに、ハバナ条約を可決したのは次の10ヶ国である、ボリヴィア、キューバ、エクアドル、グアテマラ、ハイチ、ホンジュラス、メキシコ、パナマ、ペルー、ベネズエラ。

(b) 署名に際して何らかの留保をした国は、アルゼンチン、ブラジル、コロンビア、コスタリカ、チリー、サルヴァドル、ニカラグア、パラグアイ、ドミニカ共和国及びウルグアイの諸国である。⁽¹²⁾

(2) 批准の際の留保 諸国が批准に際してなした留保は、署名の際の留保とちがい、實際上重要である。この種の留保も多数ある。たとえば、チリー、コスタリカ、ボリヴィア、エクアドル、サルヴァドルは、批准に際して、自国国内法の適用を留保している。そのほかにたとえば、ヴェネズエラ、ブラジル、ドミニカ共和国は、直接に離婚及び婚姻無効の事項に関して、留保している。⁽¹³⁾

(3) 批准に関連して重要なのは、ブスタマンテ法典に参加するほか、同時にモンテヴィデオ条約にも加入している国があることである。ボリヴィアとペルーとがそれである。この2国において、法律衝突の場合に適用せられるべき法律は、この2国のうち何れか1国の法律と法律衝突の状態にある他国がこれら2つの国際条約のうちいずれのグループに属するかにより、その属する条約によって、決定せられる。ただしこのいずれのグループの国にも属しない国民に関するときは、この国の国内法のみが管轄すべきである。⁽¹⁴⁾

(4) なお批准に関連して注意すべきことは、メキシコはこの法典に対して無留保に投票し、可決したにも拘わらず、これを批准するに至らなかったということである。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

(11) Gallardo, p. 44.

(12) これらの留保については、Bustamante, *Le Code de d. i. p. et la sixième Conférence Pan-américaine*, 1929 p. 211 et suiv.

(13) Gallardo, p. 44.

(14) Gallardo, pp. 41, 44 Note (10); Valladão, *Recueil des Cours*, 1952-II, p. 107.

(15) Gallardo, p. 44.

III 全米連合（OAS）と国際私法の法典化

アメリカ諸国に共通の利害関係事項を採り上げ、共同利益のために協力の方法を協議し、その道を見出して、実現をはかる。これが、1889年に開かれた汎米会議において作られた汎米機構の設立目的であった。したがって国際公法及び国際私法の発達をはかり、できればその法典化を実現するということは、正にこの汎米機構の設立目的の1つであると言わねばならない。

汎米機構はその設立の当初以来、この目的の実現に努力してきた。すなわち会議を組成するアメリカ諸国は、第1回会議（ワシントン、1886年～1890年）において1つの常設機構を創設し、これを中心として、できる限り早い時期に、すべての又はなるべく多くのアメリカ諸国に普遍的な国際私法典を作るべく、努力し続け、今日に及んでいるのである。この常設機構の公式の名称は *international Union of the American Republics* であるが、一般には *Union of*

(16) ブスタマンテ法典は邦訳されている、齊藤武生「国際私法に関する所謂ブスタマンテ法典と其の正文」法学論叢、23巻1929年、1141頁以下。ブスタマンテ法典の成立の由来、経過、梗概及び特色等については、江川英文「第6回汎米会議に於て成立せる国際私法法典、国家学会雑誌、43巻1929年、1775頁。江川英文「De Bustamante, *Projet de Droit international privé*, 1925,」国家学会雑誌、40巻1926年、1629頁。折茂豊『国際私法の統一性』、1955年、206頁以下。

この法典に関する外国文献は、多数あるが、主要なもの及び最近のもののみをあげると、(1) Bustamante, *Le Code de d. i. p. et la sixième Conférence Panaméricaine*, *Revue de d. i. p.* 1928, p. 613; (2) Bustamante, *Projet de Code du d. i. p.*, 1929, (traduit par Goulé), p. 7. (この書については、前掲、江川教授の紹介がある)、(3) *Conférences Panaméricaines et Code de d. i. f.*, *Répertoire t. IV*. p. 607 et suiv., (4) Octavio, *L'Amérique et la Codification du d. i. p.*, p. 638; (5) St-raznicky, *Les conférences de d. i. p. depuis la fin de la guerre mondiale*, *Recueil des Cours*, 1933-III, pp. 492 et s.; (6) Valladão, *Le droit international privé des états Américains*, *Recueil des Cours*, 1952-II, p. 101; (7) Gallardo, *La solution des conflits de lois dans les pays de l'Amérique latine*, 1956, p. 62 ets. には、この法典の将来と改訂問題についての展望が簡単に説明されている。

American Republics として知られ、また「汎アメリカ連合」(Pan-American Union) とも呼ばれた。ただし最後の名称は、現在では、ワシントンに置かれている「汎アメリカ連合」の常設事務局を指すために用いられる(全米連合憲章13章78～90条)。この常設事務局が『汎アメリカ連合』と呼称されるようになったのは、1910年の第4回汎米会議以来のことである。

さて、1889年のモンテヴィデオ国際私法条約に類似の国際私法、訴訟法条約を採択するように、すべての組成国に勧告すること、これが第1回会議(開催地はワシントン、1889年～1890年)、第2回会議(メキシコ、1901～1902年)、第3回会議(リオデジャネイロ、1906年)における汎米会議の態度であった。そして第3回会議では、国際法典の編纂を主たる任務とする「国際法律家委員会」(Commission Internationale Jurisconsultes)なるものを組織する条約案が作られているのである。第4回会議(ヴェノスアイレス、1910年)では、先きの述べたように、『汎アメリカ連合』なる名称の常設事務局が組織せられた。第1次世界大戦のため13年の間隔をおいて1923年に開かれた第5回会議(サンチャゴ)は、民法、国際私法の問題の研究に没頭したといつてよい。その結果、アメリカ諸国一般の意識が、できる限り早い時期に国際的な法典編纂を実現しなければならぬという方向に、一段と強められることとなり、次の第6回会議(ハバナ、1928年)では、先きに述べたブスタマンテ法典の編さんをみるに至ったのである。第7回会議(モンテヴィデオ、1933年)では、国籍一般殊に妻の国籍なるアメリカ大陸の範囲を越える問題に関し、条約案の制定をみるに至ったほか、1933年12月24日の決議により、「ワシントンの専門家委員会」(Commission des Expertes de Washington)及び「国際法編纂国内委員会」(Commission Nationales de Codification du Droit International)が創設されたと言われる。第8回会議(リマ、1938年)は、国際公法及び国際私法の法典化の実現を目指して、数回の決議をしたほか、リマに本拠を置く3人の法律家からなる常設委員会を創設した。ただしこれらの機構は、第9回会議(ボゴタ、

1948年)において成立した「全アメリカ連合憲章」(Charter of the Organization of the American States) (OAS) により、アメリカ諸国の国際組織が整序せられるに伴い、大部分これによってとって代わられるに至った。最後に、第16回会議(ベネズエラのカラカス、1954年)は会期の全部を庇護権の規整という国際法及び国際政治問題に関する事項の研究に献げ、国際私法問題を討議する暇はなかったと言われる。⁽¹⁷⁾

このように、今日では、全アメリカ国際私法の発達及びその法典化のためにはOASが中心となって努力している。したがって今日以後のアメリカ国際私法の発達及びアメリカにおける法典化の動向を知るには、OASにおいて現在どんなことが問題になっているか、それがどのように取扱われつつあるかを知る必要があり、そしてこれを知るにはその前提として、OASの目的、組織を明かにしておく必要がある。そこで以下には、先ずOASの目的、組織を概観した上、現在、そこで、国際私法の法典化に関しどんなことが問題になっているか、に言及するであろう。

OASの目的、組織 OASが作られたのは、1948年3月30日から5月2日⁽¹⁸⁾

(17) 以上の所述は、Gallardo, p. 35 et. suiv. によった。なお「全アメリカ連合」という名称については、田岡良一、『国際法講義』上1956年184頁註参照。

(18) 「汎アメリカ連合」については、International Conferences of American States, vol. I (未披見); 5 A. J. I. L. Supp. 71911; Bemis, Latin America Policy of the United States, pp. 194ff. (未披見)、海本徹雄『新汎米主義と米洲国際法』、昭和18年(1943年)等の文献がある。第7回汎アメリカ国際会議については、International Conferences of American States, First supplement 1933-1940; 第8回汎米会議の宣言、決議、勧告等については、International Conciliation, No. 346-355, 1939, 参照。

全アメリカ連合(OAS)の背景、準備、憲章等については、Nineth International Conference of American States, Bogotá Colombia, March-May 2, 1948 (この会議に出席した米国代表部の編纂にかかる報告書)、OASの解説については、Goodspeed, The Nature and function of international organization, 1959 pp. 554ff. 参照。な

に亘って、コロンビアの首都ボゴタで開かれた第9回全アメリカ会議においてである。すなわちこの会議に参加したアメリカの諸国は1890年に発足し、その時まで活動し続けてきた汎アメリカ連合を1945年に発足した国際連合の枠内に入れ、その下で一層よく活動することができるようにするために、これを再編成して、新たにOASなる名称の国際組織を作ることにし、全アメリカ連合憲章に署名したのである(1948年4月30日ボゴタで署名、その効力は署名国の3分の2が批准書を寄託したときに発生する)。

OAS憲章第四条によると、OASの目的は、

- 1 この大陸の平和と安全とを強化すること、
- 2 紛議の原因を防止し、且つ加盟国間に起ることのある紛争の平和的解決を確保すること。
- 3 加盟国間に起ることのある政治的、法律的及び経済的問題の解決を求めること、及び
- 4 協力的行動によって加盟国の経済的、社会的及び文化的発展を促進すること、

であり、しかも、この目的は、「国際連合憲章に基く地域的責任を果たすために」設けられると宣言せられている。したがってOASは、国際連合憲章第52条にいわゆる地域的機関たる性格を有するものと解しなければならない。

お、嘉納孔「汎米制度の沿革」神戸法学雑誌9巻3号(1959年)；谷盛規「米州機構」外務省調査月報1巻3、4号(1960年)参照。

国際連合とOASとの関係についてはInter-American Conference for the Maintenance of Peace and Security, 1947, Report on the Results of the Conference (Pan American Union, Congress and Conference Series, No. 53), pp. 14ff; Second Report of the Inter-American Peace Committee, (Pan American Union 1954); Final Act of the Second Meeting of the Inter-American Council of Jurists, 1953, pp. 41, 49 (Pan American Union 1953); Report on the Activities of the Organization of American States, 1948-1953 (Pan American Union 1953)等の文献があるようであるが、披見し得なかった。

ところで国際法の漸進的発達及び法典化を奨励することは、正に国際連合の使命とせられるところである(国連憲章第1条第13条1)。したがってOASが国際法の漸進的発達及び法典化の促進に努めることは、正に国際連合の地域的機関としての責任を果す所以なのである。

OASの組織 それでは、OASはこの責任を果すために、どのような組織を設けたか。OASは先ず法律的事項に関する諮問機関として、全米法律家理事会(Inter-American Council of Jurists)なるものを設け、これに、国際公法及び国際私法の発達とその法典化とを促進し且つ望ましいと見られる限り、アメリカ諸国の立場における統一達成の可能性を研究するという任務を負わせる(憲章第67条)。これは、「汎米連合」において法律的事項に関する諮問機関として設けられていた「アメリカ法律家国際委員会」(International Commission of American Jurists)⁽¹⁹⁾に、代わるべきものとして設けられたものであり、この理事会はすべての加盟国の代表者から構成せられることになっている(憲章第57条(a)、第59条)。つぎに、同じく汎米連合の当時から設けられていた、リオ・デ・ジャネイロの全米法律委員会(Inter-American Juridical Committee of Rio de Janeiro)は右の全米法律家理事会の常設委員会となるものと定められている(第68条)。この全米法律委員会(Juridical Committee)は自発的に研究をなすまたは計画を立てることもできるが、元来は全米法律家理事会、全米会議又は全米理事会等の付託した研究又は準備作業をなすべきものである(憲章70条)。この常設法律委員会は全加盟国の法律家からではなく、全米会議が選んだ9ヶ国の法律家から構成せられる。そして委員の選定は全米法律家理事会によって行なわれるのである(69条)。尤もこの常設委員会は常設とは

(19) Junta. これは1906年第3回汎米会議において国際公法及び国際私法の法典化準備のために設けられたものであって、アメリカ各国の代表者1名(後に2名に増員せられた)ずつで構成せられることになっていた。

言うが、毎年3ヶ月間だけ会合するにすぎない(53 A. J. I. L. 660, 1959)。

OASと国際連合との関係 全アメリカ諸国がOASを国際連合の地域的機関たるべきものとして創設したものであることは、すでに述べた。それでは国際連合は、OASを自己の地域的機関 International Law Commission として、みとめているかどうか。この点に関しては、国連国際法委員会が1954年6月3日から7月28日にかけての第6回会期においてした決議が参照せられるべきである。すなわち決議に曰く、

「国際法委員会は、
委員会規程第26条により、

『OASの組織のような、国際法の編纂を目的とする政府間の組織に諮問することは得策であるとみとめ』、且つ全米法律家理事会及び第10回全米会議はすでに前項の規定の遂行に着手しておるものであるとみとめ、

国連事務総長が国際法委員会と国際法の発達及び編纂を任務とする全米機構との間に密接な協力関係を打ち樹てるためにその適当と考える措置を講ずることを要請する、右決議する』⁽²⁰⁾と。

OASの国際私法の法典化に関する活動 この点についてOASは発足のときから今日までの間にどんな活動をしてきたか。以下には、先ずその活動の概要を年代順に摘記し、その上でその活動の方針がどんな風に変遷、推移しているかの経緯を略述しよう。

1950年——この年に全米法律家理事会はその第1回会議をリオ・デ・ジャネイロに開いて、次のように決議した。すなわちブスタマンテ法典、1889年及び1940年のモンテビデオ条約並にアメリカ合衆国衝突法のリストイメント、

(20) 49 American Journal of International Law, 1955 suppl. p. 44.

この3法典を1つに統一するために、常設委員会は、これら3法典を修正することができるかどうかを調査すべきである⁽²¹⁾。

1951年——この諮問に対する常設委員会の結論（第1意見書）は、統一は不可能である。望ましいことは、モンテヴィデオ条約及びリスティメントに照らして、ブスタマンテ法典を改正することができるかどうかを研究することである⁽²²⁾、と。

1952年——米国政府は常設委員会宛の覚え書の形で自らの考えを通告する。

1952年——常設委員会はブスタマンテ法典の変更についての示唆を含む第2意見書を提出する⁽²³⁾。

1953年——全米法律家理事会は第2回会議をヴェノスアイレスに開いて、常設委員会の右の2つの意見書を審議、検討した。そして常設委員会に対し、3つの法典を比較研究した上、その得た結論を提出し、且つ各国政府の意見を求めるために、これを諸国政府に送付するように要請する。常設委員会は要請された比較研究の結果を提出せず、委員の1人、コロンビア代表 José Toaquín Caicedo Castilla⁽²⁴⁾ が単独で比較研究の準備をした。彼の提起した主要題目は、リスティメントは改正事業に含まれるべきか、またはこの仕事はモンテヴィデオ条約に照らしてのブスタマンテ法典の改正問題のみに限定せられるべきか、

(21) Freeman, "The first meeting of the inter-American Council of Jurists," A. J. I. L. 374, 377 (1950).

(22) Kuhn, "Opinion of the inter-American juridical Committee on revision of the Bustamante Code," 46 A. J. I. L. 317 (1952.)

(23) 1952-1954 Inter-American Juridical Yearbook 286 に登載の由であるが、未披見, 53 A. J. I. L. 635 (1959) note 7.

(24) この研究は、Inter-American Juridical Committee, Comparative Study of the Bustamante Code, the Montevideo Treaties, and the Restatement of the Law of Conflict of Laws (CIJ-21), として公表されている (Department of International Law, Pan American Union, Washington, Sep. 1954, mimeo.)。——ただし 53 A. J. I. L. 633 (1959) n. 11による。

に関する。彼自身は後者に賛する。委員会はこの準備的研究を各国政府に送付したにすぎない（委員会の第3意見書）。

1954年～1955年——全アメリカ21ヶ国のうち、エクアドルと北アメリカ合衆国との2政府のみ、この比較研究について回答した。

1958年8月——常設委員会の第4意見書⁽²⁵⁾、常設委員会を構成する9名の委員は、一致して、法典統一事業はこれをブスタマンテ法典とモンテヴィデオ条約との2つに限定せらるべく、ブスタマンテ法典の改正事業に、米国のリスティメントは考慮に入れるべきではないとの意見を立て、これを理事会に勧告するとの結論に到達し、これを発表した。

OASの活動方針の推移、変遷 以上の摘記から分るように、アメリカ国際私法の発達を促進し、法典化を実現するためになされたOASの仕事のやり方は、この10年間に幾度か変わってきたのである。当初、全米法律家理事会は、モンテヴィデオ条約、ブスタマンテ法典、アメリカ合衆国の衝突法リスティメントの3つの法典を統一することを目標としており、そのためにこの3つのもを改めることができるかどうかを問題とし、このことの可能性を常設委員会に諮問した。ところが常設委員会は、このことの可能性をみとめ、ブスタマンテ法典をモンテヴィデオ条約及びリスティメントに照して改正することが望ましいと回答した。その後種々の経緯を経て、1958年8月現在では、常設委員会は、当面の統一事業はブスタマンテ法典とモンテヴィデオ条約との2つの条約の統一に限定せられるべきであり、リスティメントは当面の統一事業の範囲の外におくべきだと結論に到達し、この意見を採用するように全米法律

(25) Inter-American Juridical Committee, Report on the Possibility of Revision of the Bustamante Code or the Code Private international Law (CIJ-38) (Department of Legal Affairs, Pan American Union, Washington, Dec. 1958); 55, A. J. I. L. 652 (1959). note 1.

家理事会に勧告するに至っているのである。他方全米法律家理事会は、当初の構想をすでに捨て去ったこと明かであるが、これに代わるべきものとしてどんな方針をとるべきかについては、まだ決定しておらず、暗中模索の状態にあるように思われる。O A Sがこの問題に関する自らの見解を打ち出していない現在、O A S 自体の見解を採りあげ得る段階にないことは明らかである。しかしながらO S Aの全米法律家理事会常設委員会は、最近（1958年8月）その見解を第4意見書の形で表明している。この委員会の公式的見解はO A S 自体の見解ではないにしても、相当重要な意味をもつものとみなしなければならぬ。それ故、ここにはこれを採り上げ、その当否を検討したいと考える。

ところでこの当否を検討するためには、予め、どんな方向がアメリカ国際私法の発達を助長し、その法典化を促進する上に適切であるかを判定しておくことが必要であるが、このことを判断するには、この問題に関する米国政府の意向を予め知っておく必要がある。けだし米国がアメリカ国際私法の統一事業に協力する場合とそうでない場合とでは、アメリカにおける国際法律統一の方法は自ら異ならざるを得ないからである。

以下に、項を改めてこの点を検討しよう。

IV 国際私法の法典化に関する

全米法律家理事会常設委員会の意見書

アメリカ国際私法の法典化に対するアメリカ合衆国の態度 前述の如く、全米法律家理事会常設委員会は1953年に、アメリカ国際私法の法典化問題に関し、第3番目の意見書を各国政府に送附して、意見を求めた。これに対して米国政府は1955年3月に、覚え書を提出して回答しているのであるが、この問題に対する米国政府の意向はこの覚え書のうちによく現われていると考える。そこで以下には、この覚え書によって、そこに現われている米国政府のこの問題に対

する意向を窺い、その上でこれを更に分析してみようと思う。

1955年3月の米国政府の覚え書⁽²⁶⁾ この覚え書において、米国政府はまず常設委員会の「第1意見書」に対して自ら1952年2月に発表した論評に言及した後、つづいて言う、

「国務省は、ブスタマンテ法典をモンテヴィデオ条約及び衝突法リストイメントに調和させることは、おそらく実行できないことであるとの見解をもち続けている。法律家委員会のその後の研究において、ブスタマンテ法典とモンテヴィデオ条約及びリストイメントとの間には根本的な差異があること、並にこれらの諸法典の条文を単一の法典に融合することには困難な問題があることが指摘されている。

たとえ、ブスタマンテ法典とモンテヴィデオ条約及びリストイメントとの間に調和が得られたとしても、合衆国の連邦的構造は憲法上及び實際上さまざまの難問を惹き起し、この難問は米国政府のこの法典の批准を不可能ならしめるものでなくとも、極度に困難なものとするであろう。けだし一般にブスタマンテ法典は合衆国の多くの州において内部的事項とせられている事項を取扱っているが、この種の事項については、州は独自の衝突法規を定立しており、しかもそれらの衝突法規は必ずしも同一又は調和できるものであるには限らないからである。

憲法問題を暫く別としても、ブスタマンテ法典、モンテヴィデオ条約及びリストイメントによって規律せられている多種多様の事項に関する州及び合衆国直轄領の立法を統一することには、実際上の困難があることを否定し得ない。

それ故、合衆国が当面の改正法典の当事国となることは、特に憲法上の観点及び合衆国政府の連邦的構造上の観点からして、到底あり得ないことのように思われるのであって、この機会にこのことを言わずに済ますのは、アメリカにおける法典化のために有害であるように思われる。国務省は、全米法律委員会理事会及び全米法律家理事会が、現行法典の当事国、又は今後修正法典を批准するであろう諸国によって提起される問題を解決するように努めることにより、よりよくその目標を達成することができるものと信じている。(点線は筆者が附加した)

(26) これは公刊されていない。ここには、Nadelmann氏が“A New Report of the inter-American Juridical Committee on Revision of the Bustamante Code”なる論説の中で、「全アメリカ法律家理事会事務局」から得た原文のコピーによって引用しているものを借用する、53. Am. J. I. L. p. 654 n. 23 (1959).

この覚え書は簡単で、委曲をつくしてはいないが、私のみるところ、米国政府の意図はかなり明瞭に表現されているように思われる。そこで以下に、ここでの所論に関係があると思われる2、3の点について、米国政府の意向と考えられるものを摘出分析し、これに対する私の所見を附加しておこうと思う。

先ず第1に確認しておかねばならぬことは、アメリカ合衆国はラテンアメリカ諸国と共同して、単一の国際私法典を採用する考えをもってはいない、ということである。米国のこの意向のよって由来するところは、何であるか。その原因は種々あろうが、少なくともその原因の1つは、連邦憲法上、州の専管立法事項となっているものについては、連邦政府と雖も、州の同意なしに条約を締結することは許されない、ということに帰着するであろう。

その原因の2は、憲法問題は別として、法律衝突問題の全分野に互って、短時日の間に、諸外国と米国との意見を調整し、これを合致させることは、到底期待し得ない、というに帰するであろう。このことから導き出されることは、米国政府の意見としては、特定の個別問題に限って、諸外国との間に法律衝突の解決策を協議決定するというやり方の方が、アメリカ大陸ではより有用であり、このやり方こそ統一国際私法実現への捷徑である、ということであろう。

この問題に対する私の所見 この米国政府の意見は、相当の理由によるものであって、米国自らの意思によるほか、動かし得るものとは考えられない。それ故、この米国の意向は、これをそのまま肯定せざるを得ないであろう、と私は考える。

第2に確認しておかねばならぬことは、米国政府は国際私法の国際統一の実現に無関心ではない、ということである。けだし米国とラテンアメリカ諸国との間の経済上その他のつながりは、漸次増大してゆくのであるから、米国自身にとっても、ラテンアメリカ諸国の衝突規則のあり方とその発達には無関心であり得ないし、またラテンアメリカ諸国も米国の衝突規則に無関心たり得る筈

はないからである。現に米国政府自らブスタマンテ法典の署名当時に、この法典の若干部分に参加することには重大関心をもっている旨を宣言しているのである。なお、そのほかにも、米国が国際私法の国際的統一問題に強い関心をもつようになっていることを証拠だてる幾多の事実があるのである。たとえば、1956年の第8回ハーグ国際私法会議に米国は初めて代表者を派遣し、オブザーバーとして出席させたし、⁽²⁷⁾ また1958年の国際連合の国際商事仲裁会議にも、米国政府は当初不参加の旨宣言していたにも拘らず、結局代表を派遣しているが如きがこれである。⁽²⁸⁾

さらに、全アメリカ連合憲章によれば、全米法律家理事会は、加盟各国の立法上の統一をはかる任務をもつものであるが、米国はOASの構成メンバーであり、全米法律家理事会にも代表者を派遣している。またOASが米国政府の同意の下に、その事務局をワシントンに置くこともまたアメリカ国際私法の統一問題に対する米国政府の関心の深さを示すものといつてよいであろう。更にまた国際生活の発達と国際法の法典化を促進することに国連加盟国が協力することは、当然の義務である以上、米国が国際私法の国際法典化の事業に無関心なる筈は、あり得ないと言わねばなるまい。

以上の覚え書は、1955年3月のものであるが、OASの常設委員会を構成する9名の委員は、この覚え書を受け取った以後1958年8月に、全員一致で次の

(27) Nadelmann, "The United States at the Hague Conference on Private International Law," 51 American Journal of I. L. 618 (1957); Nadelmann and Rease, "The American Proposal at the Hague Conference to use the Method of Uniform Laws," 7 American J. of Comp. Law, 239 (1958).

(28) Domke, "The United Nations Conference on International Commercial Arbitration," 53 American Journal of I. L., 414, 419 (1959).

(29) この9名は、Raul Fernandes (Brazil), Louis D. Cruz Ocampo (Chile), Carlos Echeopar Herce (Peru), José Joachin Caicedo Castilla (Colombia), Hugo J. Gobbi (Argentina), A Gomez Robledo (Mexico), E. Schacht Aristeguieta (Venezuela),

ような趣旨の意見を打ち出し、これを採択するようにOASの法律機関たる全米法律家理事会に勧告するに至っている。すなわち「今問題となっているアメリカ国際私法の法典化については、米国衝突法のリストイメントを考慮に入れられないで、プスタマンテ法典とモンテヴィデオ条約との統一に限定してこれを研究すべきである⁽³⁰⁾」という結論がそれである。

委員会のこの意見は、果して妥当といえるであろうか。OASの法律機関たる全米法律家理事会は、本来OASを構成する全アメリカ諸国の立法における統一をはかることをその任務とする（ボゴタ憲章第67条参照）。委員会のこの任務からすれば、委員会がラテンアメリカ諸国の法律のみの統一をはかることが果して委員会の管轄に属するかどうか、少くとも問題となる余地はあるが、この点は暫らく措く。ネーデルマン氏は、委員会の覚え書がラテンアメリカの2つの法典の統一については、米国の衝突法リストイメントを参酌する必要はない、と述べているのをつよく非難して、委員会のこの点に関する意見は、理論上根本的な誤りを犯しているものであり、これに賛同することは、到底できないとして、1957年のハーグ講演集に載せられている、法の統一問題に関する第1級の専門学者 Mario Matteucci 教授の言を引用した上、次のように述べている。

A. Alvarez Aybar (Dominican Republic), Benedict M. English (U. S. A.); 註27に掲げた, Nadelmann の上掲論説註13による。

- (30) この結論の理由とするところは、米国が、立法事項に関して、ひき続き単独行動をする、という考え方を固執している以上、アメリカ諸国が、国際私法の法典化の研究はモンテヴィデオ条約とプスタマンテ法典との範囲に限定せられるべきかどうかを決定するに際しては、この事実を考慮に入れなければならない、そして、これを実行した場合、いち面欠陥があることはみとめざるを得ないが、その反面、これによって、アングロサクソン法体系とラテンアメリカ法体系との間の相異の結果として生ずる、諸々の障害を除去することができ、切望せられる調和を容易にするという利点が得られるであろうというにある（ネーデルマンの論説 註11）

- (31) Mario Matteucci, "Introduction a l'étude systématique du droit uniforme," 91 Hague Academy, Recueil des Cours, 383, 393 (1957).

「モンテヴィデ条約の規則とブスタマンテ法典の規則とが衝突している場合に、法一般を考慮しないで、どうして統一事業に接近することができようか。法の統一問題に関する第1級の専門学者の1人は、最近〈機械的〉統一、すなわち統一せらるべき諸々の法律の性質に注意を向けない統一の危険について、われわれの注意をよびおこした。この点については、衝突法のリストイメントの改訂に関する合衆国の現在の事業からも、適切な説明を得ることができる。もし、50有余の米国裁判管区の判決だけが、この点についての唯一の判断資料であるならば、この改訂作業はきわめて不満なものになり終わるのであろう。……」⁽³²⁾と。

ネーデルマン氏のこの言を敷衍すると、対立する原理に立っている2つの国際私法典を1つに統合しようとする場合には、単に両者を機械的に統一することを考えるのではなく、より高次の立場、すなわち統一せられるべき法一般の性質に立ち返って、そこから統一の原理を導き出すということが必要となる、ということになるであろう。この立場に立って考えると、モンテヴィデオ条約の規則とブスタマンテ法典のそれとを統一化して1つの法典を作ろうとする場合には、当然この2つの法典以外の法一般に目を向けなければならない。したがって、この2つの法典と対立する米国のリストイメントの如きは、当然にこれを参酌し、2つの法典よりより高次の立場に立った上で、妥当な統一原理を導き出す必要があるということになるであろう。この立場からすると、上述の委員会の見解は、比較法学的方法による法統一の原理をわきまえないものであり、この点において理論上の非難を免れ得ないと言わねばならないであろう。

私は、まだ、ここにいう比較法学的法統一の原理なるものを自ら実地に応用した十分な体験をもっておらず、したがって、十分な意味においてこの原理を体得しているとは言えない。それ故このような意見について十分な理解をもって語る資格をもつものとは思わないが、ここに現われた所説に関する限りでは、

(32) Nadelmann, op. cit., p. 656.

(33) ネーデルマン氏は、ハーヴァードロースクール講師。その「抵触法統一の方法」なる論文は、沢木敬郎助教授によって邦訳されている。国際法外交雑誌57巻3号(1959年)21頁。

ネーデルマン氏の所説に賛同を惜まないものである。したがって、OASの委員会がアメリカ国際私法統一のためブスタマテン法典の改訂を考えるに当って、米国のリステイトメントの参酌を排斥しているのは、たしかに理論上の誤りを犯しているものとする。すすんで合理的なアメリカ国際私法統一の原理を考えると、委員会としては、リステイトメントを参酌するのは勿論、ヨーロッパその他のすべての国の国際私法典を参酌するほか、専門の学会その他委員会外の諸学者の意見をも徴した上、OSAを構成する全アメリカ諸国の立場から考えて、国際的私法生活が正しく且つ合目的に行なわれるためには、どんな法則が適当であるかを考え、この需要に応ずる法則を発見し、これを体系化して、アメリカ国際私法の法典化をはかるべきものとする。

第6章 イギリス国際私法の法典化

I 序 説

イギリスにおいて法律衝突問題が訴訟上の問題となるようになったのは、イングランドとスコットランドとの統合の時（1630年）以後のことであると云われる。それ以前には、イギリス裁判所はその前に提起されたいっさいの訴訟事件に対し、そのうちに外国的要素が含まれていると否とにかかわらず、もっぱらイギリス法を適用して裁判した。また商事裁判所は外国的要素を考慮に入れたが、適用した法は国際的普遍的な商法であった。かくて2者の統合以前においては、少なくとも理論上は、法の衝突問題を生ずる余地はなかったのである⁽¹⁾。そして Kent によると、18世紀の初頭法律衝突問題が Westminster Hall で裁判せられたとき、参酌せられた唯一の著書は、Huber の法律衝突論であった由である⁽²⁾。イギリス国際私法は、このように裁判所の実行に基づいて徐々に形成されていったのであって、その法源は判例と学理であったと云わねばならない。

しかしながら、衝突法規が立法化せられ、制定法のうちに含まれることが全くなかったというわけではない。たとえば、1861年の Lord Kingdown's Act, いわゆる Will's Act, 1882年流通証券法, 1892年外国における婚姻締結に関する法, 1910年船舶衝突に関するブラッセル条約の実施に関する1911年12月16日

(1) Graveson, *The Comparative Evolution of Principles of the Conflict of Laws in England and the U. S. A.*, *Recueil des Cours* 1960-I p. 28.

(2) Kent, *Commentaries on American Law*, iv, p. 454 (14th ed. 1896); Kuhn, *Comparative Commentaries on Private International Law*, p. 19.

の法律、1922年海上運送に関するブラッセル条約の実施に関する1924年8月1日の海上物品運送法、1926年の準嫡法 (Legitimacy Act)、1933年外国判決法、1937年の婚姻事件法、1948年の会社法等がそれである。

判例法国家において、このように衝突法規を制定法中に含めて規律するという法現象は、なに故に生じたか。判例によって確立せられたコモン・ロー衝突規則が不充分であり、これを修正する必要があるとき、衝突規則が制定せられるということもあろう。また新規の事象について新たに法的規整を施す場合、その法律の適用範囲を定める必要があり、それが制定法中に含まれるということもあろう。さらにはまた、判例法たる現行法を明確化するため、これを成文法に書きあらわすということもあろう。上に挙げた諸々の制定法が作成せられたのも、これらの諸事情のうち、どれかによってのことであろうと思われる。

さて、イギリスにおいても他の諸国におけると同じく、国内社会生活の国際的社会生活へのつながりは、第2次大戦以後、格別に緊密となるにいたった。そのため、イギリスは久しく参加することを渋っていたハーグ国際私法会議に⁽³⁾も、1951年の第7回会議以後正式に参加し、積極的に国際私法統一化の事業に協力することとなった。

このようにして、イギリスにおいては、1952年9月18日大法官によって任命せられた12人の委員からなる、「国際私法委員会」(Private International Law Commission)、通称「ウインパリー 委員会」(Wynn Parry Committee) が結成せられ、国際私法問題に関する政府の諮問に答えることとなった。その他、

(3) イギリスは、第1回ハーグ国際私法会議(1893年)にオランダ政府から招請されたが、イギリス法の特殊性を理由として、参加を拒んだ。その後、第5回会議(1925年)には、「破産」問題のみに限定して参加したが、他国代表と意見が合わないことをみて、開会数日後には会議を去った。

なお初期のハーグ国際私法会議への英米の参加問題については、Baldwin, "Recent Progress towards Agreement on Rules to prevent a Conflict of Laws," 17 Harvard L. R. (1904) 400, 402; Meili, Das internationale Civilprozessrecht, 1904 S. 26.

1951年に設けられた、「婚姻および離婚に関する国王委員会」(Royal Commission on Marriage and Divorce)、通称「モートン委員会」(Morton Commission)は、特に離婚および婚姻無効の問題に限定して、国際私法問題を取り扱っている。このような委員会の設置が、イギリス国際私法の今後の運命にどのように影響するか。このことは、今日のところ、まだ予断できるまでにはなっていない。しかしながら、少なくとも、このような委員会の設置が今後の国際私法の形成上注目にあたいるものであることだけはたしかである。そこで以下には、これらの委員会が今迄にどのようなものとして形成せられ、どのように活動してきたかの概略を窺うことにしよう。

II 「国際私法委員会」と「住所法」の改正

「国際私法委員会」の構成とその活動状況 はじめに、1952年に設置せられた「国際私法委員会」の構成および活動状況を見る。大法官による「国際私法委員会」委員の委嘱状によると、委員会は、

「大法官が委員会に附託する国際私法規定について、どんな変更を加えることが望ましいかを検討すること、連合王国が将来参加するかも知れない国際私法会議における討議のため提出せられるべき題目を、大法官の求めにしたがって検討し、かつ提案に関係のある他の部局と協議すること、かかる会議における王国の代表に与えられるべき訓令に関して勧告すること、なお要求せられたときは、この種会議の報告およびそれにおいてとられるべき処置について検討し、かつ勧告すること」⁽⁴⁾などが、その任務である。

第1報告書は、「住所法典」と、「本国法と住所地法との間の衝突を規整する条約」とに関する。第2回報告は、「物品の国際売買」に、第3回報告は、「外国仲

(4) 委員会の成員は、1954年2月大法官に提出せられた「国際私法委員会第1回報告書」(First Report of the Private International Law Committee)によると、つぎの12名である。委員長は Justice Wynn Parry, 委員は J. G. Beeron, Professor G. C. Cheshire, A. G. N. Cross, D. W. Dobson, W. A. H. Druiitt, G. G. Fity-maurui, A. L. Innes, Dr. F. A. Mann, R. W. A. Speed, R. O. Wilberforce, Professor Wortley.

裁判断の承認および執行」に関するが、これら2つの報告書は、第4回報告書の刊行当時（1958年7月）には、なお未刊であった⁽⁵⁾。第4回報告は、「遺言の方式」に関するが、報告書はすでに刊行されている⁽⁶⁾。

以下には、「国際私法委員会」の活動状況並びにそれによる国際私法法典化の状況を知る一助として、この委員会が「住所法典」を作成するに至った経過とこの法典案のその後の運命について、若干の解説を試みることにする。

「住所法」の改正およびハーグ条約案の批准 委員会が最初に諮問されたのは、住所問題であった。1952年12月19日のことである。諮問事項には、「特に *Winaans v. Attorney General* (1904) A. C. 287 および *Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary* (1930) A. C. 588 事件の判決を考慮して、「住所」に関する法についてどんな変更が望ましいか、および委員会が「住所法」について勧告するかも知れない変更に関して、イギリス政府が、「本国法と住所地法との間の衝突を規整すべき条約案」⁽⁷⁾の当事国となることは望ましいかどうかを検討することであった。これに対して、委員会が大法官宛に提出した報告書によると、⁽⁸⁾委員会は、まず諮問事項について自ら課題を設定して言う、「……条約（1951年ハーグ条約の意——筆者附記）第5条は「住所」を定義して、「人が常時居住する場所である」という。この定義は、イギリス法およびスコットランド法が現在採っている観念とは異

(5) Fourth Report (Cmnd. 491) p. 2.

(6) 「遺言の方式」に関する第4回報告について諮問がなされたのは、1957年1月25日、大法官宛に報告書が提出されたのは、1958年7月23日であるから、完成に1年余を要したことになる。このときの委員の顔ぶれは第1回報告のときと多少かわり、第1回のとき委員であった Cheshire 教授は委員からぬけている。

(7) この条約案については、江川英文「本国法と住所地法の抵觸を規律するハーグ条約案について」54 国際法外交雑誌（1955年）345 以下。

(8) First Report of the Private International Law Committee, presented by the Lord High Chancellor to Parliament by Command of Her Majesty, February 1954, Cmd. 9068. なお、参照、桑田三郎「イギリス国際私法における二つの法典案」（法学新報64巻6号、1957年）。

なる。それ故、われわれの第1の仕事は、イギリス政府がこの条約の当事国となるために、「住所法」を改正することは可能かつ望ましいかどうかを知るために、「住所」の法を検討することでなければならない。われわれはこの仕事において離婚事件の管轄との関連において「住所法」を考究中の「婚姻および離婚に関する委員会」の国際私法部門小委員会と協議した」と。

委員会の第2の仕事は〔これが報告書の第2部を構成する〕、1951年のハーグ条約案の批准について政府に勧告するために、「住所」に関する委員会の勧告との関連において、ハーグ条約案を検討することであった。

「住所に関する法はどのように改正するのがよいか」なる諮問に対しては、委員会は1954年2月に公刊された報告書の中で、「法典案」の形でその見解を示した。この「法典案」は多くの点で現行法とちがうのであるが、ここでは委員会が現行法の規定中に存すると考へる「2つの重大な欠陥」を救正するために案出した勧告によって、その見解を窺うことにする。その「欠陥」というのはつぎの2つである。

(1) 「根源住所」(domicile of origin) に過大の重要性が附せられていること。

(2) 「住所」を変更する意思の証明に関する困難。

「根源住所」が享有する重要性は、新「住所」を取得することなくして「選択住所」(domicile of choice) が放棄せられたときは、いつでも「根源住所」が自動的に復活すること、および「根源住所」をやめてこれを「選択住所」に置き換へるのに必要な証明の積極性⁽⁹⁾に由来する。「住所」を変更する意思の証明に伴う困難は、1部は「根源住所」の強固性に、また、他の1部は任意的居所から住所取得を推定することを裁判所が拒むことに起因する⁽¹¹⁾。裁判所は、「住

(9) Udney v. Udney (1869) L. R. 1 Sc. App. 441.

(10) Winans v. Att.-Gen. [1904] A. C. 287; Ramsay v. Lirerpoal Royal Infirmary [1930] A. C. 588.

(11) Ibid.

所」の変更が問題となっている人が「選択住所」を取得したと主張される法域に居住することを取り止める意思をもつものではないということについて、証明が必要であるとの見解を固執する。この探究は本来的に移動性のあるものであり、その結果は予測しがたいことがしばしばある。

委員会は、それが「不便」で、「長くかつ高価な審理」を起こさせること、および法曹実務家がこの点で自信ある勧告をなしえないことを強調した。⁽¹²⁾

この2つの欠陥は、イギリスにおいて困難な問題を生ぜしめるが、そのこととは別に、「住所」観念に関わりのある国際私法統一条約にイギリスが加入することを妨げたのである。大陸並びにイギリスの住所観念の起源は共通であるが、前者は常住の居所を意味する観念のままであったのに反して、後者は、今では重大な欠点だとされる詭弁化によって、19世紀イギリス帝国を建設した人々のために役立つのである。これらの欠点は、殊にイギリス的であり、国際私法の統一に対する主たる障害は、……イギリスの住所観念がこの題目に関する他国の観念に適合するようなものであり得ないということであった。⁽¹³⁾

委員会は、立法により「根源住所」の復活の原則を廃止し、かつ人の「住所」(すなわち永久のホーム)に関する推定を定めることによって、この欠陥を救正すべきであると勧告する。

もし立法によってこの「根源住所」復活の原則を廃止することができたならば、イギリス法は、アメリカの衝突法リステイメント第23条(1954年再訂)といっ致することになる。⁽¹⁴⁾

(12) Cmd. 9068, para. 9.

(13) The Secretary-General (Van Hoogstraten) and President (Offerhaus) of the Hague Conf. on Private International Law, The times, March 31, 1959.

(14) 第23条には、「一旦設立せられた住所は、新住所によって、とって代わられるまでは存続する」とある。この規則の註 b. には『この規則は、……最後の住所が「根源住所」「選択住所」、または「法定住所」のいずれであるかにかかわらず、適用される。「選択住所」が新たな「選択住所」を取得することなくして、放棄せられたときは、

委員会は、当事者の住所変更意思の証明の困難を除去し、住所の確認を容易ならしめるために、反証をあげて覆しうる3つの当事者意思推定規定を設けたが、そのうちで最も重要なのは、つぎの規定である。

「人がある1国にその「生活の本拠」(home)を有すときは、その者はその国に永住する意思を有するものと推定する。⁽¹⁵⁾

2つの補充的推定は、1個以上の「生活の本拠」(home)を有する者、および「営業、職業その他の業務をするためにある1国に滞在し、その妻子は別の国に「生活の本拠」を有する」者に関する。もつともこれらの推定規定は、外交特権を有する者または軍の要員、または国際機関の文官もしくは被用者には適用せられない。「住所」の定義ならびに3つの推定に用いられている“home”(筆者は「生活の本拠」と訳した)なる語は定義されなかった。そして委員会はその個々の場合における適用は事実問題を生ずるものとみているのである。⁽¹⁶⁾

委員会のみるところでは、彼らの提案の「実際上の効果」は、「審理に至る事件において、举证責任が転換する」ことにある。すなわち、住所の変更を主張する者は、もはや、「生活の本拠」が設けられた国を立ち去らないという意味を証明することを要しない。「生活の本拠」の設定から生ずる推定を覆えすために、他地に移る意思のあることを証明する責任は、変更を主張する者の側にあることになる。推定規定が採用せられた場合における他の効果は、法曹が人の住所に関し助言する場合、その仕事が簡単化するということ、およびイギリスの「住所」観念を、イギリスをして「本国法と住所地法との間の衝突を規整する」1951年のハーグ条約の当事国となることをえさせる程度まで大陸の観念に接近させるということであろう。⁽¹⁷⁾これらの効果はすべて望ましいと考えられる

それによって「根源住所」が復活することはないが、最後の「選択住所」がひきつづき住所であるとする』とある。Webb & Brown, *A Casebook on the Conflict of Laws*, (1960), p. 35 n. 1.

(15) Cmd. 9068, para. 15.

(16) *Ibid.*, para. 13.

ものであることもろんである。

1951年の「本国法と住所地法との間の衝突を規整する」ハーグ条約案に対する委員会の態度 報告書によると、委員会は、この条約案には、つぎの2つの利点があるとす。1つは、条約に加入する諸国は、ほとんどいっ切の場合に同じ法律を適用することになるという点である。他は、仮りに他国の加入ということ度を度外視しても、イギリス裁判所における法の選択は、この条約への加入によって、従来の複雑な手続に比して著しく簡単化するという点である。かくて委員会は、第5条に関する宣言を別として、イギリス政府は条約に加入すべきであると勧告する。⁽¹⁸⁾

しかしながら、条約案の採用する「住所」の定義は、イギリスの現行法上の「住所」観念とは非常にちがう。それ故、イギリスが条約に加入するには、それに先き立って、現行の「住所法」を改訂する必要があるとする。したがって前述した「住所法典」案は、その加入のための準備であるということになるのである。⁽²⁰⁾

ただし、委員会は、条約案第5条のイギリスの解釈に関して、イギリスはつぎの趣旨の宣言をすべきであると勧告する。「この条約を批准するに当り、イギリス政府は第5条に関して、イギリス法上常時の居住は住所の絶対的基準ではないが、最近の立法はこの条約のいっ切の實際的目的に役立つように、この2つの観念を接近させたことを宣言したいと思う」と。⁽²¹⁾

(17) Ibid., para. 10.

(18) Ibid., para. 24.

(19) 第5条「この条約にいう住所とは、人が常時居住する場所をいう。ただし人の住所が他人の住所または公の機関の所属する地に從属するものであるときは、このかぎりでない。」

(20) Graveson, "Reform of the Law of Domicile", 70 Law Quarterly Review (1954) p. 512 note 92.

(21) Cmd. 9068, para. 30.

かくて委員会は、イギリス法上の「住所」をハーグ条約案によりよく適合する型のものに改めることを勧告する。

どのように改めるべきかについては、委員会は報告書に附録として載せた、「住所法典」(Code of the Law of Domicile)によって、これを示している⁽²²⁾のである。以下に掲げるものがそれである。

1954年「住所法典」(Code of the Law of Domicile)

第1条

- (1) 人はすべて1個の住所を有するものとし、何人も同時に1つ以上の住所を有しないものとする。
- (2) 住所は根源住所または選択住所のいずれかとする。
- (3) 根源住所とはこの法典の第4条(1)の規定にしたがい、出生当時に各人に指定された住所をいう。
- (4) 選択住所とは、法律上住所を変更する能力を有する者が自己の意思によって取得した住所、またはこの法典の第4条(3)もしくは第5条にしたがい、管轄権ある裁判所の命令によりまたはその許可をえて取得した住所をいう。
- (5) 根源住所または選択住所のいずれであるかを問わず、住所は他の住所の取得あるまで存続するものとする。

第2条

- (1) この法典に規定ある場合を除き、人の住所はその者が生活の本拠を有し、かつ永住の意思を有する国にあるものとする。

(22) この報告書および「住所法典」案の解説については、参照、Graveson, "Reform of the Law of Domicile," (1954), 70 L. Q. R. 492; Cohn, "Domicile—Convention and Committee," (1955), 71 L. Q. R. 562. この「住所法典」案は、この first Report of the Private International Law Committee (1954) の Appendix A として掲げられているのである。この拙訳に際しては、桑田三郎氏の邦訳(前掲註8参照)を参考にした。

(2) 別段の意思が明かでないかぎり、ある国に永住する意思を確認するには、つぎの規則によるものとする。

第1則 人がある国にその生活の本拠を有するときは、その者は、その国に永住する意思を有するものと推定する。

第2則 人が1箇以上の生活の本拠を有するときは、その者は、主たる生活の本拠を有する国に永住する意思を有するものと推定する。

第3則 人が営業、職業その他の業務をすることを主たる目的としてある国に滞在し、その妻ならびに子（それがどんなものでも）が、その生活の本拠を他国に有するときは、その者はこの他国に永住する意思を有するものと推定する。

(3) 第2項は、外交特権を有する者、また陸・海・空軍もしくは文官の任務にある者、または国際機関の任務にある者にはこれを適用しないこととする。

第3条

妻の住所は夫の住所とする。

ただし妻が管轄裁判所の命令によって夫と別居しているときは、独身の婦人とみなす。

第4条

(1) この法典の第1条および第5条に定める場合を除き、未成年者の住所はつぎのようにする。

(i) 未成年者が嫡出子または準正子であるときは、その父の住所とする。ただし、その父母の婚姻が終止したのちは、未成年者の住所は、そのときにおいて適法に未成年者の監護権を附与せられた者（それがどんなものであっても）の住所とし、また監護権が1人以上の者に附与せられているときは、これらの者の協議によって定まる住所とする。

(ii) 未成年者が非適出子であるときは、その母の住所とする。

(iii) 未成年者が適法に養子となったものであるときは、養親の住所とする。

ただし、未成年者が適法に夫婦の双方によって共同養子とされたものであるときは、その者はこの法律の適用に関しては、婚姻による準嫡子として取扱われるものとする。

- (2) 本条第1項(i)ただし書に掲げられた者がその住所を変更した場合においても、未成年者がかかる意思を有しないかぎり、未成年者の住所はそのことによって変更されないものとする。
- (3) 以上の規定にかかわらず、管轄裁判所は未成年者の福祉に適すると考えられるところにしたがって、未成年者の住所を変更するための処置をすることができる。
- (4) 「未成年者」とは20才未満の未婚者をいう。

第5条

心神喪失者は、心神喪失中は、心神喪失の直前まで有していた住所を保有するものとする。

ただし、心神喪失者の監護の任にあたる者または官庁は、心神喪失者が住所を有する国の管轄裁判所の認可をえて、心神喪失者の住所を変更することができる。

「住所法典」案立法化の停頓 「住所法典」案に関しては、委員長⁽²³⁾の報告書が公表(1954年)せられた後、学問上の論議がさかに行われた。しかし、これにかんし、立法措置が講ぜられるようになったのは、1958年に入ってからのことである。すなわち、1958年5月になって、漸く「根源住所」の復活の廃止と「住所」の存在を確認するための推定規定を設けること等にかんする勧告を含んだ「法案」(Bill)が Meston 卿によって貴族院に提出せられたのである。この「法案」は、凡ば前述の委員会の勧告、「住所法典」案にしたがったもので

(23) Cohn, 71 L. Q. R. 562; Graveson, 70 L. Q. R. 492; Stone, 17 M. Q. R. 244; Wortley, 40 Tr. Gro. Soc. 121; Mann, The Domicile Bills, 8 I. C. L. Q., (1959) 459 note 17.

はあるが、完全に同一であるのではない。

この法案は、アメリカ合衆国、カナダ等海外の実業人で、イギリスに居住して働いている者に、税法上不利な影響をおよぼすものとして、これらの者から強く反対された。その反対理由を知るには、イギリスの税法を顧みる必要がある。そこで、以下には、Michael Mann 氏の記述（註23参照）にしたがって、簡単にこれを見ることとする。

イギリスの所得税は、イギリス外にある有価証券その他の財産から生ずる所得で、イギリスに居住する者に支払われるべきものに（その所得がイギリスで受領せられると否にかかわらず）課される。⁽²⁴⁾しかしながら、被支払人がイギリス人またはアイルランド人でない場合、受取人がイギリスに住所を有するものでないことを税務当局に証明しえた限り、課税は現にイギリスに送金された所得金額についてのみなされるにとどまる。⁽²⁵⁾また被相続人がイギリス外に住所を有する場合、イギリスに在る財産についてのみ徴税するという点において、遺産税 (estate duty) の負担も住所にかかわる。⁽²⁶⁾イギリスの所得税および遺産税は高率であるから、現在イギリスに居住してはいても、法律上の「住所」を海外に有する人々の利益になる例外は、自らをその例外の範囲内におきうる人々にとって、明らかに重要なものとなる。所得税法に用いられた「住所」の観念は、国際私法上に用いられているそれと同一であって、委員会の報告書には、委員たちがこの2つの観念を区別する積りであったということを証明すべき何ものもない。すなわち、この「法案」は、課税目的のための特別規定を設けなかったのである。

この法案に対する反対論は、貴族院における法案審議の過程において、税法上これによって不利益を蒙むる実業界の人々の利益を代弁す議員によってな

(24) Income Tax Act, 1952, SS. 122 and 132 (1).

(25) Ibid., S. 132 (2) and (3).

(26) Finance Act, 1949, S. 28 (2).

れた。それによると、この「法案」に存する「住所」取得の推定規定のために、外国に財産をもっていて、営業目的のために家族とともにイギリスに「生活の根拠」(home)を設けている外国実業家は、彼らがこの国をもって永久の「生活の本拠」とする意図をもつものでないことを、税務当局に証明する負担を負わされることになる。現行法のもとでは、かかる場合における立証責任は、「住所」の変更を主張する者はそれを証明しなければならぬとの一般原則にしたがって、税務当局の側にある。改正「法案」におけるこの立証責任の転換は、イギリスに居住する外国実業人に税法上の不利益を蒙らせることになる。この反対論に対して、大法官は、この推定は反証をあげて覆すことのできるものだから、とくに外国実業家を困難な地位に置くものではないとしつつも、寄せられた抗議の故に案をさらに検討すべきことを約束した。この保証のもとで、「法案」は第3読会に附せられ、かつ下院に回附された。しかし会期切れとなってしまったため、下院では審議の機会がなく、「法案」はそのまま流れた。

「住所法案」は、1959年1月22日、再度、貴族院に提出された。この第2法案では「根源住所」の復活の廃止は改正点のうちに採り入れられているが、第1法案にあった推定規定は削除せられた。それが削除されたのは、この推定によって立証責任が転換され、そのため外国実業家がイギリスに渡来するのを妨げる結果となり、イギリスに経済上の打撃の加わることを怖れたからである。この推定の削除に対しては、正当な理由のない実業人の恐怖を満足させるために、貴重な「法の改正」を犠牲に供するものであるとの批判がなされたが、大法官は、この恐怖が現に存在する以上、これを無視するわけにはゆかない、そのために「法の改正」を延期するのも止むをえないとした。大法官のこの意見表明にもとずき、「法案」は委員会の段階を通過して、討論なしに第3読会に入った。普通のコースでは、「法案」は下院の審議に移されるはずであったが、「法案」の推進者たちは、4月16日に、法案取消の決定を通告し、⁽²⁷⁾数日後には静か

(27) The Times, April 16, 1959.

な閉幕となった。この決定の理由は、外国実業家の恐怖と委員会の勧告（これらは、それぞれ下院内に有力な支持者を有していた）との間に、承認しうる妥協線を発見することができないというにあった。

4月16日の公示以前貴族院の第3読会後に、チェッシャー博士は、『タイムズ』の読者欄において、委員会の推定を放棄したことの可否について、大がかりな討論をはじめた。⁽²⁸⁾ 寄稿者は、一般に委員会の提案に同情的であった。その反面実業界の恐怖の方は重大でないとして、これをなくするように努めることはしなかった。⁽²⁹⁾ 寄稿者側から、よく持ち出された論点は、「法案」中に特別規定を設けて、税目的のためには現行法を維持するか、もしくは家族の「生活の本拠」が営業または職業目的のみのために設けられたときは、主たる推定規定は適用しないと規定するか、いずれかの方法をとることは、何故できないか、ということであった。この論点は根本的に重要な問題点であるが、今までのところまだ答えられてはいない。この問題が積極的に答えられ、特別規定が考案され得ないかぎり、「住所法」の改正にかんするこれ以上の進展は、経済上顧慮せられるべき社会層の意見を鎮圧するか、または無視するか、のいずれかにかかわる。現在のところ、「西ヨーロッパにおける法律的バベルの塔」(Legal tower of Babel in the West-Europe) は、永久化されるであろうといわれている。⁽³⁰⁾

「住所法案」の運命およびそのうちの最も重要な規定に関してなされた論議は、上述の如くであるが、第2法案においてなされねばならなかったその他の変更のうち、2つのものを指摘しておく。第1法案についての討議は、最終段階のものを除き、他のものはすべて、「妻は独立の住所を取得する能力を有するものとすべきかどうか」に関連していた。委員会は、この点については法の変

(28) Cheshire, *The Times*, March 2, 1959.

(29) Van Hoogstraten and Offerhaus, *The times* March 31, 1959; Schmitthof, *The Times*, April 2, 1959; Cohn, *The Times*, April 13, 1959. なお, Shawcross, "Law Relating to Domicile," *The Times*, June 4, 1959.

(30) Kahn-Freund, *The Times*, March 13, 1959.

更を勧告しなかった（ただし、夫婦が裁判所の命令によって別居した場合を除く⁽³¹⁾）。そしてこの点では、「婚姻および離婚に同する国王委員会」もこれに同調した⁽³²⁾。委員会は米国で経験された困難によって影響されたが、この困難は、独立住所をそれとして取得すべき妻の能力に関するというよりも、むしろ、アメリカ憲法における Full Faith and Credit Clause の結果である。そこで貴族院における演説者は全部、委員会の助言を排斥することに賛成した。したがって第2法案のもとでは、妻は16才以上の他の者と異なる地位に置かれてはいない。討論の過程において、夫婦が別異の住所を有する場合に、夫婦財産に関して生ずるかも知れない困難⁽³³⁾については、何ら言及されなかった。委員の提案では、21才以下の者の住所は、その者の何人であるかが（一般に）子の嫡出、非嫡出、若くは養子のいずれであるかにかかわる者に由来すべきものとされた⁽³⁴⁾。しかし、この勧告にはどの法案もしたがわず、16才以下の者の住所はその監護の「権限」ある者の住所によるべきものと定められた。国際私法の根本観念を取り扱う法案中において、監護の「権限」の存在が、その権利のよるべき法の規定なしに仮定されていることは、遺憾であるとの批判があるが、この批判は当たっている。この点は、将来第3法案が提案されるとき、当然考慮されなければならない点である。

(31) Cmd. 9068, para. 18.

(32) Report, Cmd. 9678, paras. 819-821, Mann, Ibid. n. 44.

(33) この問題は、Blom-Cooper によって提起された、The Times, March 13, 1959.

(34) Cmd. 9068, paras. 19-21.

III 「婚姻および離婚に関する国王委員会」と

「管轄および承認」に関する法典案

イギリスにおける国際私法法典化の状況を窺うため、ここでは、1951年9月18日に設けられた、「婚姻および離婚に関する国王委員会」(Royal Commission on Marriage and Divorce)、通称「モートン委員会」の活動状況をみることにす⁽³⁵⁾る。

この委員会が作成し、イギリス議会に提出した、1956年3月附の報告書⁽³⁶⁾によると、委員会(19人の委員よりなる)は、102回の会合を開き、67団体および48人の個人の意見を蒐集した。そのほか、新聞紙を通じてすべての人に意見発表の機会を与え、これによって得られた多くの書翰を参酌した。なお、報告書には、実定法の研究、改正の提案のほかに、附録として統計その他比較法學上の資料が含まれている由である。

委員会は、明らかに国際私法の研究を委せられたわけではないが、これを欠くわけにはいかなかった。そこで3人よりなる特別委員会(Keith 卿, Pearce 判事および Cheshire 教授よりなる)を指名して、国際私法規定の立案に当らせ、特別委員会の決定は終局的なものとして、これを尊重することにした。この特別委員会は15回会合し、グレーブソン教授等専門家の意見をも徴した。その仕事は結局において、委員会が報告書の附録として議会に提出する「法典」の編さんとなって結実した。もっとも委員会は、国内法に関しては単なる「勧告」だけにとどめている。

(35) 以下に記すところは、主として、Franceskakis, Divorce et nullité. Reforme.—
Projet de code de la “Morton Commission”, Revue Critique, 1956, p. 344 et s.
によつた。なお、参照、桑田三郎「イギリス国際私法における2つの法典案、法学新
報64巻(1957年)77頁以下。

(36) H. M. Stationary Office から Cmd. 9678 の番号で刊行されている。

この「法典」案は、イギリス人以外の者にとっても、参考になる点があると思われるので、以下にこれを概観することにする。

立法方針 まず、委員会がこの事項を規律するのに、どんな方針をとったかをみる。この点で注意すべきは、イギリス法がこの法典案においてとった立法方針は、フランスの民法改正委員会がフランス国際私法を法典化するために採ったそれとは全然異なるものであること、これである。フランスでは、訴訟手続も含めて一切の国際私法事項に関する規定を民法典中の特別の1章のうちに含ましめるという方針が採られている⁽³⁷⁾。

ところが、イギリスのこの法典案では、「離婚および婚姻無効」なる特別の事項を特別に規律するという方針がとられているのである。イギリスが「婚姻解消」なる事項について国際私法上特別に立法化することに決定したのは、このような特殊立法の仕方のほうがフランスにみられるような一般的立法の方法よりも、イギリス法の構造により適しているのに起因することはもちろんである⁽³⁸⁾が、なおそのほかに、そこにはつぎのような積極的な理由がある。それは、国際私法問題の解決に関し、国際的統一に達する機会がもしあるとすれば、普遍的体系を考察することによってではなく、重要事項に関し各国において積極的に承認されている規則を考察することによってであるということである。問題の精密な解決表を出発点とするのでなければ、「比較」ということはできるものではない。相互の譲歩も同様である。この点では、イギリスの実例が唯一のものなのではない。われわれの知るかぎりでは、国際的親族法についての特別法草案は、現に「ドイツ国際私法協会」(Deutscher Rat für Internationales

(37) この立法方針については、フランスでも異論があったが、結局において、この方針が、フランス国際私法委員会の賛成をえた。この点については、Louis-Lucas, Le Colloque des 20 et 21 mai 1955 sur la codification du droit international privé, *Revue critique*, 1956, p. 391 et s.

(38) Francescakis, *ibid.* p. 345.

Privatrecht) によっても起草されつつあるのである。〔後述、第8章Ⅱ、150頁以下参照〕。「国際的接近」は、明らかにこの委員会の目指すところである。報告書は数回にわたり、この点に言及しているのである（特に「夫」の住所地国裁判所の専属管轄の原則に対し、後述するような重要な例外をみとめている。また外国判決の承認に関してもこのことに言及している）。報告書は、ことに、国際会議の方法による統一の可能性を考察する。委員会は、ハーグ条約案の批准に備えて、大法官からイギリス「住所法」の改正案の研究を委嘱せられた「国際私法委員会」の報告書の結論をそのまま自己のものとしているが、このことは、イギリスがハーグ会議の統一的努力に対し、現在抱いていると考えられる関心の程度を示すものといえるであろう。

「法典」案が離婚を容易にしていることは、その国際的精神の発露である。この点に関しては、諸国法の間には大きな相違が存するが、その間にあって委員会の態度を決定したものは、国際的場面における婚姻の解消をあまりにも容易化するということの危険ではなく、外国で婚姻の解消が得られた場合、それをイギリスにおいて承認しないことの不都合さであった。

改正点 以下には、この「法典案」中、最も顕著な改正点と思われるものの若干をあげることとする。

1 そのひとつは、この「法典案」が離婚に関するイギリス裁判所の管轄権を拡大したことである。法典案は、従来の夫の住所地裁判所の管轄の原則を改めて、つぎの2つの面でイギリス裁判所の管轄権を拡げた。

そのひとつは、「妻の独立住所」の主張をみとめたことである。すでにみた「住所法案」においては、管轄裁判所の命令によって夫と別居した妻については住所の独立がみとめられていた（第3条）。ところが、この「法典案」は、これをより一般化して、夫と別居している妻（管轄裁判所の命令によらないで）については、裁判所は諸般の事情を斟酌して、イギリスに夫とは独立の住

所を有するものとみとめることができる、としている（第6条1項）。この規定によってイギリスに夫とは独立の住所を有することをみとめられた妻は、夫が訴訟開始のときイギリスに住所を有すると否にかかわらず、イギリス裁判所に離婚に関する訴訟を提起することができるのである（第1条）。しかも、「第6条1項の規定の適用により、独立のイギリス住所を主張する妻が、婚姻の直前または夫との別居の直前にイギリスに住所を有していたか、または訴訟開始のときイギリスに居住しているときは、その者は反証のあるまで、イギリスの住所を取得しているものとみなされる」（第6条2項）。このように、夫とは独立のイギリス住所が妻にみとめられることは、それだけ、イギリスの裁判管轄権が拡大されることを意味するのである。

その2は、住所によらず、単なる居所にもとずき、イギリス裁判所に離婚または婚姻無効の訴の管轄権がみとめられていることである（第1条 b. c. 第5条 b. c.）。すなわち、つぎの場合には、イギリス裁判所は離婚（または婚姻無効）に関する訴訟を審理するにつき管轄権を有する。b. 原告が出訴の当時イギリスにあり、かつ、夫婦の最後の共通居住地がイギリスであったとき。c. 出訴の当時、夫婦がともにイギリスに居住しているとき。ただし、この管轄は、夫婦の共通属人法がイギリス法のみとめる離婚（または婚姻無効）原因と実質上同一の原因をもって離婚（または婚姻無効）に充分だとしていることが必要である（第1条2項、第5条2項）。

2 顕著な改正点の他のひとつは、この「法典案」が本国法にみとめる役割である。

委員会は、属人法の決定基準として「住所地法主義」を採用する国と「本国法主義」を採用する国との間の不一致を調整するため、いわゆる運営則(working rule)なるものに到達しようとして、結局住所地国の衝突規則を考慮にいれるように導かれた。その結果、第9条は、「属人法」なる言葉を定義するという形式で、一反致理論において用いられる用語法にしたがって敘述すれば一つぎの構文を

採用している。

a) 当事者の住所を有する国の国際私法規定によれば、属人法の問題については住所地国の法律によるべきときは、当事者の住所地国の国内法を適用する。これがないときは、

b) 当事者の本国の国際私法規定によれば、属人法の問題について本国法によるべきときは、本国の国内法を適用する。これがないときは、

c) 当事者の住所地国の国内法を適用する。

これは、1種の制限的反致である。まず、ここでは、選択されるべき連結点の数は限定されていて、問題となるのは住所と国籍のみであり、しかも国籍は住所からの反致には無関係に登場し来る（法典案の文言によれば、本国法は、住所地法が自ら無管轄であるとして、本国法以外の法に反致しているときにも、適用される）。

また、「反致」は、その機能に関しても制限されている。けだし「法典案」は、本国法が自ら無管轄だとするときは、「住所地法」に復帰し、住所地の国内法のみを適用すべきことを定めているからである（9条2項）。この構文は、第7回ハーグ会議において成立した「本国法と住所地法との抵触を規律するための条約」と一致する。

「法典案」第2条1項は、さらに本国法としてのイギリス法（またはスコットランド法）に大きな役割をみとめている。すなわち、これによれば、連合王国国民または植民地国民の居住する国が属人法の問題を本国法によらしめ、しかもその国が離婚を禁止しているときは、そのイギリス国民または植民地国民はイギリス裁判所に離婚の訴を提起することができるのである。

3 夫婦異国籍の場合、離婚に関する当事者の「属人法」の介入が重疊的になされる点も、顕著な改正点のひとつである。換言すれば、夫婦の2つの属人法はイギリス法に知られた離婚原因の存在に関し、または他の原因により離婚を得ることの可能性に関し、一致していなければならない。委員会は、この点

につき、なされた判決の国際的有效性を確保するように配慮しているのである（第1条2項）。

4 外国の離婚判決または婚姻無効判決の承認に関する「法典案」の決定は、極端な自由主義の点で、異彩を放つものと言える。この場合、外国裁判所の裁判管轄のみが問題とされる。そして離婚または婚姻無効判決が住所地国または本国でなされたかぎり、管轄は存在する。しかも、これが夫婦の一方のみのそれであろうと、またはそれが、これらの国の1つでなされなくても、そこで単に承認せられさえすれば、管轄は存在するのである（7条）。

第7章 アメリカ合衆国 国際私法の法典化

I 序 説

アメリカ合衆国国際私法の法源 アメリカ合衆国各州は、連邦憲法に特別の定めのある事項を除き、自州の領土内にある人および物に関しては、排他的管轄権を有する（連邦憲法修正第10条）。したがって各州の私法は原則として互に相違するを免れない。そのために生ずる州法相互間および州法と外国法と間の法律ならびに裁判権の衝突問題を解決する必要性は、建国当時から存していた。しかし当初は、実際上の問題となるほどのことはなかった。その必要性が学者の注目をひくようになったのは、1800年代に入って、州相互間の交通取引が激増するにおよんでからのことである。ところで法律衝突問題を解決するための国際私法規定は、他の法と同様、イギリスの判例から伝来するのであるが、この問題に関するイギリスの裁判例は混とんとしていたので、米裁判所はこの問題に関する指導原則を学理に求めざるを得なかった。1834年に刊行されたストーリーの『法律衝突論』は、あたかもこの必要をみだすためのものである。彼はコモン・ロー裁判所の判例中に採用せられている法律衝突規則を発見するのに、英米判例のほか、フランス、オランダ、ドイツ等の学説を参酌したが、なかでも主としてフーバーの学説に依拠した。⁽¹⁾

それ故、アメリカ合衆国国際私法の本来の法源は、裁判例および学理にあるといわねばならない。

(1) ストーリーにおける、法律衝突問題解決の基本原理につづいては、川上太郎「ストーリーとアメリカ国際私法」神戸法学雑誌9巻11号（1959年）34頁以下参照。

アメリカ国際私法のリステイトメント 米国において各州間及び各州と外国との間の国際的私法交通が増大し、経済社会関係が複雑化するに伴ない、新規複雑な事件が多くなり、判決数が尨大化すると共に、矛盾撞着する判決もあらわれるようになり、果して何が真の衝突規則であるかが不明瞭となるに至った。かくてアメリカ国際私法規定を確実に知りうるようにするため、簡潔平明な形式でこれを敘述する必要があると考えられ、「アメリカ法律協会」(American Law Institute)の手によって、衝突法の「リステイトメント」(Restatement)が編さんされるに至った。

「アメリカ法律協会」は、「法の明瞭化と単純化、及び法の社会的要求へのよりよい適応を促進し、司法権のよりよい運用を確保し、学問的かつ科学的法研究を實行すること」を目的として、1923年に全米国の代表的法学者、裁判官、弁護士等によって組織せられた団体である。「規約」によると、会員は有職会員と選挙による終身会員とから構成せられる。そして、設立当初からアメリカ合衆国の主要法部門をリステイトすることを目的としていた。

「リステイトメント」は現行法の組織的敘述であり、立法の方法による法典化の必要を避けると同時に、判例の尨大な堆積の危険を払いのけることをその主な目的とする。「リステイトメント」の目的は法典化ではない。また法典化への第一歩でもない。それは、裁判上の解決によって法を發展させるということからなるところのコモン・ローの体系を守るように予定されていると、アメリカ法律協会の公刊物は述べている。

国際私法の「リステイトメント」は、1923年に仕事が始められ、11年後の1934年に完了した。法律衝問題に捧げられた「リステイトメント」の歴史は、この仕事がどんなに難しかったかを示す。1923年にハーバード大学のビール教授がこの問題についての報告者に委嘱され、学会及び法曹を代表する数名の助言者(Adviser)の助言を得つつ草案の起草に着手した。第1試案(tentative draft)は未完成のまま1929年に公表された。そして1930年から1931年にわた

って協会はひきつづき改訂作業に従事する。つづいて第2改訂が企てられ、新しい草案はまず評議会により、つづいて協会の1934年年次総会によって審議、採択せられたのである。

その成果については両論がある。1つは、「リステイメント」に依拠してなされたアメリカ裁判所の判決が多数あること、しかも起草委員会の試案の形式のもとにおいてすらこれに従がうものが多かったことから見て、これを成功だとする。しかしこれに反対の見解もある。

アメリカ統一商法典の編さんと国際私法 従来、アメリカ国際私法の主たる法源は、判例学説であった。「リステイメント」は、形式は法典に似ているが、その実は法典でなく、判例法を組織的に敘述したものにほかならないことはすでに述べた如くである。ところが、近時にいたり、成文の法典中に国際私法規程を含ませる事例が見られるようになった。それは「アメリカ統一州法委員全国会議」(national Conference of Commissioners on Uniform State Laws)と「アメリカ法律協会」との2つの団体によって、採択公表された「統一商法典」(Uniform Commercial Code)である。これは、単なるモデル法典たるにとどまらず、すでに若干の州によって州法として採択せられ、現実に効力を發揮するに至っている。不文法を基本とする、コモン・ローのアメリカ合衆国において、このような国際私法の立法化が試みられるようになったのは、どのような事情によるのか。

アメリカ合衆国の州ごとに異なる法律が行われることは、数州にまたがる州際取引にとり、不便であること言うをまたない。合衆国全国にわたって通用する統一立法を促進する目的で「統一州法委員全国会議」が結成せられるに至ったことはむしろ当然のことである。この「全国会議」の手によって、つぎつぎに商取引に関する統一法が作成、公表されたのであるが、断片的な法律を多数作成したのでは、その間に重複や矛盾をきたすおそれがある。そこですでに公

表せられた個々の法律をひとまとめにして、統一商法典を作成するという要望が強くなり、その結果作られたのがここに言う統一商法典なのである。

この包括的な立法計画は、最初、全国会議の議長が1940年の年次総会に提案して可決せられ、続いて1942年に「アメリカ法律協会」の賛成を得て、ここに2者の共同企画となったのである。法案の起草、審議の手続については、だいたいにおいて「リステイトメント」の作成手続が踏襲せられた。そしてこの共同企画が行動にうつされたのは、1945年1月11日であって、1949年には、9つの単行法を統合した統一商法典にまとめられる段階に達した。これがいわゆる統一商法典1949年案 (Uniform Commercial Code [Draft] 1949) である。

II アメリカ国際私法のリステイトメント

——特にその成立過程に関する問題点——

〔I〕 は し が き

アメリカにおいては、1930年代に、契約、国際私法、不法行為、代理等米国コモン・ローの主要法部門について、「アメリカ法律協会」(America Law Institute) の名において、法を成文の形式でリステイト (restate 再述) することが行われた。これは、述べたように新規複雑な事件が多くなり、判決の数が膨大となるにつれて、矛盾撞着する判決があらわれるようになり、法が不確実かつ複雑となるに至ったので、これを救済しようとしてとられた措置なのである。すなわち不明確でしかも複雑な形で存在する法を確実、簡潔、平明な形式で叙述することが必要だと考えられ、リステイトメントが作られることになったのである。

アメリカ法のリステイトメント (Restatement) の価値いかにについては、上述の如く、アメリカにおいても学者の意見がわかれており、すべての人が高く評価しているわけではない。しかしこれが仮りにつまらぬものだとしても、

その作成の意義は非常に大きいと考えなければならない。少くとも、それがあ
る時期におけるアメリカの代表的学者、裁判官、弁護士等の意見を表わしてい
たものであることは、打ち消し難いところだからである。それ故、アメリカ法
のリステイメントを研究することは、そのこと自体に重要な意味があるが、
そのほかに、リステイメントの研究は比較法学および比較立法学の立場から
も重要な意義を有するものと、私は考えている。

わが国においても、夙くに「米国普通法の Restatement の意義」をたずね
る研究がなされている⁽²⁾。また最近には『条解米国契約法』と題して、「米国契約
法リステイメント」の全条文を邦訳し、「原則」のほかに「註」と「例」をも
含めて個々の条文の意義をたずねるとい⁽³⁾う貴重な研究もあらわれるに至ってい
るのである。ところが米国国際私法「リステイメント」については、今まで
のところ、わが国では本格的な研究が公にせられたということを聞いていない。
しかしながら米国国際私法「リステイメント」がどんな経路を経て生れ出た
か、その起草および審議には、どんな組織によりどんな手続がとられたか、こ
の「リステイメント」の公表後、これについて米国ではどんな反響があった
か、その将来はどのようなものとみられているか、などの諸事情を明らかにす
ることは、学問上有益であるばかりではない。このような研究は、米国を含む
諸国国際私法の統一方法を考究する上に、必要不可欠であるように私には思わ
れる。私の研究は未だ不十分ではあるが、この程度のもので、わが国では何
らかの意味をもちえないことはなからうと考え、敢えて公にすることにした次
第である。

(2) 田中保太郎「米国普通法の Restatement の意義」法学論叢31巻1号, 4号(1934年)。

(3) 末延三次訳『条解米国契約法』(1957年)。

〔Ⅱ〕 国際私法「リステイトメント」作成の必要性と そのための組織——アメリカ法律協会

作成の必要性 アメリカにおいて「リステイトメント」(Restatement)というものは、不文法として存在するアメリカ法を成文の形になおして、リステイト(再述)したものである。法典類似の形式で表現されているが、作成者はアメリカ法律協会(America Law Institute)なる私的団体であるから、法典ではない。コモン・ローを採用する米国において、法典類似のリステイトメントが1930年代になって、作成せられるようになったのは何故であるか。それは、アメリカ法が判決尨大化のため不確実かつ複雑となっており、これを明瞭かつ確実なものにする必要があり、その第1歩はコモン・ローを整然たる体系のもとに再述するリステイトメントを作成することでなければならぬと、信ぜられたが故にほかならない。

アメリカ法律協会主事ウィリアム・ドレイパ・ルイス氏は1934年5月11日ワシントンで採択公表された「衝突法リステイトメント」(Restatement of the Law of Conflict of Laws)の「緒言」中で述べていう、「新しい規則や先例を樹立する裁判所の判決の量は夥しいもので、しかも絶えず増加しつつあり、また、判決が互いに矛盾する場合も少なくない。このほか経済生活その他の近代的生活条件が複雑化した結果として、法の不確実性ということが非常に増加しつつあるのであって、このことは確実性および明瞭性を助成する新たな要素を見出しえないかぎり、裁判上既存の規則を新事実に適用することにより法を表明しかつ発展させるわがコモン・ローの体系を放棄し、その代わりに硬直な法典を採用するように強いようとしているのである。」また曰く、「法律協会がリステイトメントを準備するに当って目的とするところは、米国のコモン・ロー——コモン・ローという言葉は、単に判決によって発生せしめられた法だけではなく、一般的に制定されかつ長期に互って効力を有している制定法が裁判所

によって適用されることから発生した法をも含むものとする——の整然たる叙述をすることにある」と。⁽⁴⁾

アメリカ法律協会とは何か アメリカ衝突法「リステイメント」を作成公表した「アメリカ法律協会」は何時、何のためにどのようなものとして作られたか。これらの点については、協会主事ルイス氏の前記緒言の冒頭に要領よく解説されているから、⁽⁵⁾以下にはこれを借用することにする。

「協会は1923年2月23日に組織された。その創立総会には、合衆国最高裁判所首席裁判官およびその他の同裁判所代表者たち、合衆国巡回控訴裁判所、大多数の州の最上位の裁判所、アメリカ法学校協会 (Association of American Law Schools)、アメリカおよび州の弁護士協会、統一州法委員全国会議 (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) の代表者たちが参列した。この会合は、「法を改善するための常設団体の設立」(Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law) に関する、エライヒュー・ルート (Elihu Root) 氏を議長とする有志の者からなる委員会——この委員会はアメリカ法律協会の設立を勧告する報告書の作成を終ったのであった——から発せられた招請状に答えて開催されたものである。

協会は、選挙による終身会員と有職会員 (official members) との2種の会員で構成せられている。有職会員というのは、合衆国最高裁判官、合衆国巡回控訴裁判所の首席判事、若干の州およびコロンビア特別区の最上位の裁判所の首席裁判官、アメリカ弁護士協会執行委員会 (Executive Committee of the American Bar Association) の委員長および委員、州弁護会の会長、統一州法委員会全国会議、アメリカ国際法学会 (American Society of international Law)

(4) Wm. Draper Lewis, Introduction viii, ix, in "the Restatement of the Law of Conflict of Laws."

(5) ibid. vii. なおルイス氏の同じ解説は、『米国契約法リステイメント』緒言中にも載せられており、この分は末延教授が邦訳されている (末延・前掲書緒言1頁以下)。

のような若干の法律に関する学会の会長，アメリカ法学校協会所属の法学校の長である。協会規約は選挙による会員を750名と定めているが，現在(1932年)数は699名である。会員は全国にわたっている。

協会執行部は33名の会員からなる評議会(Council)である。評議会の会員の3分の1は3年毎に協会の総会で選挙される。在職期間は9年である。協会の執行役員は主事(Director)であり，その者は同時に上述の評議会の書記並びに執行役員でもあり，また当然に法律部委員会の議長でもある。

協会の創立総会で決議された協会の設立目的(これはまた設立許可状にも示されている)は，

「法の明瞭化と単純化，および法の社会的要求へのよりよい適応を促進し，司法権のよりよい運用を獲得し，学問的かつ科学的な法研究を実行すること」⁽⁶⁾にある。

したがって，法律協会に代表されている法律家が「リステイトメント」を米国の一般法の正確な記述として承認したならば，そのかぎりにおいて協会の目的は達成されたことになるのである。

リステイトメントの事業の遂行——カーネギー財団の協力 ルーイス氏の記述によると，

「1923年6月，国際私法，契約および不法行為の3部門において仕事が始められた。同年暮には，代理について仕事が始められた。1925年には，商事連合(Business Association)法の中で営利のための法人に関する部分についての「リステイトメント」が始められ，翌26年には財産の「リステイトメント」，27年には信託の「リステイトメント」が，33年には準契約の「リステイトメント」が始められた。……」

(6) この決議およびこの決議がなされるまでの協会設立の経過については，田中保太郎前掲論文参照。

「最初から、法の「リステイトメント」における協会の事業は、カーネギー財団からの年々の必然的に大ならざるをえない経費を支弁するに充分な多額の補助金によって可能ならしめられた。⁽⁷⁾」

〔Ⅲ〕 国際私法「リステイトメント」の起草および審議

一般に、リステイトメントの起草および審議の手続については、(1) その優秀性を期するため、(2) リステイトメントが全国法曹の協力の産物であるとの実をあげ、これによって法曹会の関心を深め、その実用性を増進するため、との2つの目的にもとづいて考慮が払われている。このことは国際私法の「リステイトメント」においても異なるところはない。すなわち、起草および審議の手続きについての計画は、つぎの4段階からなる。⁽⁸⁾

(1) まず評議会によって「起草者」(Reporter)が任命される。「起草者」は主として、各章の「予備草案」(preliminary drafts)を作成して、それを「助言者」たちに提出するという責任と、さらに評議会が採択した修正を加えた上で、協会の年次総会に「試案」(tentative draft)および「最終的草案」(proposed final drafts)を提出する責任とを協会に対して負う。

(2) つぎに、評議会は起草者からの諮問に答えることを任務とする「助言者」(Adviser)を任命する。数名の助言者からなる諮問委員会は起草者と共に、一切の予備草案を検討し、通常3日から5日ないし1週間に互る何回かの会合の後に、「最後の予備草案」(final preliminary draft)を作成し、評議会に提出する。諮問委員会は、また、評議会もしくは会員総会から草案を返えされた場合、それを再検討する。

(7) カーネギー財団は創立準備費として2万5千弗、創立後年賦にして107万5千弗を寄附したが、1931年この資金がつかた後も年額15万弗宛の寄附をつづけ、その総計は241万弗を越えている、History p. 5; 田中前掲1号91頁参照。

(8) Wm. Draper Lewis, History, p. 5, 6. (in the Restatement in the Courts, History of the Institute and the Restatement, 1948).

因みにいう、各章の予備草案を作る上に基本とされた理論および実行は、評議会に提出される諸章の草案は、起草者およびその助言者たちで構成された委員会の共同作品でなければならぬこと、および、これらの草案は評議会による討議と修正とを受けた後、改訂を実施される前に、改良の目的で、批判や示唆を受けるため、「試案」として協会の年次総会に、また弁護士会および一般法律家に提出されねばならぬということであった。

(3) 評議会は「最終的予備草案」を検討する。この会合にはもちろん報告者も出席する。評議会はこの最終的予備草案を自ら検討した後、再検討のために諮問委員会に返えすか又は自らこれを審議・修正した上、「試案」(tentative draft) または「最終的草案」(proposed final draft) として協会の年次総会に提出する。なお、試案は、上述した如く、総会に提出されるほか、州弁護士協会協力委員会⁽⁹⁾において審議されるし、さらに一般の法律家にも有償または無償で頒布されるのである。

(4) 総会は試案および最終的草案を検討する。総会が試案を検討して、その修正案を採択したときは、これを評議会および諮問委員会に返えし、その再検討を求める。総会はまた最終的草案を検討し、何らかの修正を附して、これを最終的に採択するか、又はこれを評議会および諮問委員に返えしてそれぞれに再検討を求める。この場合評議会は総会に同意するか、さもなければ、総会にその決定の再検討を求めることになる。総会と評議会とが同じテキストを承認したときは、それは印刷され、「予備的公式草案」(official draft) として公表される。すなわちこの「計画」を運用した結果として得られる「予備的公式草案」なるものは、(i) この題目についての専門家たる助言者、すなわち諮問委員会、(ii) 評議会〔これは、主として裁判官および弁護士からなる、33名の著

(9) 各州の弁護士協会協力委員会 (State Bar Association Cooperating Committee) は法律協会の要請に基づき、特に構成されたもので、殆んどすべての州の弁護士協会に設けられているのである。

名なる法律家の団体である], (iii) 会員総会, なる3グループの連続的共同作業の結果としてでき上るものなのである。

公表された「予備的公式草案」は、州弁護士協会協力委員会 (State Bar Association Co-operating Committeess) の代表者たちの会合において審議され、又何年間か裁判所や実務家により、また法学校において用いられた後 (契約法リステイトメントの草案の大部分は3年間以上)、最終の改訂事業が始められる。それ故、改訂案 (Revision) は、協会の年次総会および上述の会合における論議および初期の草案が実際に広く用いられたことの結果としてえられた示唆との双方の援助によってできたものなのである。改訂の仕事が完了し、起草者、助言者および評議会が承認を与えた最終の案が、最終的草案 (Final proposed Draft) として総会に提出せられ、それが総会において承認されると、協会の「リステイトメント」として、協会の名において公表されるのである。

以上に述べた手続を通覧して直ちに感じられることは、「リステイトメント」の起草および審議上最重要人物は、起草者だということである。最終の結果は、彼の仕事がそれぞれのグループによって討議、変更、発展せしめられた結果として得られるものである。このプランの特徴は起草者を中心として、慎重なグループ研究が積み重ねられてゆくという点にある。「リステイトメント」は、一団をなした学者の見解を学識経験者たる裁判官と弁護士とが批判、検討した結果として得られる最終の所産であるといわねばならない。このことからみて「リステイトメント」の着手以後完成までに多くの日時と多額の費用とを要したことは怪むに足りないと言わなければならない。

衝突法「リステイトメント」の起草および審議経過 衝突法「リステイトメント」の起草および審議は実際上どのようになされたか。

評議会は Joseph H. Beale 教授を起草者に任命した。氏はハーバード法学校教授として30有余年衝突法問題の研究に従事しているのであって、この題目

についての代表的学者として起草者に選ばれたのである。つぎに、評議会は起草者に対する助言者として、シカゴ大学の Harry A. Bigelow 教授、イエール大学の Lorenzen 教授以下9名の者を任命した。ただしロレンゼン教授は初年度のみ助言者の地位にあっただけで、1年後には、その地位を去った。起草者たるピール教授との見解の差があまりにも大きくて、助言をなすすべがなかったによるものと思われる。

衝突法「リステイメント」の作成作業は、1923年6月に始められた。そして試案は2度改訂された。第2の改訂案が最終草案として、1934年5月10日ないし12日の総会に提出、採択され、協会の「リステイメント」として公表されたのである。したがって着手以来完成までに11ケ年の日子を要したことになる。

これは、この題目のリステイメントの作成に、特別の困難が存していたことからくる⁽¹⁰⁾。米国がその当時固有の法体系を有する48州からなる連邦国であったことからくる困難は、特殊事情のものであるから、これを措く。この題目にまつわる特殊の困難というのは、主として法律家が比較的最近時までこの問題の実際上の重要性を認識していなかったことに由来する。起草者たるピールその他助言者中の数氏は多年大学で衝突法問題を講じてはいたが、この法部門の教育はなお普遍化するまでには、ほど遠かった。衝突法については、契約、財産等コモン・ローの主要法部門におけるほどの長年に亙る批判的研究は存在していなかった。この教育上の欠陥の結果として、裁判所は法律衝突問題に当面しても、その解決のために適切な知識の背景をもたらしえなかった。その結果として、判決にあらわれた裁判官の意見は、全体としてみて、他の多くの法部門におけるほど研究上の役には立たなかった。

以上述べたところが主要な困難の原因であるが、これとは別に、衝突法は必

(10) 以下に記載したところは、ウィリアム・ドレイパ・ルーイス氏の『衝突法リステイメント』緒言 xiii 以下、によった。

然的に他の多くの法部門に関連しており、そのために、衝突規則を正確に表わすのに、他の題目のリステイトメントの起草者との広汎な協議が必要であったことも、この事業に多くの年月を要した原因である。例えば、「財産管理」(Administration)に関する章は、16回の会議でつぎつぎに作られた16ヶの試案を基として作られた。このことからでも、困難の程度は想像しえられるであろう。もっともこの章は他のものより以上に困難ではあったが、数回の会議で検討を重ねて漸く解決点に達したような問題を含んだ章は、他にも多く存したのである。

〔Ⅳ〕 「リステイトメント」の形式

リステイトメントの形式をどのようなものにするかは、利用者または作成者のいずれの側からみても重要であるだけでなく、「リステイトメント」の根本觀念にも重大な関係をもっているものである。しかるに、「法律協会」設立当初に考えられていたリステイトメントの作成方式はその作成過程において変更を余儀なくされ、結局採用された形式は当初に考えられていたものとは非常に隔りのあるものになってしまった。何故、このような変更が生ぜざるをえなかったか。このことを吟味するの でなければ、現在の「リステイトメント」にかかわる問題点は明らかにはならないであろう。ところで、これを吟味するには、遡って当初考えられていた形式は何であったか、および結局において採用されたのが何であるかを明らかにすることが必要となる。

協会の設立総会に提出されて、その設立に導いた指導的報告書(Instructive Report)には、明らかにつぎのように記載されていた。

「この仕事は全体として現実的になされねばならない。したがってそれは現存の法のもろもろの淵源の徹底的な検討と慎重な考察とをもってなされたことを明瞭に示さなければならない。これは、この仕事が典拠、判例、著書および論文の完全な引用を含むべきものであることを意味する。法律家は、この仕事に

責任をもつ者がこれらのものに配慮を加えたとの明らかな証拠を提供し、かつこれによって彼らが原則の叙述のうちに表明されている法と各州における裁判所の判決中に見られる法との間に存する相異点を知っていて、しかもこれを公表したということを示すのでなければ、その結果には信頼を置かないであろう。」と。

これによってわかるように、当初の計画では、各題目の「リステイトメント」には、必ずこれに伴うものとして、判例の引用と諸州の法の現状の叙述と、「リステイトメント」のとした見解の根拠づけとの3者を完全に具備した著書をつけて、これを発表するはずであった。

ところで「リステイトメント」そのものの形式はどうか。これは事業着手の年すなわち1922年の6月および10月に開かれた主事および各題目の起草者の会議において決定せられたのであるが、結局において採用された現在のもと同じく、「原則」(Principles)、「註解」(Comment) および「例解」(Illustration)の3部分からなるものとせられた。このうち、「原則」は制定法の条文類似の形式をもってする法の直截簡明な叙述であり、特にその重要性を示すために、ブラックレターをもって印刷される。「註解」は「原則」の適用を便ならしめるため、「原則」の作用する条件を明らかにする直截的な法の叙述ならびに「原則」および「註解」自体の中に含まれた法の理由づけよりなるものとする。しかしこの理由づけは極めて簡単かつ形式的なものにすぎず、歴史的または目的論的な説明はせず、判例は全然引用せず、かつ反対説については一切言及しないことにする。「例解」は実際の判例からとったものでもよいし、純然たる仮設のものでもよく、その出所を示す必要はない、というのである。主事ルイス氏はこの決定を設立総会に報告するに当り、「リステイトメント」の形式をこのような権威的な(ex cathedra)ものとする事の当否を判断するに当っては、「リステイトメントの使用者は、常に判例を引用し、リステイトメントになされた法の叙述を根拠づける著書が存することを記憶しなければならない」と述

(11)
べている。

しかるに、事実、この「著書」(treaties)は最初に着手された契約法、不法行為および国際私法の「リステイトメント」の最初の部分につき草案の発表をみたままで中止されたのである。それは、1925年12月の評議会が、一般会員の注意および批判が「リステイトメント」自体に集注され、殆んど「著書」には及ばないこと、「著書」の試案(Tentative Draft)を会員に配布することの費用の尨大等を理由とする主事ルイス氏の提言をいれて、その試案を総会に提出することを止め、これに代えて簡単な「註釈」(Commentaries)を提示すべきことを決議しておくことから、知られるのである。⁽¹²⁾

なお、主事ルイス氏、後に(1945年)、「アメリカ法律協会および法の第1リステイトメントの歴史」なる文章の中で、この中止の理由に触れて、つぎのように言っておる。⁽¹³⁾

「われわれの仕事の進行するにつれて、「リステイトメント」の方式と範囲につき、当初に考えられ、そして創立委員会に対する報告書中に表明されたものに、ある程度の変更が加えられた。この変更は主として諮問委員会が考えられたよりもより大きな役割を演ずるようになったことに起因する。当初考えられたところでは、諮問委員会は、予備草案に表明せられた起草者の結論を抑制することによって彼を助けるということであった。すなわち彼らの任務は草案に目を通し、多少の示唆をなすというのであって、助言以外のことをする筈ではなかった。初期の会議ではこの型は守られたが、助言者が会議において会合し、

(11) 10 A. B. A. J. 162; 田中保太郎前掲 175 頁

(12) 「註釈」は、その後、理由書(Explanatory Notes)に代えられたが、両者はいずれも「リステイトメント」の草案の批評、審議の資料たらしめる目的をもって作成された簡単な説明書であり、ことに判例の抵触する場合には、その状態の叙述と「リステイトメント」のとった見解の根拠づけに意を用いたものである。田中前掲 176 頁。

(13) Restatement in the Courts, History of the Institute and the Restatement, (1948) p. 7.

次第にこの仕事に関心をもつようになるにつれて、彼らは自らを起草者の協力者と考えるようになった。彼らのはかかるものとして万事を周到な慎重さをもって検討した。だから「リステイトメント」は起草者の仕事ではあったが、助言者たちの仕事でもあったのだ。諮問委員会の側におけるこの考え方の推移は、リステイトメントについて多くのよいものをもたらした秘訣である。……」

「助言者のこの事業に関する役割りの増大は、もちろん時間と費用とを予定以上に増大させた。またそれは当初に計画されていたような、典拠を引用し討議する平行的な著書を作ることを不可能ならしめた。……」

「……<リステイトメント>には、典拠判例を引用しかつこれを討議する著書をつけるべきだとの当初の意図は、公正な審理がなされる以前ではあったが、放棄されねばならなくなった。衝突法<リステイトメント>の仕事が始められてから凡ぼ1年後に、起草者ピールは諮問委員会に対し、提案された<リステイトメント>の対応する章に属する著書のテキスト部分を提示した。ところがこのグループはすでに協力者的責任意識を感じるようになっていて、著書の試案たるテキストを<リステイトメント>のテキストをみるのと同じような慎重さで検討した。このことは、すべての文章が検討され、論議の題目となることが多いことを意味する。現実に何らの進歩もみられないままに、数回の会議が開かれた。かくて相当の期間内に、また当時の資金またはおそらく利用可能な資金の支出によっては、グループによる著書のテキストの展開は不可能であることが明らかとなるに至った。個人の手で判決を論議する立派な著書を書くことはできるが、グループの手によってはできない。これをしようとする企ては全<リステイトメント>の計画を不可能なものとして放棄することを余儀なくさせるであろう。」と。

「評議会およびその執行委員会は起草者に対して協会の公刊物として公刊せられるべき著書を書くようにすすんで要求しようとするものであるかどうか。このことを決定することが彼らの責任となるに至った。しかし彼らはこれを要求

することはしなかった。ただ彼らは起草者に対し<リステイメント>の公刊後、自分の責任で著書を書くようにとすすめ、現に、契約法の起草者 Samuel W. Williston, 衝突法の報告者 Joseph H. Beale および信託の起草者 Austin W. Scott はそうしたのである。」つづいてルースは言う。

「著書の製作を放棄したことからみて、評議会が決定すべき第2の問題は、<リステイメント>に対する<註解>(Comment) その他何らかの評釈 (notes) が判例その他の典拠を論議すべきかどうかであった。この問題は起草者や評議員の示唆により、数年間に互り繰り返されるところである。……しかし協会の公式の叙述を支持するために起草者の個人的意見を<リステイメント>に附加する必要はない。……また<リステイメント>が現存の典拠に照らして準備されたという周知の配慮は米国において一般法について権威をもって語ることをえさせた……。かくて起草者自身が典拠の引用を含む評釈を<リステイメント>の附録として公にするということは、ただ1度なされただけで、その他には実行されなかった。そしてルース氏は<リステイメント>に判例その他の典拠を引用することを省くことができるようになったということは、協会が発足当時に考えられていたよりも遙かに大きな声望を勝ち得たが故に、実行できたことである。協会はその<リステイメント>において裁判所と同様に法の叙述についての機関となるに至ったのである。」と自負しているのである。

しかし「リステイメント」の作成の途上において、当初に定められた形式が変更されたということの理由については、別の見方もある。アインテーマ⁽¹⁴⁾ (Hessel E. Yntema) は、「<リステイメント>に典拠をつけるということと、法を<あるがままに> (“as it is”) 記述するという要求とは、矛盾するものである。協会が<リステイメント>の作成に当り、この2つの要求を同時に充

(14) Hessel E. Yntema, *The Restatement of the Law of Conflict of Laws*, 36 Columbia L. R. (1936) 193.

すことを意図したことは始めからできないことであつた。したがって<リステイトメント>に典拠がつけられないこととなつたのは、協会が現行法を<あるがままに>記述するという立場をとつたことの必然の成りゆきである。」というように見ているのである。そしてつづけて曰く、「この矛盾の解決は、最近になって不本意に述べられたことだが、<リステイトメント>を支持すべき著書は協会の名では公刊しないことにしたという決定のうちに見出される。……また1個の著書を数人の手で共同製作するということの困難なことが分つたので、現行法がいろいろであることを、その意図するリステイトメントの根拠づけとして述べることは時宜に適するとは考えられなかつたと想像せられる。……ひとえに便宜に帰せられるこの解決の難点は、一方には目下準備中の広汎な州註釈と他方個々の起草者による私的著書の公刊によって、或る程度救済せられようということをおかねばならない。」と。

州註釈 (State Annotations)⁽¹⁵⁾ リステイトメントは、今日大多数のアメリカ裁判所によって決定されたものとしての法を叙述している。ところが連邦を構成する各州は過去において異なる法則にしたがつてきておるし、将来も同様な態度をとり続ける可能性がある。しかし州における法の変種は1927年に州註釈の仕事が開始された当時、考えられていたほど多くはないと言われている。この変種は州および連邦の判決録および「ダイゼスト」によって確められうる。しかし裁判官または弁護士が個々の州法を取り扱うに際しては、できるかぎり速かに、その州における一致または反対の判決並びに制定法およびその解釈によって作られた変種を発見することができなければならない。

この必要に応ずるために、グッドリッチ (Herbert F. Goodrich) は、1927年シカゴで開かれた「法律協会地方会議」において、州弁護士協会が各州の関

(15) この項については、参照、Wm. Draper Lewis の前掲 History of the Restatement p. 12 および田中前掲 178 頁。

係判例および制定法を載せた各題目の〈註釈〉を世に出すべきことを示唆した。この示唆は熱狂的に受け入れられ、この仕事は多数州の弁護士協会によって始められるに至った。第2次大戦の切迫するまで、この州註釈を作る委員会の数は逐年増加の一途をたどったが、戦争はこの事業に大きな影響をおよぼした(多くの場合、委員会は青年に委属して地方的材料をもととする条文案を準備させていたから)。しかし今日では、なお残されていることもなくはないが、すでに多くのことが達成せられた。「アメリカ法律協会出版社」(American Law Institute Publishers)は「州弁護士協会委員会」(State Bar Association Committee)により選任監督せられる註釈者が準備した数多くの「州註釈」を公刊している。すなわち1945年までに各種の題目にわたる公刊済みの州註釈は127あり、そのうち契約に関するもの28、衝突法に関するもの27、信託に関するもの26、代理に関するもの19となっている。なお不法行為については、当時までに11の註釈が存していたし、財産、Restitution および Security については着手せられたばかりであった。このように多数の州の弁護士協会が多額の犠牲をはらってこの事業の完成に努力しつつあることは、「リステイトメント」の実務上の重要性が一般法曹によって認識せられていることを示すものであるといつてよい。

州註釈事業の母体は州弁護士協会であるが、州内の法科大学も協力を惜まず、その教授が起草の任に当たっているものも多い。「米国法律協会」は、「リステイトメント」の起草者またはその主な助言者による州註釈草案の校閲、その他の方法によって、これを指導、援助しているのである。

写本等の作成費用は、若干の極小の州を除き、州弁護士協会によってまかなわれている。ただしアメリカ法律協会自体がカーネギー財団から1万弗の寄附をえて、極小の数州において、信託に関する註釈事業を遂行したというような事例もないではない。

なお、協会が州註釈を奨励するのは自家撞著であるとの論については、後述

する。

〔V〕 「リステイメント」の評価と改訂

評価 「リステイメント」は法典ではないが、法典類似の形式において、アメリカに行われる法則を正確かつ簡潔に叙述し、これによって全国的法解釈の統一を促進しようとして生れ出たものといってよい。それ故、リステイメントに対する評価は、それが真にその目的を達成することに成功しているか否かにかかわっていると云わなければならない。しかしこの規準に照らしての評価であっても、実務家の立場からするそれと、学者の立場からするそれとは必ずしもその軌をひとつにするにはかぎらない。

(1) 実務家的立場からの評価 その代表的なものは、「アメリカ法律協会」の編さんになる、1945年の『裁判所におけるリステイメント』(Restatement in the Courts, Permanent Editions 1932-1944)の序文に掲げられた編さん者のつぎの言葉であろう。

「……契約に関する2巻の書物は、<起草者>とその協同者たちの高い学識と名声にも拘わらず、当初は法曹一般および裁判所によって疑の念をもってみられた。コモン・ローの正確で信頼しうる叙述たるに値する権威あるものとして承認をうけうる確実さはなかった。これに加うるに、それが公表された当時には、殊に法学者の間に<一般法>(general Law)の実体の存在を否定する一般の傾向があったから、なお更である。……疑問と懷疑は当然ではあったが、——事実が証明したように——それは根拠あるものではなかった。<リステイメント>が法律家の間に一般的に使用されるようになったどの管轄区域でも、疑問はつぎの2つの影響によって消散せしめられた。

ひとつは、多数の州註釈の公刊(ことに初期のもの)のためであった。多数の補充的刊行物の綿密な統計的分析は数個の興味ある事実を明らかにした。これらのものうち最も重要なことは、コモン・ローの原則に関するかぎり、「リ

ステイトメント」に掲げられた規則と地方判例によって定められたそれとの間には、極めて僅少の条文に関する場合を除き、何等の衝突も存しないということであった。第2は、大量の判例法を有する最古かつ最大の諸州においてさえも、判例法の及ばない多くの重要な間隙があるということであった。多くの州においては、地方判決は<リステイトメント>の条文の50%にも達しない。どんな州においても間隙が10%以下ということはない。

以上の2つの事実は、<リステイトメント>の範囲内の題目については、一般に承認せられた、一体たるコモン・ローが存在するという事を証明する。さらにこれらの2つの事実は、裁判所が<リステイトメント>を広汎に承認しているという事実〔このことは判決中にリステイトメントの引用が1万ヶ以上もあることによって証明される〕によって強化せられた。これに反して、裁判所が<リステイトメント>に定式化された規則を引用した上、排斥したという事例は極めて僅少である。そしてこれらのコモン・ロー規則を個々の事実に適用する場合、統一法の解釈の場合におけるよりも、より以上の多様さは存しない。

もしそうでないとすれば、——すなわち多くの裁判所の判決中に含まれ、一般に承認せられた法は存しないものとすれば——普遍的な承認をうけるような<リステイトメント>の定式化はおそらく不可能であったであろう。その目的は、最も健全で矛盾のない法的思考を表わす規則で、しかも司法的權威による裏づけのあるものを叙述することであった。そして「アメリカ法律協会」は立法権を有するものではないのであるから、<リステイトメント>の權威はそれがこの目的を達しうるか否かにかかっているのである。

<リステイトメント>の刊行（1932年）後13年間に、大きさや範囲の点でそれに比較できるほどの作品で、<リステイトメント>ほどたびたび裁判所によって引用されたもの、また一般的に承認されたものは他には存在しない。裁判所と法曹は、<リステイトメント>をもって、一般に行われる地方規則または地方的典拠の存しない場合に上訴裁判所が一般に承認し、適用すると推測しえら

れる規則を精確に叙述しているとみるであろうと、誇張なしに言いうるのである〔もちろん、稀有の例外の場合を除く〕。

(2) 学理的立場からの評価 以上の実務家的立場からの評価と対照的な批判をする学者も少くない。ロレンゼン、クック、アインティマ、エーレンツワイグ等実証主義的又は現実主義的法学の傾向を帯びるアメリカの諸学者とイギリスのチェッシャー、ドイツのヌスバウム、フランスのアルマンジョン等の諸家がそれである。

リステイトメントに反対の態度をとるアメリカの諸学者の批判態度は、すべての点において完全に一致しているわけではないが、大まかに言って、少くともつぎの点ではその考え方は同じであると言って差し支えないように思われる。すなわち、「リステイトメント」は、現にアメリカの諸州に行われている現行の衝突法原則を「あるがままに」叙述しているものでないとする点が、それである。彼らによれば、「リステイトメント」は、アメリカ合衆国の諸州を通じて普遍的に行われる法衝突問題に関するアングロ・アメリカ的法観念の体系および伝統的法技術の存在を前提としてみとめた上（例えばリステイトメント§4）、法の「属地主義」の観念から導かれる若干の基本的命題を仮説して、この命題から個々の衝突法規を抽出しようという方法論的立場に立って導き出されたものである。しかしながら衝突問題に関するアングロ・アメリカ的法観念の体系が存在するというのは、仮説にすぎない。この仮説を前提として立てられた仮説的命題を基本として、どこの国の法でもないものをアメリカの現行法であるとして表現しようとするのが、「リステイトメント」の根本的立場である。それ故、「リステイトメント」は存在しない法を存在すると主張する誤りを犯すものであり、到底現行法の精確な叙述であるとは言えないとするのである。

イギリスのチェッシャー⁽¹⁶⁾は、ビールは不適當で疑問のあるイギリス判例を法

(16) Cheshire, Book Review of *The Conflict of Laws* by Joseph H. Beale, 52 *Law Quarterly Rev.* (1936) 590.

発見のための先例として依拠していると批判しているが、これはとりもなおさず、「リステイトメント」の不精確さを指摘した言葉であると、解して差し支えないと思う。

またドイツのヌスバウム (Nussbaum)⁽¹⁷⁾ は、リステイトメントは硬直な原理固執の態度をとるため、しばしば先例とは異なる法則決定に到達しているとし、殊にその欠点は「契約」および「裁判管轄」に関する章において著しいといっている。これまた「リステイトメント」の不精確さを突いた言葉であると受けとってよいであろう。

私見 これらのリステイトメントに対する批判や攻撃の当否を判断するには、「リステイトメント」の個々の条文について具体的にその当否を検討するほかはないが、今はこれにおよびえない。

つぎに、一般論殊に方法論としての「リステイトメント」の根底にあるビールの立場の妥当性いかなの問題であるが、これはある一定時期における一定社会の法を認識するにはどのような立場がより妥当であるかの問題であるから、絶対的な当否の答はなしえないのではないかと思う。これを具体的に、かつより詳しく言えば、ビールがアメリカ衝突法を認識するため自己の学說的立場を築いたのは、19世紀末から20世紀初頭にかけての頃である。当時のアメリカでは今日とちがって静止的な法的思考が支配していた。それ故、彼がフーバー、ストーリーの流れを汲むアングロ・アメリカ的国际私法体系の存在を信じ、これを前提として、属地主義の立場に立ってアングロ・アメリカ的国际私法の体系を合理的なものとして理解し、組み立てようとしたことは、当時のアメリカ法に妥当する方法論的立場としては、妥当であったかも知れない。しかし今日のアメリカ社会およびこれを含む世界社会の状況は、ビールの当時とは一変した。今日の激動する社会の状況にあっては、静止的固定的な法的思考方法をもって

(17) Nussbaum, Grundzüge des Internationales Privatrechts, 1952, s. 63.

しては、真に「アメリカ社会に現に行なわれている法」を説明することはできないかも知れない。ここにロレンゼンやクックの提唱するような実証的現実主義的な法的思考方法によって、変化する社会の経済的社会的状況に応じつつ、そのときどきの社会に適応する法をそのときどきに発見しようとする流動的な考え方がより妥当であるかも知れない。しかしそれだからといって、ピールがその学説を提唱した60年前ピールの法的思考方法が誤りであったということにはならない⁽¹⁸⁾というのが、私の考え方である。

問題は、今日のアメリカ法を認識し説明するのに、どの立場がより妥当であるかであるが、今はこれに及びえない。

改訂問題 ロレンゼンは、37年以前に、「リステイトメント」の作成は早きに失したといった。今日もこの主張を維持すべきものとすれば、「リステイトメント」事業の「改訂」ということは考えられない。エーレンツワイク教授の言うように、この事業はもはや継続すべきではないということになる。

これに反して、「リステイトメント」に何らかの存在理由をみとめるという立場に立つならば、「改訂」のことは当然のことと言わなければならぬ。けだし衝突法のような複雑な法律問題にあっては、「リステイトメント」の設定当時すでに誤謬があったかも知れない。また設定後27年を経過し、しかもその間に大戦争等によって大きな社会変動を生じた今日のような場合には、27年前に妥当した法も今では、妥当しなくなっているかも知れないからである。アメリカ法律協会は、第1次リステイトメント完成後も、法の変動状況に照らして、「改訂」の時期が熟すれば、「改訂」を断行するとの立場をとり、研究を継続してきた。そして衝突法についてはすでに衝突法「リステイトメント」改訂第1試案がいくつ⁽¹⁹⁾か作られ、所定の手続にしたがって検討されつつある。この検討が今後ど

(18) 川上太郎「ピールとアメリカ国際私法」(近く刊行される予定の久保岩太郎教授還暦祝賀論集に掲載のはず)参照。

のような結果となってあらわれるかは、注目に値するところである。

III アメリカ統一商法典と国際私法

〔I〕 序 説

従来、アメリカ国際私法の主たる法源は、判例学説であった。ところが近時に至り、成文法典中に衝突規定を設ける事例がみられるようになった。すなわち1958年にアメリカ統一州法委員全国会議 (National conference of the Commissioners on Uniform Laws) とアメリカ法律協会 (American Law Institute) とによって採択・公表された「統一商法典」案中には、相当詳細な衝突規定が存する。しかもこの法典案はすでに数州により採択・立法化せられ、現実に法たる効力を發揮するに至っているのである。コモン・ローのアメリカにおいて、このような国際私法法典化の傾向がみられるようになったのは、何故であるか。それはアメリカ国際私法の発展上当然の法現象であるのか、それとも単なる一時的例外的現象であるにすぎないのか。これは、重要な問題である。しかしここでは後の問題は暫らくこれを措き、前の問題すなわち、何故アメリカでは1958年に国際私法の規定が商法典中に含まれるようになったのかという問題、またこの立法はどんな組織により、どのようにして作成せられたか、およびそれは大凡どのような内容のものであるか等の諸点について研究してみたいと考える。

〔II〕 統一商法典の起草および審議

統一州法委員全国会議の結成 アメリカの植民地時代には、イギリスのコモ

- (19) たとえば、Conflict of Laws に関する Restatement of the Law, Second としては、Jurisdiction をとり扱った Tentative Draft No. 4 (April 27, 1960); Property をとり扱った Tentative Draft No. 5 (April 24, 1959); 契約をとり扱った No. 6 (April 1961) 等がある。

ン・ローや商慣習法と相並んで制定法も行われたようであるが、その数はすくなく、その後制定法や判例が雑草のように生えてきた。たとえば1890年までには、アメリカのいずれの州も手形についてひとつもしくは複数の制定法を有しており、各州法上ほとんどすべての問題点について疑問や不一致があったといわれている。⁽²⁰⁾そして1890年には「州境を超える商業証券の量は今やおびただしい数に達しているのであるから、その規整は連邦議会の行動に委ねられるべきである。その創造、その成立、その流通に関して、またそれによって生ずる一切の権利義務に関して、州際間の流通証券について、各州毎にある、48もしくは50の終審裁判所の一致しない判決の永久的な不協和音に気を遠くさせられた全人民は、連邦議会が今や行動を起すべきことを要求するであろう」と⁽²¹⁾いわれ、同年ニューヨーク州の制定法によって、「統一州法委員」(Commissioners on Uniform Laws)が設けられた。そして他の諸州もこれにならい、結局、合衆国全域に通用する立法促進の目的をもって、統一法委員全国会議が結成せられるに至ったのである。

商法典の起草 この全国会議の手によって、つぎつぎに商取引に関する統一法が作成公表せられた。しかしすべての州において立法化されたのは、そのうちの3つだけにすぎない。⁽²²⁾それ故この計画は完全に成功したとはいいきれないのである。これに加えて、これらの法律は断片的に採択勧告されていったため、

(20) R・ブラウカーおよび道田信一郎『アメリ商取引法と日本民法』I 売買(以下には、道田前掲という)、(1960年)21頁。

(21) 道田前掲書22頁。

(22) 3つというのは、1890年の統一流通証券法(Uniform Negotiable Instruments Act)、1906年の統一倉庫証券法(Uniform Warehouse Receipts Act)、および1909年の統一株式譲渡法(Uniform Stock Transfer Act)である。州における立法化の記録のより少い、その他の統一法としては、統一売買法(Uniform Sales Act)、統一運送証券法(Uniform Bills of Lading Act)、統一条件附売買法(Uniform Conditional Sales Act)および統一担保的信託証券法(Uniform Trust Receipts Act)がある。

しばしば重複し合い、またときに矛盾をきたすことすらあった。もちろん時勢の推移に応じて、その改正が提案された。しかしその提案は僅少の州において採用されたのに止まる。その結果、初期に採択された法律は不可避免的に時代おくれのものとなっていったのである。

これらの欠陥補填のため、全国会議の議長は1940年に開かれた全国会議第50回年次総会の席上、当初の法律に代わるものとして、統一商法典を作成すべきことを提案した。⁽²⁴⁾ 議長のこの提案は、コロンビア大学教授で、当時全国会議の商事法部門の部会長をしていた Llewellyn 教授の賛同をえ、仕事は直ちに、統一改正売買法の部門について始められた。つづいて1942年にはアメリカ法律協会がこの事業に参加することに同意した。⁽²⁵⁾

統一改正売買法は1943年全国会議により、また1944年にはアメリカ法律協会によりそれぞれ承認された。

Llewellyn 教授がこの法案第1部の報告者 (Reporter) となり、Soia Mentschikoff 夫人が報告者補助 (Assistant Reporter) となったのであるが、彼らは後に法典全体のための主報告者 (Chief Reporter) および主報告者補助 (Associate chief Reporter) となった。

この包括的な共同企劃は、公的には1945年1月1日に動きはじめた。法典案の管理は、Herbert F. Goodrich 判事を議長とする5人の編さん委員会の責任であった。実施方法は法典の最初の註釈に描写されているが、⁽²⁶⁾ 大体において

(23) 統一商法典は特に上の註(22)に挙げた法律を廃したが、そのほかに、銀行の取立、営業譲渡、動産担保、条件附売買等を規整する法を廃止した。

(24) 以下は、Robert Braucher, *The Legislative History of the Uniform Commercial Code*, 58 *Columbia L. R.* (1958) p. 798 による。

(25) アメリカ法律協会は(上述したように、これは学者、裁判官、弁護士によって組織せられた団体であって、主要法部門について、コモン・ローをリステイト(restate)するということを、その設立目的のひとつとしていた)、丁度その頃、一連の「リステイトメント」刊行の事業を終ろうとしていたのである。

(26) *U C C* at 4-5 (1958). この手続についての敵意ある描写については、Beu-

アメリカ法律協会の「リステイメント」作成手続が踏襲された。1人の報告者の準備した草案は先ず少数の「助言者」団 (Group of "Advisers") により、つづいて協会の評議会 (Council of the Institute) および会議の部会 (section of the Conference) によって再吟味される。これらの機関により法典案が是認されると、それは協会および全国会議の共同の会合で、一般会員に回附せられる。法典は1949年5月までに、覚書と註釈とを附した9編の統合案にまとめられる段階に達した。これが Uniform Commercial Code (Draft 1949) である。この案は1949年ミシガン大学国際法および比較法研究所に関係ある衝突法の専門家によって検討せられたが、彼らは、そのうちの国際私法に関する部分は「分別の足りないものであり、法典から削除せられるべきものである……」⁽²⁷⁾との結論に達した。この部分は、後にのべる1952年の公定法案 (1952 official draft) において変更された。⁽²⁸⁾しかし、反対はしづめられなかった。⁽²⁹⁾

アメリカ弁護士協会の「法人、銀行および営業法の部」(Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association) は、最初からこの法典の計画に関心を示した。そして1949年法案の計画が完成に近づいたとき、この部の委員会は提案者の事業を再吟味して、多くの新提案をした。提案者たちは1950年の夏に、16人からなる拡大編さん委員会を組織した。1951年の始めに、この委員会は公聴会を開き、そこでアメリカ弁護士協会の部その他の関係団体は法典の批判と変更の提案とを提示した。編さん委員会はその後、これらの提案のうちの多くのものを採用し、最終本文中に組み入れたが、

tel, The Proposed Uniform Commercial Code as a problem in Codification, 16 Law & Contemp. Prob. 141, 142-45 (1951).

(27) この決議は Rabel の註釈 (10 La. L. Rev. 1950, 291) 中に再録されている由である。

(28) Burton, The Uniform Commercial Code and Conflict of Laws, Am. J. Comp. L. vol. ix no. 3 (1960) p. 46 note 12.

(29) Burton, Ibid. p. 462 note 13.

その最終本文は1951年に2つの提案団体の連合総会およびアメリカ弁護士協会の代表者会議によって是認せられた。

編纂事業、註釈の起草および印刷は、ウィスコンシン大学の Charles Bunn 教授の監督下に、1951年から1952年にかけて続けられた。その結果できた法案が最終的に承認せられて、本文および註釈を含む「1952年法典案」(1952 official draft) となったのである。⁽³⁰⁾

この法典案は、1952年に「単に教育の目的のためにのみ」カリフォルニア、ミシシッピおよびニューヨーク各州の立法部に提出された。また1953年にカリフォルニア、コネテカット、イリノイ、マサチューセッツ、ミシシッピ、ニューハンプシャーおよびペンシルヴェーニア諸州立法部にも提出せられた。1952年中に編さん委員会は、法典が各州に提出せられたとき、出された反対意見および提案を検討した。その結果1952年と1953年とに、委員会は多くの小修正を是認し、それはその後協会および会議の双方によって承認せられたのである。

法典の改訂 「1952年公定法案」への検討が重ねられ、法典が完成に近づくにつれ、これに対する言論、批判は一段と活潑化した。裁判官の意見では、法典が、「制定法または確定的なケースローと抵触しないときは、裁判所が各種のリステイトメントに対して与えたのと同じ程度の尊重並びに重みを与えられる資格がある。それは、リステイトメントと同じく、アメリカ学者団体の賛同の大きなしるしをもっているのである。」⁽³¹⁾ とある。起草に参劃した人々は、法律雑誌に解説文を書いた。⁽³²⁾ ペンシルヴェーニア、おくれでマサチューセッツその

(30) この「法典案」は、Burton, *ibid.* p. 461 n. 12 に掲載されている。

(31) 1951年以後の判決でこの趣旨を述べたものは多数ある。Braucher 前掲註17参照。

(32) Corbin, *The Uniform Commercial Code—Sales, Should It Be Enacted?*, 59 *Yale L. J.* 821 (1950). Gilmore & Axelrod, *Chattel Security*, 57 *Yale L. J.* 517, 761 (1947); Symposium, *Commercial Code*, 16 *Law & Contemp. Prob.* 1 (1951);

他の州では州註釈 (Annotations) が準備せられた。ペンシルヴェーニアにおける法典の立法化の後に、ペンシルヴェーニア銀行協会は法典に関する手引を公刊したし、また同州における講演集はペンシルヴェーニアの雑誌に再録せられたのである。⁽³³⁾その後「アメリカ法律協会」は法典に関するモノグラフィーを刊行した。⁽³⁴⁾また法典に規定された法分野についての新しいケースブックには、あちこちに法典の引用がなされている。⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾

その結果として、従来この計画に参加していなかった人々がこれを批判的に検討するようになった。すなわち多くの好意的な論議に加えて、法典の個々の規定に関する高度の批判的学問的註釈があらわれたのである。⁽³⁷⁾ことにネブラスカ大学の Beutel 教授は、この法典をもって「弁護士および銀行家救済法」であると断じ、徹底的な反対論を展開した。⁽³⁸⁾もう1人の重要な反対論者はニューヨークの Chase National Bank の社内弁護士、Emmet F. Smith であった。彼は法典を粉碎するため単独遊説をし、また40数頁からなる2種の謄写版刷覚書を全国に配布した。スミスの覚書はボイテルの攻撃よりも遙かに効果的で、多くの人々に至大の影響を及ぼした。ペンシルヴェーニア以外の他の州が1957年以前にこの法典を立法化しなかった大きな原因は、スミスにあると推測されている。

1953年中にマサチューセッツ州立法部は法典を休会委員会に回附し、またニ

Symposium on the Proposed Uniform Commercial Code, 1952 Wis. L. Rev. 197.

(33) Funk, Pennsylvania Bank and the Uniform Commercial Code (1954).

(34) See Articles cited in Braucher, Commercial Law, 1954 Ann. Survey Am. L. 491, 491 n. 2, 30 N. Y. U. L. Rev. 587, 587 n. 2 (1955).

(35) これについては、Braucher, 本書註(24)に掲載の論文註24参照。

(36) たとえば、Braucher, Sutherland & Willcox, Commercial Transactions (1953).

(37) Rheinstein, Conflict of Laws in the Uniform Commercial Code, 16 Law & Contemp. Prob. 114 (1951).

(38) Beutel, The Proposed Uniform Commercial Code as a Problem in Codification, 16 Law & Contemp. Prob. 141 (1951).

ニューヨーク州立法部はこれをニューヨーク法律改正委員会に回附した。⁽³⁹⁾ 1954年
匆々にマサチューセッツ委員会は6対3の票決で立法化を勧告した。少数派は
より以上の研究と州際合意による立法化の可能性の探究とを必要としたが、こ
れは容れられなかった。1954年末にペンシルヴェーニア州商業会議所は法典研
究のため委員を任命し、会議所の執行部は改正を勧告する好意的決議を採択し
た。その間中ニューヨーク法律改正委員会は他の一切の仕事を停止し、約20名
の顧問を任命してもっぱら統一法典の研究に従事し、公聴会をも開いた。

これらの活動によって編さん委員会は活気づいた。すなわち委員会は1954年
中に法典の数編の各々について小委員会を任命した。小委員会はすべての利用
しうる註釈および批評を検討し、価値ありと考えられる批評に答えるために「本
文」および「註釈」に変更を加えることを勧告した。編さん委員会はこれらの
勧告を再検討して、1955年1月に補遺第1号 (Supplement 1) を公刊して、
批評に答えるとともに、若干の変更を提案した。これらの変更を含む法案は、
ペンシルヴェーニアおよびマサチューセッツにおいて、1955年の立法会期に提
出されたが、立法化されなかった。

1955年の間中、⁽⁴⁰⁾ ニューヨーク委員会の研究はすすめられ、編さん委員会の小
委員会は彼らの仕事のあとを追った。ニューヨーク委員会は立法部に対しての
み報告しうるとの見解をもっていたが、小委員会に対しても、その顧問と委員
との批判的註釈を提供した。小委員会は提起された多くの問題点を検討して、
勧告試案を作成した。最後に、ニューヨーク委員会は3年の日時を費し、30万
ドルを支出した後に、1956年初めにその報告書を提出した。報告書の主な結論
は、つぎのように要約することができる。

- (1) 法典化に対する賛否両論の比重は、「商法の全部または大部分の法典化を

(39) 以下の記述は、Braucher, *ibid.* p. 802 以下による。

(40) Braucher, *The Commission and the Law of Contracts*, 40 *Cornell L. Q.* 696.
714-17 (1955).

慎重かつ深慮をもってすることに傾く。」

(2) このような商法典は、「別々の統一法の（たとえ改訂したとしても）立法化よりも、公衆および法曹にとってより大きな価値を有するであろう。」

(3) このような法典は「相当量の努力により相当期間内に達成できるであろう。」

(4) 統一商法典は「その現在の形においては満足できるものではない。」

(5) 統一商法典は「得ることのできる、あらゆる批判的註釈に照らしての包括的再検討および改訂なくしては、満足できるものとはなりえない。」

編さん委員会小委員会は、ニューヨーク報告書の刊行にひきつづき、さき作成した彼らの勧告試案を再検討し、編さん委員会に対して最終的な報告をした。提案者たる2団体は法典の改訂版の公刊を許可したので、編さん委員会は1956年11月までに改訂法典の「本文」に関する処置を完了した。それ故、現在の商法典は主としてニューヨーク委員会の批判によってでき上がったものというべきである。商法典「本文」は1957年の始めに2巻となって公刊された。ひとつは1952年の「本文」から削除されたことばを<角括弧>で、また新たに設けたことばを<イタリック>で示したもの。他は、加除添削をしないで変更を「本文」⁽⁴¹⁾の中に採り入れただけのものである。小委員会は1956年春、「改訂公式註釈」をも準備したが、その刊行はマサチューセッツおよびペンシルヴェニアにおける1957年の立法会期における発展を待つために、許されなかった。完全な改訂「本文」と「註釈」版は最終的に1958年に刊行された。The Uniform Commercial Code, 1958 Official Text with Comments (1959) がそれである。これは改正後の「本文」と協会および全国会議による「註釈」とをあわせ含んでいるのである。

(41) Uniform Commercial Code (official ed. 1957). 改訂は、提案団体によって是認されたのである。

法案の各州における採用状況 1952年法典案は、ペンシルヴェーニア州だけが採択した(1953年)。指導的商業州たるニューヨーク州においては、法律改正委員会の3年間の検討の結果は上述したように、1952年法典案は不満足なものであるということであった。⁽⁴²⁾

「1958年公定版」については、ペンシルヴェーニアが再びこれを採択し、制定法化した。そのほかマサチューセッツ、コネティカット、ロードアイランドおよびニューハンプシャーもこの法典またはこれに類似のものを制定法として採択した(1958年)。ケンタッキーは法典の1957年案を可決したが、UCC(1958)に含まれている多少の変更を採用するものと期待される。⁽⁴³⁾

なおコネティカット州議会は1959年5月満場一致をもって法典の採択を決議したのであるが、この州における法典採択までの経過は、アメリカにおける立法過程の一面を適切に示しているといわれる。まず採択説得のため、すぐれた報告書が、⁽⁴⁵⁾事前に刊行される。つづいて労働組合のこの問題に対する積極的参加と支持がなされたが、このことは注目に値する。コネティカット銀行協会が法典の採用に賛成し、つづいて州商工会議所とハートフォード市の商工会議所、さらに州法曹協会、並びに約50の地方的法曹協会、同じく約50の地方的商工会議所、A. F. L. および C. I. O. (American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization)、その他多数の労働組合、法律事務所、個人開業の弁護士、約10名のイェール大学とコネティカット大学法学校教授たちが法

(42) ニューヨーク法律改正委員会の1954-56年の年次報告書はUCC(1952)に関するものである由である、Burton, *ibid.* n. 6.

(43) この点は、Burton, *ibid.* p. 459 n. 8.

(44) これは、ある統一州法委員からブラウカー教授に宛てられた私信によるものとして、道田・ブラウカー前掲書26頁に記されているところによった。

(45) これは119頁にわたり、新旧両法を比較し、各編毎に6、7の例解を行っているもので、Starr教授の作ったものである。

典の採用に賛成した。こうした広い支持によって、上下両院議長および両院における民主共和両党指導者も、運動のパンフレットに彼らの氏名を用いることに同意し、満場一致により採択への道が拓かれたといわれる。

この法典の将来はなお確かではない。しかし、なお、いくつかの州がこれを採択するようになるであろうと期待されている。カリフォルニアやニューヨークのような有力な商業州がこれを採用すれば、将来における採用州の数は急速に増加するであろうことはいうまでもない。

法典の将来について確かなことがひとつある。それは、将来の取引は法典の行われる地域と法典以外の他の法の行われる地域とに関係あるものとなるであろうということである。さらに在外の当事者との取引にかかわるものも多くなるであろう。この法典区域と非法典区域とにかかわる取引の問題と、契約における当事者自治の問題とが、この法典第1編——105条に取扱われており、これがこの法典中の一般的国際私法規定をなすものなのである。

〔Ⅲ〕 統一商法典中の国際私法規定

統一商法典は「法の衝突」(conflict of Laws) という用語を用いてはいない。それが用いているのは、<法の適用性>(Applicability of Laws) なる言葉であって、この言葉は、この法典の一般的法選択規定たる、第1—105条(第1編第5条という意味)の見出しの部分に見えるのである。

第1—105条に記載された規則は、<法の適用性>なる言葉で表わされているが、やはり衝突規則であるとしなければならぬ。何故ならば、この規則は裁判所に対しどの地の法を適用すべきかを定める規則を提供しているからである。換言すれば、法典はこの規則を通じて裁判所に対し、法典中に述べられた法規はいつ適用せられるべきかについて指示を与えているのである。すなわち裁判所が法廷地の地方法(この法典に定められた法)を適用するには、法廷の所在する州が問題たる取引と何らかの関連を有しなければならぬのであるが、法

典は上述の規則において、この関連を生じさせるにはどんな事実が必要であるかを述べているのである。これが衝突規則でないとしたならば、およそ衝突規則なるものはありえないであろう。

法典中には、その法規をいつ適用すべきかを裁判所に知らせる数個の条文がある。しかしそのうちのひとつを除き、他はすべて特殊の取引に関するもので、特別衝突規則をなす。ここでは、それらには関説せず、もっぱら、法典の取扱い、多くの取引に関する一般の衝突規定についてのみ言及することとする。

⁽⁴⁶⁾
統一商法典1958年案第1—150条

第1—105. この法律の適用性、当事者の適用法規選択権

(1) 本条第2項以外に規定ある場合を除き、取引がこの州のほか他の州または他国に相当な関係を有するときは、当事者はこの州又は他の州もしくは他国の法がその権利義務を規律すべきことを合意することができる。かかる合意のあるときは、この国に相当な関係 (Appropriate relation) を有する取引についてはこの法律を適用する。

(2) この法律の以下の規定のひとつが適用法規を定めているときは、その規定が適用される。反対の合意は、以下に掲げる法 (衝突規定を含む) によって定められた限度においてのみ有効とする。

売買の目的物たる貨物に対する債権者の権利、第2編—402条。銀行予金および取立編の適用性、第4編—102条。営業譲渡編の支配をうける営業譲渡、第6編—102条。投資信託編の適用性、第8編—106条。担保附取引編の政策および範囲、第9編—102条および第9編—103条。

以下の規定は個々の取引を支配し、かつ当事者の適用法規選択権を制限する特別規則である。

(46) See, vol. 9 Am. J. Comp. L. (1960) p. 459 note 10.

第2編—売買

第2—402条。売買の目的たる貨物に対する売主の債権者の権利。

(2) 貨物の所在州の法律規定によれば、売主による占有の保持が詐欺にあたるときは、売主の債権者は売買又は貨物の売買契約に対する同一性の証明を無効として取扱うことができる。ただし貨物の占有保持が売主たる商人によりて売買又は同一性の証明後取引上相当期間、善意かつ一般の取引経路においてなされ、かつその保持が詐欺でないときは、このかぎりでない。

第4編—銀行預金および取立

第4—102条。適用範囲。

(2) 呈示、支払または取立の目的をもって銀行のした何らかの事項に関する処置また不処置についての銀行の責任は、銀行の所在地法による。銀行の支店または別の事務所における又はそれによる処置又は不処置の場合においては、その責任は支店または別事務所の所在地法による。

第4—103条。合意による変更……。

(1) 本編の規定の効果は合意によってこれを変更することができる。ただし合意によって銀行の善意の欠缺または通常の注意を払わなかったことによる銀行の責任を否認し、またはこの種の欠缺又は怠慢による損害の程度を制限することはできない。ただし当事者は責任の測定の規準が明らかに不合理でないかぎり、これを合意によって決定することができる。

第6編—営業譲渡

第6—102条。……本編の支配をうける営業譲渡。

(4) 以下の条により制限されたものを除き、州内にある貨物の営業譲渡はすべて本編の規定の適用をうける。

第6—103条。本編から除外された譲渡。

以下の譲渡は本編の適用をうけない。

(6) この州に知られた営業所を有し、かつ譲渡人の債務を完全に支払う義

務を負うに至った後において、支払能力のある人で、その事実を公告する人に対する譲渡……。

第8編—投資証券

第8—106条。適用範囲。

投資証券の効力および譲渡の署名に関する発行人の権利義務は発行人の組織の管区の法（衝突法規を含む）による。

第9編—担保附取引；勘定債権，契約上の将来債権および動産証券の売買。

第9—102条。本編の政策および範囲。

(1) 複数の州の取引に関する第9—103条および除外せられた取引に関する第9—104条に別段の定めがないかぎり，本編はこの州の管区内にある人的財産および不動産の定著物に関するかぎり，つぎの行為に適用されるものとする。

(a) 貨物，証券，証書，*general intangibles*，動産証券，勘定債権または契約上の将来債権を含む人的財産または不動産の定著物における担保利益 (*security interest*) を設定することを目的とする取引（その形式のいかんは問わない）。および

(b) 勘定債権，契約上の将来債権または動産証券の売買。

(2) [以下省略]

商法典を準備する途上において，アメリカ法律協会と統一州法委員全国会議は，この法典中に衝突規則を含ましめるべきかどうかを問題とした。そしてこの点について万人の同意が得られるような規則を作ることは困難であるとの理由のもとに，法典によって規律された商取引における法の選択問題は裁判官法 *judge-made law* による解決に一任するのがよいとの意見もあった。何らの衝突規則ももたないという解決は，問題に対する回答としては容易な回答であるにはちがいない。しかし法典を起草するのに何年かの辛労を重ねたということ

の止むにやまれぬ理由は、商取引に適用せられるべき法の統一を促進することにあつた。法典は取引の法律効果を正確に予測することを可能ならしめることにより、実業人およびその助言者たちのたすけとなるべきものである。ところで若し各州が判決若しくは地方的立法によって展開せられた固有の衝突規則を有すことになるのであれば、この目標はほとんど達成することができなくなる。法典の起草者たちは、漠然としており、しかもたがいに相異なる裁判官法をして、法典によって規律せられた商取引を支配させるよりも、むしろ、たとえ不完全であろうとも、制定法による衝突法規をもつことの方がより望ましいと考えた。⁽⁴⁷⁾

つまり、コモン・ローのアメリカ合衆国で成文の統一商法典が作られるようになったのは、合衆国諸州法の不一致に由来する取引の不安定を除去するためであつたし、またこの統一商法典中に衝突規則が含まれるようになったのも、そうするの でなければ、諸州法の真の統一を達成することはできないと考えられたのによつてといつてよい。

しかし商取引に関する各州の衝突規則を統一することは、至難の事業である。現在の1958年案がまとまるまでにも、何度か、原案に修正改訂が施されているのである。すなわち、すでに述べたように、1949年案は、ミシガン大学の「国際法および比較法研究所」に関係のある専門家による検討の結果、削除せられるべきものとされた。また1949年案を修正して作られた1952年法典に対しても、きびしい批判が加えられ、その結果が1958年案となつたのである。したがって1958年統一商法典中に含まれている衝突規則立法の真の意義をたずねるに当っては、当然1952年案あるいはそれ以前の案に遡つて、それとこれとを比較考察する必要がある。しかし今はこれには及び得ない。ここにはその一助として、1952年案の邦訳を掲げるとともに、1958年案は大体においてどんな内容のもの

(47) Herbert F. Goodrich, Conflict Necessities and Commercial Necessities, 1952 Wisconsin Law R. (1952) 201.

であるがを概観することで満足するほかはない。⁽⁴⁸⁾

〔Ⅳ〕 統一商法典1952年案第1編—105条の規定

第1—105条。本法の適用範囲、当事者の適用法規選択権。

(1) 第1編は、本法他編の適用がある契約または取引について、これを適用する。

(2) 売買編（第2編）、荷為替信用状（Documentary Letters of Credit）編（第5編）および物権的証券（Documents of Title）編（第7編）の諸編は、そのいずれか1編の文言内の契約また取引が、本法の施行期日以後に締結されたかまたは発生し、かつそれがつぎに掲げるいずれかの要件を満足する場合に、これを適用する。

(a) その契約の締結、申込みもしくは承諾が本州内において行われたか、またはその取引が本州内において発生したこと。

(b) その契約の全部または1部が本州内において履行されるかまたは完成されるはずであること。

(c) その契約が、事実上本州内においてその引渡、荷積または受領がなされるかまたはなされるはずの物品に関するか、またはこれを伴うこと。

(d) その契約が、事実上本州内においてその発行、交附、送付または受領が行われたかまたは行われるはずである積荷証券、倉庫証券、またはその他の物権的証券を伴う場合であること。

(e) その契約が、本州内において作成、送付もしくは受領された荷為替信用状（a credit）の使用若しくは合意であること、あるいは荷為替信用状を伴う場合において、その信用状が本州において発行されたこと、若しくは

(48) 以下に掲げる邦訳は、アメリカ比較法雑誌〔9巻（1960年）461頁n.12〕に掲げられた「原文」にもとづき、かつ、八木教授の邦訳（八木弘「アメリカ統一商法典 邦訳」一、神戸法学雑誌4巻1号、1954年）を参考にして、私の試みた拙訳である。

その信用状にしたがえば、為替手形が本州において呈示されるはずであること、または、その信用状の確認書 (Confirmation) もしくは通知書 (Advice) が本州内において送付もしくは受領されたこと、あるいはその信用状にしたがい作成された為替手形が本州内において流通したこと。

(3) 商業証券編 (第3編) ならびに銀行預金および取立編 (第4編) は、そのいずれか1編の文言内の契約または取引が、本法の施行期日以後に締結されたかまたは発生し、かつそれがつぎに掲げるいずれかの要件を満足する場合に、これを適用する。

(a) その契約の締結、申込もしくは承諾が本州内において行われたか、またはその取引が本州内において発生したこと。

(b) その契約の履行または完成の全部または一部が本州内において行われるはずであること。

(c) その契約が商業証券を伴う場合において、その証券の作成、振出または譲渡が本州内において行われたこと。

(4) 投資証券編 (第8編) は、同編の文言内の契約または取引が、本法の施行期日以後に締結されたかまたは発生し、かつそれがつぎに掲げるいずれかの要件を満足する場合に、これを適用する。

(a) その契約の締結、申込若しくは承認が本州内において行われたか、またはその取引が本州内において発生したこと。

(b) その契約の履行または完成の全部または一部が本州内において行われるはずであること。

(c) その契約が投資証券 (security) を伴う場合において、その発行または譲渡が本州内において行われたこと。

ただし、会社発行の投資証券 (acorporate security) の効力は、その会社設立地の管区の法によって規律されるものとする。

(5) 営業譲渡編 (第6編) および担保附取引編 (第9編) は、これら両編の

文言内の契約または取引が本法の旅行期日以後に締結されたかまたは発生し、かつその契約または取引が第6—102条、第9—102条または第9—103条の規定内に属する場合に、これを適用する。

(6) 契約、設権的証券 (instrument), 物権的証券 (document), 投資証券 (security), または取引が、本州のほか、1個または数個の州または国と相当な関係を有する場合には、当事者は、これら他州または他国のうち1州1国の法をもって、自己の権利義務を規律すべき旨を合意することができる。本項の要件に適合する合意がない場合には、本法をもってこれを規律する。

〔V〕 1958年統一商法典第1編—105条の規定

1958年統一商法典中の一般衝突法規たる、第1—105条の規定の基礎理論は何であるか。

商法典は、基本的には、コモン・ロー中の衝突規則を承認した上、必要上これをつぎの制限に服せしめるとの方針を採用している。すなわち、(1) 取引の商品化の促進および取引の便宜のために、当事者に準拠法指定の自由をみとめる。(2) 当事者が準拠法を指定していないときは、問題たる取引が法典を採用した州と「適当な」(appropriate) 関係にあるときは、つねに、商法典が適用せられるようにする。(3) 第三者の利益をも考慮して、ある種の取引については、特別の衝突規則を設ける、というのがそれであるといってよい。

以下には、この3点について、簡単な分析を試みることにする。

(1) 当事者の自治

この法典は、この法律に別段の定めがないかぎり、ある管区の法が問題たる取引に対し、<相当な> (reasonable) 関係にあるときは、当事者はその地域の法をその取引に適用すると合意することができる⁽⁴⁹⁾ としている。この<相当

(49) Section. 1-105 (1).

な>関係なる規準は、しばしば用いられる<実質関係>なる要件 (substantial connection requirement) と同じ位自由で、しかも漠然たるものであるから、この規準はおそらく裁判所に、問題たる取引とさほど密接な関係にない法の選択をも有効とすることを得させるであろうと言われている。⁽⁵⁰⁾

元来国際私法における当事者自治の問題については、アメリカの学説・判例上論議が重ねられて今日に至っているのであるが、1958年商法典は、相対立する両極端の学説——すなわち、当事者の準拠法選択の自由を無制限にみとめようとする学説と、絶対的に準拠法選択の自由を否認する学説——の何れをも排して、中間説を採用している⁽⁵¹⁾のである。そしてこの商法典における中間説的構想は、従来の草案におけると同様⁽⁵²⁾である。

この当事者の選択自由の考え方に対して、ニューヨーク法律改正委員会は、この案は第三者の利益を害するおそれがあるとの理由で、これに反対した⁽⁵³⁾。しかし統一商法典編さん委員会は、法典から当事者の選択権に関する条項を削り去ろうとのニューヨーク委員会の示唆には同調しなかった。ただし編さん委員

(50) reasonable relation なる言葉は漠然たるもので、その意味については、学者の間に議論がある。この点については、Burton, *ibid.* note 33; Note, "Conflict of Laws: 'Party Autonomy' in Contracts," 57 *Colum. L. Rev.* (1957) 553, 557.

(51) アメリカ判例がどんな立場をとるかについても、学者の見解は一致していない。たとえば、2 Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws* (1935) 1100; Nussbaum, "Conflict Theories of Contractus: Cases Versus Restatement," 51 *Yale L. J.* (1942), 893; Stumberg, *Conflict of Laws* (2nd ed. 1951) 237; Ehrenzweig, "Contracts in the Conflict of Laws," 59 *Columb. L. Rev.* (1959) 973; 最近の研究は、この点について決定的な傾向を抽出することは、困難とみるものの如くである、"Conflict of Laws: 'Party Autonomy' in Contracts," 57 *Columb. L. Rev.* (1957) 553, 556.

(52) UCC 1949年案は、外国貿易に関する取引について当事者に適用法規選択の自由をみとめていた。1952年法典案は、当事者に取引と reasonable relation にあるどんな管区の法をも約定することを許していた。その後の法典案はすべてこの定式を採用しているのである。

(53) ニューヨーク委員会最終勧告は、法典の適用問題はコモン・ローに委ねられるべきであるというにあった。この点、Burton, *ibid.* note 35.

会は、第3者保護にかかわる問題のあることをみとめて、当事者による契約の自由を1958年統一商法典 §1—105 (2)に載せられた6つの厳格な規則に服せしめることにした⁽⁵⁴⁾のである。

(2) 1958年商法典 §1—105 (2)における当事者自治の制限

商法典第2編—402条、第4編—102条、103条、第8編—106条、第9編—102条、103条により、当事者の準拠法選択の自由は制限されている。これらは、上述したように、第3者の利益保護のための特別規定である。

(3) 当事者による準拠法の指定がない場合における、商法典の適用範囲

1958年法典は、当事者による準拠法の指定がない場合において、問題たる取引が商法典を採用した州と〈適当な関係〉(appropriate relation)にあるときは、この法律を適用すると定めている(第1編—105条(1)後段)。この規定の立法趣旨はどこにあるか。

当事者による準拠法の指定がないかぎり、問題たる取引に対しては、従来から法廷地州において行なわれているコモン・ロー衝突規則によるとか、またはたとえば契約地もしくは履行地というようないずれか特定の場所の法によることも一案であろう。あるいはまた、当事者の意思を推定して問題たる取引に最も密接な関係にあるとみられる法を適用するとすることも考えられる。しかし商法典はこれらのうちのいずれにもよらず、もっぱら商法典のみに着眼して、上述したような規定を置いた。取引が商法典を採用した州と〈適当な関係〉にあるときは、この法律を適用としたのは、何を意味するか。この場合、コモン・ローの衝突規則は適用しないということを宣明しようとした点に、この規定のひとつの狙いがある。少くとも編さん委員会はそのように考えたのである⁽⁵⁵⁾。それでは何故、〈適当な関係〉にあるときは、としたか。思うに、〈適当な関係〉というような漠然たる概念によって商法典の適用範囲を限界づ

(54) Burton, *ibid.* note 35.

(55) Burton, *ibid.* 470.

けようとしたのは、立案者がこの商法典の適用範囲の決定については、これを狭く限定するよりも、漠然と限界づけておいて、具体的な決定は個々の場合における裁判官の裁量に一任した方がより妥当な結果が得られると考えて、そうしたのではあるまいか。⁽⁵⁶⁾

この点について参酌せられるべきは、1952年の商法典案である。同案は、第1—105条の適用範囲をできるかぎり広げようとの見地に立って、当事者による準拠法の指定のない場合に、どの州の法を適用すべきかについては、上述したところから明らかなように、実に詳細な規定を置いた。ところがこの規定については、種々の観点から、実に激しい論難が加えられた。⁽⁵⁷⁾そこで、このような非難を避ける意味で、1958年法典では、上にみたような漠然たる規準によって準拠法を決定することにしたのではあるまいかと思われるのである。

(56) Burton, *ibid.* note 61.

(57) この論難については、Burton, *ibid.* 466–69.

第8章 国際私法典の改正問題

今日相当多数の国が国際私法典改正の問題に当面しておる。ラテンアメリカ諸国、イギリス、アメリカ合衆国がこの問題に当面しておることは、すでに述べた。そのほかに、フランス、ドイツが目下、改正問題に当面しているし、わが国もまたその例外ではない。

本章においては、フランス、ドイツおよび日本について、改正問題の生じた理由、改正の目標、指導精神、改正の機構・手続などについて実状をあきらかにした上、最後に、結論として、わが国において改正の目的を達成するには、どんな点に注意する必要があるかについて、若干の考察を試みたいと考える。

I フランス国際私法典の改正問題

〔I〕 序 説

すでに述べたように〔本書第1章〕、1804年のフランス民法典は、国際私法問題については、ただ1ヶ条第3条の規定をおき、特殊問題については数個の個別的規定でこれを補うという仕方、これを規律している。そこでフランス国際私法の大部分は、学説判例を基礎とする慣習法からなり立っているといつてよい。⁽¹⁾ところが判例は無数に存在するし、矛盾し交錯することも多い。それ故現行のフランス法がはたして何であるかは、必ずしもつねに明瞭であるとは言えない。それ故、国際私法を法典化する動きは、フランスにははやくから存在していた。しかしながら、慣習国際私法を成文化するという意味での法典化も、また新規な事象について新たな法規を設けるという意味での法典化も、ともに

(1) 川上太郎『仏蘭西国際私法』(外国法典叢書『国際私法』中)29頁以下参照。

容易なことではない。そこで国際私法の法典化の問題は学界において討議されるにとどまり、これを⁽²⁾実際に採りあげて実行にうつすということは、最近までなかった。この問題が実際に採りあげられるようになったのは、第2大戦中、フランス政府がドイツ軍の占領から解放された翌年、すなわち1945年に、司法省内に「民法典改正委員会」を設け、民法典の改正草案の起草に当らせたとき以後のことである。

民法典改正委員会は、民法典序編のうちに国際私法の規定を含ませることにして、その起草を「総則」編の起草に当る小委員会〔後に序編小委員会と改称された〕に任せた。

『民法改正委員会議事録』によると、⁽³⁾総則編小委員会は、国際私法の規定にかんしては、1948年11月4日に仕事をはじめ、ニポアイエの作った、「場所的法衝突に関する規定」の予備草案の討議からはじめた。討議は約1年間つづけられ、1949年11月10日に終了、小委員会としての国際私法予備草案を決定し、委員会に提出した。それが民法典改正委員会で審議されて、同委員会の予備草案とし⁽⁴⁾て、司法大臣国璽尚書に提出されたのは、1953年12月20日のことである。

民法典改正委員会委員長モランディエール教授によると、「民法典改正予備草案」は、控訴院および法科大学の意見を聴取するために回附せられ、改正委員

(2) たとえば、フランスの「比較立法協会」(Société de législation comparée)は、1932年にこの問題を討議した。この討議をとりまとめた Codification du droit internationale (1932) によって、われわれは、Cassin, Govare, Grunebaum Ballin, Le Fur, Lepaulle, Lévy-Ulmann, Niboyet, Ripert 等のこの問題についての意見を知ることができるのである。

(3) Travaux de la Commission de réforme du Code Civil, 1948-1949, Vol. IV, pp. 711-873.

(4) この予備草案〔民法第34条ないし146条〕は、民法典改正委員会委員長 de La Morandiere 教授から国璽尚書宛に提出された、1953年12月20日付の報告書中に採録されている。なお、この条文は邦訳されている、野田良之・江川英文・高橋康之、「フランス民法典改正草案」比較法雑誌4巻1・2合併号(1958年)。なお、齋藤武生「フランス国際私法草案の総則的規定について」法学論叢61巻3号(1955年)参照。

会としては、それらの意見を審査した後で、もう1度手を入れ、確定案は参事院の手で決定せられ、その後国会で審議されるはずである。⁽⁵⁾

その後、モランディエール教授は、1960年2月に来日せられた際、東京においてわれわれに、民法典改正委員会の手になる『改訂予備草案』(Révision de l'Avant Project) [1959年7月1日附の]⁽⁶⁾を手交せられた。これによると、国際私法規定21ヶ条は、

「序編——第3章 外国人の地位—場所における法律の衝突—官庁および裁判所の管轄」なる標題のもとに収録されている。

これを1953年12月10日附国璽尚書に提出された、改訂前の予備草案の条文 [これは、第34条ないし146条、すなわち、113ヶ条あった] に比較すると、改訂後の条文数は92ヶ条も少ないのである。これをしも、改訂といえるかどうか、疑なきを得ない。

数年もかかって作った予備草案について、何故、このような大きな改訂が施されねばならなかったか。今、これを明らかにする資料が手許にないため、この疑問は提起したままにとどめざるをえないことは、遺憾である。

以下には、フランス国際私法の法典化のために、何故このように長年月を要しているかの理由をたずね、その上で、『改訂予備草案』の特質を概観することにしたと思う。

〔Ⅱ〕 フランス国際私法法典化事業の遅延の理由

フランス民法典改正委員会の総則編小委員会が国際私法の法典化の仕事に着手したのが、1948年11月4日であるから、今日までにすでに13年経過している。しかも今のところ民法典改正委員会として、予備草案を最終的に確定したとい

(5) モランディエール、「現代フランス法学の諸相 序文」神戸法学雑誌4巻2号(1954年)参照。

(6) 標題は、Révision de l'Avant Projet, Textes adoptés définitivement (1er Juillet 1959) となっており「序編、第3章」第1条～第21条を含む。

う段階以上にはでていない。何故、国際私法典化のために、このような長年月が必要であったのか。

この点について改正委員会委員長ド・ラ・モランディエール教授は、1953年12月20日附国璽尚書に宛てた報告書の中で、述べて言う⁽⁷⁾。

遅延の理由は2つある⁽⁸⁾。「先ず、第1に、それはおそらく予備草案の作成のために選ばれた方法に起因する。」起草委員会は、(1)総則、(2)人および家族、(3)債務と契約、(4)財産と4つの小委員会に分かれた。そして小委員会では、「報告および予備草案はその構成員の1人または事務局員の1人によって、時には委員会外から選ばれる専門家の協力をえて、小委員会に提出された。小委員会が承認した条文は委員会総会に附議された。最初の数年間は総会は2週間ごとに開かれた。」つづいて言う、「この方法は手間どるものだけということがわかった。この方法によると、小委員会で多数の会合を開いた後採択された条文をもう1度討議せねばならなくなった。これらの条文は総会側の嚴重な批判的討議に付され、総会はしばしばこれを斥け、再検討のため小委員会へ差戻した。われわれはこのようなやり方では到底結論に達しないということをさとしたので、3年前から小委員会を廃止した。……われわれ事務局又は委員の1人が作成した予備草案は直接に委員会総会にかけることにきまった。活動の速度は早くなった。」と。

つづいて、モランディエール教授は、仕事のおくれた第2の理由を説明して言う、「委員会の仕事が遅れたのは、その仕事のやり方自体に起因するとのみは言えない。この遅延は提起された問題の重要性とこの問題に対する政府の態度にも起因する。」「単に法典の《お化粧》だけが問題であるのだったら、すなわち新しい法律あるいは判例によってえられた諸結果をこれに合体させるだけが問題であったのなら、仕事はかなり速かになすことができたであろう。」しかし「民法典の改正は法技術の問題を提起するだけのものではない。その規範の道徳的・哲学的・経済的・政治的基礎も検討されねばならない。社会進化を顧慮してこれらの基礎はどの程度変革さるべきであろうか」と

(7) 以下に述べる点については、川上太郎「国際私法典改正の出発点」国民経済雑誌100巻5号(100巻記念号、経済学篇、1959年)597頁以下参照。

(8) 比較法雑誌4巻1・2合併号(1955年)7頁以下。

問題を提起した後、つづいて言う、「新法典の政治的・社会的基礎はいかなるものなるかは何人がきめるのであるか。これは技術上の知識の故に選任された委員会のメンバーではあり得ない、いなそれだけではあり得ない。なるほどこれらの人たちは政府の顧問とはなり得るし又なるべきであり、これらの重大問題に関して独自の見解をもち得るし又もつべきである。その職務の遂行に当って得た体験およびその反省に立脚してかれらはサジェスションを与えることはできるが、これは何よりも先ず1国の政治の責任を負う政府の仕事である。国会および国民に対して責任を負う大臣たちの考えを顧慮しないで草案を作成するとなれば、委員会は無駄骨を折る虞れがある。チェトジャン氏(筆者言う、この報告書の宛名人、司法大臣で国璽尚書たる人を指す)はこれらの点に関し、『民法典の委員会はその仕事を企てるための指示(directives)が必要だ』ということによく気がついていた。しかしかれはこれに附加えて——そしてこれこそわれわれが慎重に振舞っている理由を説明するものであるが——『共和国臨時政府は、明日の進化いかんはまだ自分にもわからず、従って目下のところ委員会に指示を与えることを差控えているのだ』と述べた。そしてかれはわれわれに『項目の目録を作成し』、先ず政治・社会的進化と密接に関係のない項目から着手するように要求した。」そしてモランディエール教授はつづいて言う、「国璽尚書殿、われわれは政府の故意の沈黙を意識したが故に、なぜわれわれの努力をほとんど技術問題しか生ぜしめない序編の条文と人及び家族に関する条文とに集中したかを予解して戴けると思う。たしかにこれらの後にあげた条文の重要性は否定することができない。たしかに異なる見解が多くの点でこの場合対立する可能性もある。しかしこれらの見解は恐らく実質においては外観ほどは異なるものではあるまい。フランス人の大多数はわれわれの偉大な諸制度・婚姻・離婚・嫡系家族・後見・養子等を維持し、私生子に対し、人間らしい立法をなすことについて意見の一致をみている。思うに、達せんとする目標について意見は一致しており、ただこれに対してどういう手段をとるかについて議論があり得るにすぎない。」そして「……われわれが慎重であり、余り急がなかった其の理由は正にここにある。現在の政府も、自由主義的原理への大幅な復帰が見られるのであるから、われわれの行動が賢明であったことはたしかに認められるであろう。」と(傍点は筆者が附けた)。

そしてこの故に、モランディエール教授は国璽尚書に提出するこの民法典のプランを暫定的なものとし、政府の政策が確定した後に、このプランをさらに検討して改める余地を残しているのである。

報告書のこの説明によって、モランディエール教授は改正委員会の民法典草案起草の仕事が無駄骨を折ることにならないためには、委員会の草案起草に先立って、政府による政策決定が必要であるということに、気がついていたことが、よくわかる。ただし教授は国際私法規定を含む序編の部分は「ほとんど技術問題しか生ぜしめず」、この部分の立法の「達せんとする目標についてフランス人の大多数の意見は一致しており、ただこれに対してどういう手段をとるかについて議論があり得るにすぎない」と楽観して、国際私法典草案の起草に踏み切ったのである。

この国際私法立法事業の性質についてのモ教授の見解、及びこの立法の達せんとする目標について大多数のフランス人の意見が一致しているとみた同教授の判断は、正当であろうか。後にこの草案に対して、フランスの学界で強い批判的意見が表明されたことからみて、教授のこの判断が間違っていたことは、今でははっきりしているといってよい。また国際私法の立法事業の性質について同教授の言う「ほとんど技術的問題しか生ぜしめず」との観察も、間違いであると、私は考える。法の内容のいかんにかかわらず、立法事業はすべて政治的要素を含んでいると、私は考えるからである。

〔Ⅲ〕 1959年改訂草案の特徴

1953年予備草案（以下には旧案という）に比べて、1959年の改訂草案（以下には新案という）は、どんな特徴をそなえているか。以下にこれを概観する。

旧案では、法人の国籍決定の基準をその本拠地の所在がどの国にあるか、および法人を統制する者が内外人のいずれであるのか、この2ヶの規準に求めている（37条）のに対し、新案は、内外法人の区別の標準を法人の本拠地および

設立準拠法が内外いずれの国にあるか、またはいずれの国法であるかに求めている（1条2項）。つぎに、旧案においては、「国際関係における住所」と題して住所概念を定義するとともに、特に定義しないときは民法典によるものと定めていた（45条ないし50条）。これに対し、新案は、連結点としての住所については何らの規定も置いていない。

旧案には、「第3節 法律の国際的抵触 第1款 総則」なる標題のもとに、⁽⁹⁾ つぎの規定がおかれていた。

第51条 本節の規定はフランス法及び外国法の適用の各範囲を決定する。

第52条 フランス衝突規則にしたがい、本来適用されるべき外国法が自ら管轄を認めない場合には、その外国法が指定し且つ自ら管轄を認める他の外国法を、またこれのない場合には、フランス法を適用しなければならない。

第53条 フランス法が管轄を有する場合でないかぎり、自ら管轄を有すると認める外国法は外国で創設したあらゆる法律状態につきフランスにおいてもその効力を生ずる。

第54条 法の衝突問題の解決に必要な法律関係の性質決定は、財産の分類をも含めてフランス法によるべきものとする。ただし、第52条の規定にしたがひ法の衝突問題が外国法の適用によって解決される場合はこのかぎりでない。

第55条 国際関係においてフランスで認められている公の秩序に反するすべての外国法の規定はフランスにおいては適用されない。

第57条 何人も、フランス法に対する詐欺によってのみ管轄権ありとされた外国法によって創設された法律状態を主張することはできない。

新案は、旧案と異なり、これらの総則問題については、何らの規定も設けていない。おそらく新案を起草審議した委員会が、これらの規則は自明で、わざわざ規定する必要はないと考えたか、またはこれを学説に一任するのがよいと

(9) 条文の原文は、Comité français de droit international privé, La Codification du d. i. p. (1956) p. 19 et s. 所載のものによった。邦訳については、註(4)参照。

したか、そのいずれかの理由によるものと思われる。

つぎに、「人事法」については、旧案は、「個人の身分および能力はその本国法による。ただし、5年以上前からフランスにその住所を有する外国国民はフランス法によって規律する。」としていた(59条)のに対し、新案は、「人の身分および能力はその本国法による、ただし以下に別段の定めがあるときは、このかぎりでない。」(2条)と定めている。

「婚姻の方式」については、旧案には数個の規定がおかれていた(95, 96, 101, 102条)。これに対し、新案は別段の規定をおかず、これを一般の方式規定によらしめた。(第11条)。すなわち新案によれば、「婚姻の方式」は挙行地法によるかまたは婚姻当事者の共通本国法によるということになる。

「夫婦財産制」については、旧案が不変更主義をとり、「婚姻当時における夫婦の身分を支配する法律、または婚姻挙行地の法律」によらしめていた(69条)のに対し、新案は変更主義をとり、つぎのように規定する(9条)。「財産契約なくして婚姻した夫婦の財産制は、夫婦の共通本国法による。共通の本国がないときは、最初の共同住所地法を適用する。夫婦が財産契約を締結したときは、夫婦財産制は第7条に定める法律——すなわち、締約者の明示又は黙示に指定した法——による。」と。

「物権」、「債権」に関しては、新旧両案の間に、大差はない。ただ旧案が多くの規定をおいていたのに対し、新案はこれを整理し、簡易化している点に特徴がみられる。

「相続」に関しては、旧案が、無遺言または遺言相続は不動産については、不動産所在地法に、動産に関しては、死者の最後の住所地法による(85条)としていたのに対し、新案は動産不動産の区別をやめにして、「相続は死者の住所地法による。遺言者は異なる法律によることができるが、相続準拠法の強行規定に違反することはできない。フランス人たる共同相続人の1人が外国にある財産の分割につき、その外国人たる資格の故をもって、不利益を受けたときは、

その者はあらゆる分配に先だち奪われた相続分に相当するものをフランスにある財産から先取することができる。」と定めている(10条)点に、その特徴があらわれている。

最後に、「管轄及び執行判決」につき、旧案では、「外国判決は執行判決を与えられた場合のほかは、いかなる事項についても、フランスでは規範力を有しない。」(134条)とせられていたのに対して、新案では、「人の身分および能力に関する判決ならびに形成判決はフランスにおいて執行判決なくして既判力を有する。ただし、これらの判決が財産上の執行行為または人についての強制行為を生ぜしめるときは、このかぎりでない。」(17条)とせられている。なお「この種の判決は、第18条ないし19条の条件を充しているかぎり、フランス裁判官は判決のなされた日に遡って既判力を認めるものとする。」とせられている。

なお、旧案には「外国仲裁判断のフランスにおける効力」に関する規定(141条～147条)があったが、新案はこれには全然触れていない。

これを要するに、新案は旧案に比して、非常に簡素化せられており、しかも旧案に存在したような不明晰や矛盾からは蟬脱しているというのが、その重要な特色をなすといつてよい。しかしながら、大体論としては、そこに独創的な目新しい規定は見当らない。

II ドイツ国際私法典の改正問題

〔I〕 序 説

改正問頭の発端 1896年に制定せられたドイツ民法施行法は第2次大戦後も、西ドイツでは効力を保有せしめられた⁽¹⁰⁾。その後、1949年5月23日に再建せられ

(10) 川上太郎「独乙国際私法」(外国法典叢書「国際私法」中に収録)305頁以下参照。

たドイツ連邦共和国では、このうちの国際私法規定の改正問題が学界において採りあげられた。けだし1949年の基本法第3条2項の規定する男女同権の原則の下においては、ドイツ民法施行法の採用する夫や父の本国法主義の妥当性が、問題化されることは当然だからである。ことに基本法第3条2項の規定に抵触する法規は、1953年3月3日かぎり失効する旨の第117条の規定が存在するが故に、この問題をめぐって学者の間には活潑な論議が続けられるに至ったのである。⁽¹²⁾
⁽¹³⁾ある。

「ドイツ国際私法協会」の結成 このようにして西ドイツにおいては、1953年秋ハンブルグに開かれた第40回ドイツ法曹会議に際し、「ドイツ国際私法協会」(Deutsche Rat für Internationales Privatrecht)なる団体が結成せられた。⁽¹⁴⁾これは独立の学術団体として、ドイツにおける国際私法の立法上の発達を促進するのに役立つものとして作られたのである。協会は同時に、国内衝突法規の国家間の調和を準備するに際し、国際面でドイツの学会を代表すべきものとされている。協会の会員数は制限せられており、欠員を生じた時は、会員の選挙によって補充されることになっている。現存は20名の学者、研究者および裁判官によって構成されており、会長には Hans Dölle 教授(チュービンゲ

(11) ドイツ連邦共和国基本法(1949年5月23日制定)の制定経過については、稲葉修「独乙連邦共和国連邦基本法制定の経過について」、(憲法調査会、「憲法制定の経過に関する委員会、第5回議事録」に掲載)参照。

(12) ことに、両性平等思想の影響を受けたとつたえられる1953年のフランス破毀院 Rivièrè 判決の出現は、ドイツにおけるこの問題についての論議を一層刺激しているようである。Vgl. Müller-Freienfels, Scheidungsstatut und Gleichberechtigung, Juristenzeitung, 1957, nr. 5/6, S. 141-142.

リヴァエール判決については、溜池良夫「フランス国際私法における離婚の準拠法——判例の変遷——」法学論叢63巻5号(1957年)34頁以下参照。

(13) ドイツにおけるこの問題についての最近までの文献は、Vgl. Habscheid-Meyer, Neues Familienrecht——Rechtsgrundsätze zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, 1957; 溜池良夫「国際私法と両性平等」民商法雑誌37巻3号(1958年)。

(14) Rabels Z. 18 (1953) S. 597; Rabels Z. 19 (1954) S. 597.

ン)、書記長には Mural Ferid 教授(ミュヘン)が選任されておる。協会の事務局はミュヘン大学比較法研究所におかれている。

協会はドイツ婚姻法の改正をひかえ、またハーグ国際私法会議の進行状態をも考慮して、とりあえず、国際婚姻法、扶養法、売買法および属人法の連結点をいかにするかの問題を研究することになっている。そしてこれらの問題を審議するために、つぎの4つの委員会がつくられた。

1. 属人法委員会(委員長 Makarov 教授)
2. 国際婚姻法委員会(委員長 上院議長 Wolfgang Lauterbach)
3. 国際扶養法委員会(委員長 Hans Dölle 教授)
4. 国際売買法委員会(委員長 Ernst v. Caemmerer 教授)

なお、成案ができあがったら、連邦法務省に提出せられるはずである。

東ドイツにおける国際私法典の改正問題 ドイツ民主共和国にも注目すべき法現象が生じている。そこでは、ソヴィエツ国際私法学説およびその法源の影響をうけて、重点は2国間条約におかれている。たとえばドイツ民主共和国とポーランドとの間に締結せられた、1957年2月1日の「民事、親族、刑事事件における法律交通に関する条約」21条以下には、衝突法の1部が法典化されている。1956年9月11日のチェコスロバキアとの条約、最近のソヴィエツ連邦およびハンガリアとの条約(1957年10月30日、1957年11月28日)⁽¹⁵⁾にも、衝突法の規定が存する。

〔Ⅱ〕 西ドイツにおける国際私法の改正問題 以下には、「ドイツ国際

(15) 東ドイツにおける国際私法については、参照、Drobing, 5 Am. J. Comp. L. (1956) p. 487-497; Battifol, "Les règles de conflits de lois dans les traités conclus entre l' U. R. S. S. et les démocraties populaires," Revue critique de d. i. p. (1960) p. 287; Braga, Kodifikationsgrundsätze des internationalen Privatrechts, im Festgabe f. Makarov, 1958, S. 421 A. 1.

私法協会」の活動を通じて、西ドイツが今どんな国際私法問題に当面しているかをうかがうことにする。

属人法問題一般 属人法問題に関しては、将来の立法上連結点として本国法主義と住所地法主義とのうちいずれを選ぶべきかが問題となる。この問題に関しては、「ドイツ国際私法協会」第2回総会において（1954年7月27日）マカロフ教授の述べたところが参考になる。⁽¹⁶⁾ 彼はこの問題に関する立法上の見解を述べるに先立ち、一般的立法上の見地として、次の3点に注意すべきものとする。

1つは、作成せられるべき衝突規則は完全衝突規則であるべきだということである。これは、現在の民法施行法の規定の大部分が一方的衝突規定または不完全双方的規定であること的不满からくる。この点につき、彼は、国際法学会が2年前 Siena の会議でした決議（国際私法規定の立法に際しては、国際化することのできる一般的基準をもちいるべきであるとの決議）を引用しているのである。

第2に、彼は同じく Siena の決議にのっとり、新しい衝突規則は、単にその技術面においてだけでなく、内容上も国際的に模範となるものでなければならないとする。すなわち現在のドイツ国の事情に適合するというだけでなく、判決調和のために、すべての西欧諸国——移民受入国たると送出国たると、また本国法主義の国たると住所地主義国たるとを問わず——の典型的利益を調和させ得るものでなければならないとする。

第3に、彼は上の要請を達成するために、分化的衝突規則（*differenzierende Kollisionsnormen*）を定立する必要があると述べている。たとえば従来の国籍主義、住所地主義のほか、常住居所地のような第3の連結点を顧慮しうかどうかを考究し、また一般的行為能力と個々の法律行為についての個別的行为能力との間に区別を設けるべきでないかどうかを考慮するというようなのがそれである。

(16) 19 *Rebels Z.* (1954) S. 597.

以上の提言がその後の協会の立案、審議の上に、どのような影響を及ぼしているかは、今後十分に注意すべきところである。

ドイツ国際婚姻法の改正 以下には、「ドイツ国際私法協会」の会員で、第2分科会のメンバーであるケーゲル教授⁽¹⁷⁾の記述にしたがって、婚姻法委員会の提案する国際婚姻法の改正案の骨子がどのようなものとして作成せられているかを概観しようと思う。

成立 婚姻法委員会は、委員長 Lauterbach のほか、委員 Arndt, Bergmann, Beitzke, Braga, Ficker, Kegel, Massfeller, Horst Müller, Müller-Freienfels, Schwenn の諸氏により構成せられる。そのほかに、常設客員としてフランスから Batiffol および Holleaux, オーストリアから Freiherr von Schwind が参加している。

委員会は1954年以来、毎年春秋ごとに1日半ずつ集って、1959年には大体において婚姻法に関する仕事を終わった。ここに述べる改正案がその成果である。婚姻法終了後には、委員会は国際親子法を手がけることになっている。

委員会は報告者の報告を中心に討議をすすめていった。婚姻法については、Horst Müller (婚姻締結), Kegel (婚姻の身分上の効力, 離婚), Beitzke (夫婦財産制), および Schwenn (外国判決の承認) が主な報告をした。フランスおよびオーストリアから参加した客員の助言はことに価値の多いものであった。またオーストリア連邦法務省はその改正事業の研究結果を提供した。

指導精神 委員会に委託されたのは国際婚姻法であった。先決問題、反致、公序の如き、総則的題目はその任務とするところではなかった。また一般属人

(17) Gerhard Kegel, Reform des Deutschen internationalen Eherechts, 25 *Rechts Z.* (1960) S. 201 ff. なお、これとは別に Kegel 教授は、筆者に対し、1960年の春、Vorschläge für eine Reform des deutschen internationalen Eherechts, vorgelegt von der 2. Abteilung des Deutschen Rats für internationales Privatrecht (abgeschlossen August 1960) を恵贈せられたので、これを参考にした。

法問題もその本来の題目ではなかった。しかし協会の総会において、大多数の委員が本国法主義に傾くことがうかがわれたので、委員会はこの主義を出発点とした。2重国籍，無国籍，および避難民のとり扱いのごとき個別問題は、未解決のままでもさしつかえなしとせられた。

委員会は、部分的には、本国法主義を出発点とすることを断念しなければならないことがあった。それは男女同権のためである。この観念を国際私法規定のうちに導入することは、社会の進歩の上から要請されたので、委員会はその限りにおいてこれを実現せしめることに意をもちいた。しかしながら、夫婦が異なる国に属するときは、男女の同権は住所地法主義から出発するものでなければ達成できない。もっとも、この場合、委員会は、近時の傾向にしたがって、住所概念によらず、常住の居所をもって住所に代用させ、これによって住所探究の場合に往々生じうる難問題の発生を斥けることができた。

ドイツ法は外国法に優先するものとは、されていない。そのことは1部、「形式」面にあらわれる。すなわち民法施行法の一時的衝突規則〔これはドイツ法優先の考え方に立つもので、従来非常に普及されていたところであるが〕は、双方向的衝突規則によって補充されている。そのことは実質面にもあらわれ、排他的規定は放棄されている。たとえば、草案によれば、ドイツにおける婚姻の方式は挙行地法たるドイツ法によるを要しない(民法施行法13条3項と異なる)し、またドイツ法上の離婚原因なくして、ドイツにおいて離婚せしめられうる(民法施行法17条4項と異なる)。委員会は一般的留保条項で充分であると考えたのである。

委員会案においては、国際手続法の自主性 (*Eigenständigkeit des internationalen Verfahrensrechts*) がいま迄以上に強調せられている。かくてドイツ裁判所の国際管轄のためには、その判決が外国によって承認されることが必要であるとの要件は放棄せられた(民事訴訟法606条1号とは異なる)。また外国

判決の承認のために、それが正当な法律を適用してなされたということは必要ではない（民訴328条第1項第3号とは異なる）。

婚姻の締結

1 実質的要件は各当事者の本国法によるべきものとせられる。かつての一方的衝突規則が完全衝突規則とせられたのである。

つきに、婚姻成立の先決問題として当事者の前婚の解消はどの国の法によるかが問題となることがあるが、委員会は、この点につき、国際手続法自主性の見地に立って、婚約者の一方又は双方の属する本国以外の他の国で判決がなされた場合、その決定が本国において承認されなくとも、それがドイツにおいて拘束力のあるものでさえあれば（たとえばその決定がドイツでなされ、承認せられた場合の如し）、ドイツの見解の方が優先するとみているのである。

2 婚姻の方式 現行法上、ドイツにおける外国人の婚姻の場合、その方式はもっぱら挙行地法たるドイツ法によらなければならない（民施13条3項）。委員会案は、これを斥け、当事者はドイツにおいてもその本国法にしたがい、もしくはドイツ法によって、婚姻を挙行しようということに改めた。これは跛行婚をさけるための措置である。

婚姻の効力 現行法は、婚姻の身分上の効力について夫の本国法によるべきものとしているが、これは男女同権の観念に反する。そこで、委員会案は、これを改めて、婚姻の効力は、(1) 夫婦が同一国に属するときは、その共通本国法による、(2) 夫婦の一方が国籍を他に転じ、他方のみ従来の国籍を維持しているときは、夫婦の最後に属した共通本国法により、(3) 夫婦が共に国籍を他に移し、しかもそれぞれ異なる国に属するときは、共通の常住居所地法により（これは無国籍者に対し本国法を適用すべき場合、その者の住所地法が本国法に代用せられるのと同じ考え方による）、(4) 夫婦の一方のみ従来の居所地に

居住するときは、夫婦の最後の共通の常住居所地法により、これがないときは、(5) 夫婦の単なる共通居所地法により（これは、無国籍者が住所を有しない場合、本国法に代わるものとしてその居所地法を適用するのと同じ考え方による）、これがないときは、(6)夫婦の最後の共通居所地法による、とする。

夫婦財産制 委員会案によれば、夫婦財産制は原則として身分上の効力の準拠法と同じ法律に連結される。すなわち、現行法とは異なり、変更主義がとられているのである。もっとも夫婦財産契約については、この原則がそのまま行なわれるわけではない。

a) 夫婦が婚姻後国籍を他に移したときは、委員会案によれば、夫婦財産制の準拠法は夫婦の新本国法である。しかしこの新本国法が夫婦財産契約を従来の属人法によるとすることは、委員会ではみとめられているのである。

b) 夫婦の双方または一方のみ、夫婦財産制を支配する法の属する国（たとえば、夫婦の共通本国）以外の地に生活するときは、夫婦はその財産制を居住地法と同じものとするができる。

離婚 離婚は、婚姻の効力の準拠法と同一の法律によらしめられる。しかし、夫婦双方の婚姻当時における本国法によって、離婚が許されるときは、これによることができることとされた。これは、現行法第17案3項によって、「ドイツ人たる妻に許されている離婚請求権」を一般的に認めようとするものであって、大きな変革だとしなければならない。

国際的裁判管轄 現行法上、ドイツ裁判所がドイツ国籍を有しない外国人夫婦の離婚事件につき、裁判管轄権を有するためには、夫の本国法かドイツの管轄を認めていることが必要である（ドイツ民訴606条4項）が、委員会案はこの規定を削除すべきものとしている。これは、国際裁判手続の国際私法から

の独立の考え方にもとづく。

外国離婚判決の承認 現行法上、外国離婚判決がドイツにおいて承認されるためには、その外国判決がドイツ民法施行法第17条の規定に違反していないことが要求せられているのであるが（ドイツ民訴，328条1項3号），委員会案はこの実質審査の要件を放棄すべきものとしている。その根拠は、国際手続法は国際私法とは独立すべきである，という国際手続法自主性の思想にある。

III 日本国「法例」の改正問題

〔I〕 序 説

日本国国際私法規定たる「法例」は、明治31年（1898年）に制定実施せられたのであるから、実施後すでに60有余年になる。この間における国内的また国際的社會生活の進歩發展は目ざましく、今日では「法例」の規定改正の要否を再検討すべき時期に当面している。そこで、政府は1957年（昭和32年）2月12日、「法制審議会」に対し、

「法例その他の渉外的私法関係に関する実体法および手続法を改正する必要があるとすれば、その要綱を示されたい」

との諮問を發した。「法制審議会」は、この諮問に接し、慎重に調査審議する必要があるとみとめ、審議会内に、「国際私法部会」を設けた（1957年4月1日）。当初「部会」委員に委嘱せられたのは、江川英文、久保岩太郎、川上太郎、斎藤武生、折茂豊、我妻栄、兼子一、鈴木竹雄、高井忠夫、法制局第2部長野木新一、外務省条約局長高橋通敏、最高裁判所事務総局民事局長関根小郷、法務省民事局長村上朝一（後に、平賀健太）の諸氏であった。ほかに、池原季雄、桑田三郎、山田鐸一、法務省民事局参事官平賀健太、法務省民事局付検事村岡二郎、同水田耕一その他数氏が、「部会」幹事として、この仕事に参劃すること

になった。「部会」委員は、便宜上「小委員会」を設け、そこで一応の調査審議をした上、これに基いて部会で審議するという方法をとることにした。そして小委員としては、部会長江川英文氏のほか、我妻栄、鈴木竹雄、兼子一、久保岩太郎、関根小郷及び村上朝一（後に、平賀健太）の7氏に決定した。小委員会は、1957年4月1日第1回会議を開いて以来、1961年4月6日までに36回の会議を開いて、国際私法関係の諸条約案および既成の諸条約を検討すると共に、「法例」の改正を検討した。そして「法例」の改正については、「小委員会」は、近時、渉外的身分関係に関する事案が増加して、問題となっている点が少なくないというような事情を考慮して、親族法からその検討を行なうこととし、1961年5月8日までに、一応「婚姻の部」の検討を終わり、いくつかの留保はあるが、一応の結論として、「法例改正要綱試案（婚姻の部）」をまとめるという段階に達した。そこで、1961年5月8日と7月10日の両日にわたり、「国際私法部会」第2回会議が開かれ、小委員会の得た結論について、部会としての一応の審議をした。しかし審議はまだ部会としての結論をだすまでには至っていない。

「法例」改正の要否を考えるに当っては、まずもって「法例」の規定全体にどんな欠陥があるかを明らかにした上、その欠陥を是正するには、どんな目標のもとにどんな規定を設けるべきかを考察しなければならない。

ここで筆者は、個人たる資格において、いまのわが国において改正の要否を考え、また改正草案を作成するに当っては、どんな点に注意を払うべきかについて、若干の考察を試みておきたいと考へる。しかしながらこの考察を適確ならしめるためには、遡って、「諮問」の趣旨を明らかにしておくことが必要であると考え、そこでまずこれから始める。

〔Ⅱ〕 法制審議会に対する諮問の趣旨

昭和32年2月12日に開かれた、法制審議会第14回総会における当局の説明によると、

「国際私法に関する現行法規は、法例第3条以下の規定がその中心になっているが、この法律は明治31年に制定されて以来、約60年間殆んど改正されることなく現在に至っている。この60年間に国際私法の分野においては、判例や学問的研究は著しい進歩をとげた。さらに、国の内外を通じて社会及び経済の情勢には、目覚ましい変化が起っている。その結果、現行法が採用しておる原則自体について再検討を加えると共に、現行法の不備の点を補うために、その改正を考慮すべしと時期に至っていると思われる。」

ところで、「渉外的性質を有する私法関係の法律的安定をはかるためには、各国の国際私法を統一するとともに、司法共助、それから各国相互の裁判の執行、裁判の効力の承認等の制度が樹立されることが、理想である。この理想を達成するには、国際的な協力が必要である。ことにヘーグの国際私法会議において成立した各種の条約に、わが国は加盟していないが（わが国は明治37年1904年に開催されたヘーグ会議の第4会期以来、これに参加している）、この際、これまで成立しておる各種条約の内容を検討して、適当と思われるものには加盟して、一層国際協力の実をあげる必要がある。さらに最近国際交通が非常にひん繁になるにつれ、渉外的私法関係に関する事件は増加すると共に複雑化しておるので、これを規律するところの実体法及び手法の整備は、實際上その必要にせまれている。特に手続法の分野において、事案の實際的解決の上に、重要であるに拘わらず、従来の法例はこの点で必ずしも充分であるとはいえない。」

「以上に述べた理由から、法例を始めとして渉外的私法関係に関する実体法、手続法の改正について、審議をお願いしたいというのが、この諮問の趣旨である」と。

法制審議会は、政府からこの趣旨の諮問をうけ、これを諒承した。そして諮問事項の調査審議の方法としては、部会を設け、その部会において一応の調査審議をしたものを、審議会でさらに審議するというにすること、この部会を国際私法部会と名付けること、および国際私法部会に属すべき委員、幹事及び書記並びにこの部会委員の人選等については、先例にならって、これを会長たる法務大臣に一任することに決定したのである。

つぎに、昭和32年4月1日に開かれた、法制審議会国際私法部会第1回会議における当局の説明によると、

「諮問第16号は、『法例その他の渉外的私法関係に関する実体法および手続法を改正する必要があるとすれば、その要綱を示されたい』というのであるが、この諮問事項でこういう一般的な表現が用いられておるのは、……準拠法の指定に関する狭義の国際私法の問題に限らず、いわゆる外人法の問題であるとか、渉外的事件に対する裁判管轄権、外国判決の承認、執行、更らに司法共助の問題、こういうものまで含めて一般的に渉外的私法関係に関する法制について審議することをお願いしたいという趣旨である。」

「……法例制定以来60年間の内外における学説、判例などの進歩、発展、それから交通、通信機関の発達などに起因する社会経済情勢の変遷にかんがみると、全面的に法例の改正について検討を加える時機に至っているものと考えられる。法例の改正ということを考える場合、現行法で採用しておる原則自体の再検討とともに、従来法例の規定に洩れておいた事項について新たに規定を設け、または不十分な規定を整備拡充することも必要になってくる。なお、民法、商法、手形法その他の実体法や特別法におかれてある国際私法の規定についても、同様の検討を加える必要がある。」

「さらに……手続法の分野においても——たとえば国際的な裁判管轄権の問題など——問題は重要であり、この関係においても、現行法の整備を図る必要があると考えられる。」

「なお渉外的私法関係に関する法制について検討する場合には、諸外国との協力関係を積極的に推進することが肝要である。その意味において、ヘーグの国際私法会議や国際連合などにおいて、今日までに成立した国際私法関係の諸条約への加盟について検討した上、この分野における今後の国際的立法事業に対して、積極的に協力寄与しなくてはならない。……」

「国際私法に関する条約に加盟するか否か、加盟した場合に国内法をいかにするかというような問題、これもやはり国際私法改正の問題として、検討していただくというようなことになるのではないかと、考えておる。……諮問事項は……以上のような趣旨である。」

政府が「法例」の改正について諮問を發した理由、趣旨および諮問事項の範囲は、上述の当局の説明によって、凡ば明瞭であり、補足の必要はないと考え

る。

〔Ⅲ〕「法例」改正の方法

法の改正の場合、改正立法の目標は何かというに、それはむしろ、現行法の明確なる欠陥を埋めるにある。したがって、法の改正なる立法事業をすすめてゆく上に、まずしなければならぬことは、問題たる法の規定にどんな欠陥があるかを明らかにすることでなければならない。ところで法の欠陥は、法の対象たる生活関係を法の達成せんとする目的に照して見て、始めてよく確定し得られるところである。かくて、「法例」の規定にどんな欠陥があるかを突きとめるには、当然にその対象たる個々の渉外的生活関係を「法例」の規定の達成せんとする目的に照して、検討してみなければならないということになる。

それでは、国際私法の立法目的は何であるか。これについては、時代により、また、ところによって様々の見方があり得ようが、少なくとも今日においては、つぎの2つの見方が存在し、対立しているといっても誤りないであろう。そのひとつは、世界に多数の国法が併存することをみとめながらも、諸国の法律はその価値において同列でなく、その間に優劣のちがいがあるとし、ひとり自国法のみまたは自国と同じ系統の国法のみ正義の要求に合致するとの前提に立って、国際私法は、国際社会において個人の入り込む生活関係を正義に則って保護するのに最も適する国法を選ぶことを目的とする法である、とみる見方である。他のひとつは、今日社会に併存するすべての国の法律は、その法的価値において平等であるとの観点に立って、国際私法は世界的社会生活において個人の入り込む生活関係について正義に基き、その法的安定性を確保するのに最も適する国法を選ぶことを目的とする法である、とみる見方である。

この2つの目的観はたがいに相排斥する関係にある。したがって今、ある国において、その国に行われている国際私法の欠陥を考えるに当っては、まずもってその国はどの目的観を選ぶかを先決しておかなければならない。仮りに、

今、わが国が立法政策として第1の目的観をとることに決意したと仮定しよう。現在わが国に行われている「法例」はこれとは全然異なる第2の目的観のもとに作られておると解すべきであるから、この立法政策のもとでは、「法例」は全面的改正を余儀なくされるであろう。

つぎに、これと異なり、わが国は今まで通り第2の目的観をとることに決定したと仮定しよう。「法例」の改正は部分的なもので済むことになろう。このように、立法政策上選ぶべき目標が確定せられた後に始めて、現行「法例」の欠陥の吟味が可能となるのである。今、仮りにわが国は、従来通り第2の目標をとり続けることに決意した上で、なおかつ、存在する「法例」の欠陥を是正しようとしているのだと仮定しよう。この場合に、わが「法例」の欠陥はどこにあるとせられるべきであろうか。

この場合、「法例」の欠陥の所在を突きとめるためには、わが国を含む現在の国際社会が、個人の世界的社会生活関係の安全を保障するのに、個々の具体的な生活関係をどの国の法律によらしめるのを適正と考えているかを、見究めなければならないことになる。そしてこのことを見究めるためには、適切な資料によって、現在の国際社会の要求そのものを正確に洞察把握することが必要となる。これを把握するのに適切な資料は、国際私法に関する国際法、国際条約のほか、各国の国内国際私法の規定および国際社会生活の実体そのものであると、私は考える。けだし、これらの法はどれも、何らかの程度、国際的社会生活の要求に応じて作られたものにほかならないからである。

本書でみてきた、主要諸国国際私法の法典化についての史的研究は、ここにいう現在の国際社会の要求をみる上に、何がしかの参考になるであろう。しかし、これをみる上に決定力をもつものであり得ないこと、言うまでもないところである。この国際社会の要求の把握洞察は非常に困難である。したがって、上に述べた意味でのわが国際私法の欠陥を学理上正確に指摘するということは、非常に困難である、あるいは不可能に近いといって過言ではないであろう。し

かしひと度この点についての国際社会の要求が完全に把握せられ、これに照らして、わが国際私法の欠陥が学問上精密に分析指摘されたならば、わが国際私法の規定をどのように改めるべきかは、自ら明かとなるべきはずである。それ故、わが「法例」を改正する必要があるかないか、またどのように改正すべきかの決定は、もっぱら国際社会の要求をどのようなものとみるかに、かかってくることになる。

それでは、仮りに国際社会の要求を完全に見究めることは、到底できないものであるということが、学問上論証せられたとすれば、どうしたらよいか。この場合には、現代の世界的社会生活の合理的要求は何であるかを、わが国の立場から判断し、この判断にしたがって、「法例」改正の要否を考えるほかに仕方はないと、私は考える。このようにして、「法例」の改正問題を考える上に、出発点となる最も重要な問題は、結局、どんな事項を改正の題目に選ぶかという、トピックスの選定問題に帰着するというのが、私の今、考えているところである。ところで、トピックスの選定は、結局判断によるほかはないから、判断者の異なるにつれて、ちがった判定がなされることは、不可避であろう。この場合いかにすべきか。題目の選定は、わが国際私法の学理的解釈上法に欠陥のあることについて疑問の余地がないとせられる論題だけに限定せられるべきものと考へる。したがって、「法例」の規定の欠陥について徹底的な学問研究が行なわれた上で、専門学者の間に真剣な討議がなされ、その後になお欠陥の存否について異論のある事項については、改正に踏み切るべきではないというのが、私の考えである。

なお、上述したように、法の欠陥の存否の判断は、国際社会の意思ないし世界的社会生活の合理的要求に即してなされなければならない。したがって、日常業務として涉外事件の行政的もしくは司法的または経済社会上の事務処理に従事し、涉外事件の性質そのもの、およびこれについての国内的並びに国際的社会生活上の要求を正確に、把握、洞察しうる立場にある適格者（たとえば、

法務行政官，司法官，経済人のうちの適格者）の観察および判断は、「法例」の欠陥を知る上に，是非とも参酌せられるべきものであると考える。（完）

附 録

国 際 私 法 の 法 源

序

ここに収めたのは、現に諸国に行われている国際私法規定中、わが国の立場からみて何らかの意味で参考になると思われるものおよび若干国の国際私法草案である。今回は、いろいろの事情で、国際私法に関する国際条約を収めるまでに至らなかった。つぎの機会には、是非とも国際私法条約を収録したものを公刊して、今回の分の欠陥を補いたいと考えている。

邦訳については、わが国にすでにそのなされたものがあるときは、なるべくそれによることとした。ただし、そのままそれによるのは適当でないと感じたときは、編者の手で加筆することにした。

編者はつぎに掲げる諸氏の邦訳を利用させて頂いた。この機会に、そのことを承諾されたこれらの方々に対し、厚く謝意を表する。同時に編者が若干の加筆を敢えてしたことについて御諒恕を乞う次第である。

1865年	イタリー民法	久保岩太郎
1870年	ベルギー法律改正草案	久保岩太郎
1880年	ベルギーローラン案	久保岩太郎
1926年	ポーランド共和国国際私法	江川英文郎 久保岩太郎
1942年	ブラジル国際私法規定	須藤次郎
1942年	イタリー民法典中の国際私法規定	須藤次郎
1948年	チェコスロバキア国際私法	桑田三郎
1948年	ハンガリー国際私法草案	溜池良夫
1953年	中華民国涉外民事法律適用法	欧竜雲

1881年のゲーブハルト第1および第2草案、1891年のスイス法、1907年のスイス民法、1890年のドイツ民法施行法、1948年のエジプト民法典、1959年のフランス国際私法改訂予備草案は、編者自身の拙訳である。

1961年8月

川上太郎

目 次

1.	1804年	フランス民法	1
2.	1865年	イタリー民法	1
3.	1870年	ベルギー法律改正委員会案	2
4.	1881年	ゲーブハルト 第1草案	4
5.	1881年	ゲーブハルト 第2草案	9
6.	1882年	ベルギー ローラン案	15
7.	1890年 (明治23年)	日本民法草案	17
8.	1890年 (明治23年)	日本法例	20
9.	1891年	スイス連邦法	21
10.	1907年	スイス民法	29
11.	1896年	ドイツ民法施行法	30
12.	1926年	ポーランド共和国国際私法	34
13.	1940年	ギリシヤ民法典	42
14.	1942年	ブラジル国際私法規定	46
15.	1942年	イタリー民法中の国際私法規定	48
16.	1948年	チェツコスロバキア国際私法規定	53
17.	1948年	エジプト民法典	59
18.	1948年	ハンガリー国際私法草案	62
19.	1953年	中華民国涉外民事法律適用法	87
20.	1959年	フランス国際私法改訂予備草案	91

1. 1804年 フランス民法

第3条 警察および安寧に関する法律は、領土内に居住するすべての人を拘束する。

不動産は外国人の所有に属する場合においても、なおフランス法によってこれを支配する。

人の身分および能力に関する法律は、フランス人が外国にある場合においても、なおこれを支配する。

2. 1865年 イタリア民法[※]

序則 法律の公布解釈および適用に関する規定

第6条 人の身分能力並びに親族関係は人の属する国の法律による。

第7条 動産は所有者の本国法による。ただし所在地法に反対の規定あるときは、このかぎりでない。

不動産は所在地法による。

第8条 法定相続たと遺言相続たとを問わず、相続財産並びに相続権の範囲および処分の実質的効力は財産の種類またはその所在地のいかんにかかわらず、被相続人の本国法による。

第9条 生前行為および終意処分の外部的方式は行為地の法律による。前段の規定にかかわらず、処分者または締約者は本国法の定める方式によることができる。ただしその法律がすべての当事者に共通な場合にかぎる。

贈与および終意処分の性質および効力は処分者の本国法によりてなされたものと看做す。債務の性質および効力は行為地の法律によりてなされたものとみなす。もし外国人たる締約者が同一国に属する者なるときは、その本国法によりてなされたものとみなす。

※ 久保岩太郎『国際私法概論』（1946年）附録21頁所載のもの。ただし編者の責任において、Neumann, Internationales Privatrecht (1896)により、多少加筆した。

何れの場合においても、当事者の別段の意思の証拠を留保する。

第10条 裁判管轄および訴訟手続は裁判上の手続をする地の法律による。

債務の証拠方法は法律行為のなされた地の法律による。

外国判決は民事訴訟法に定めた方式において執行宣言を付せられたときは、王国においてこれを執行する。ただし国際条約の規定あるときは、このかぎりでない。

宣告または判決の執行方法は執行地法による。

第11条 刑法および警察法並びに公安に関する法律は王国の領域にあるすべての人を拘束する。

第12条 外国の決定宣告並びに私の処分および合意は前数条の規定にかかわらず、人、物または法律行為に関する王国法の強行規定並びに公の秩序、善良の風俗に関する法律を排除することはできない。

3. 1870年 ベルギー法律改正委員会案[※]

第3条 刑事警察および安寧に関する法律は王国の領土にあるすべての人を拘束する。

第4条 人の身分能力並びに親族関係は人の属する国の法律による。

第5条 物権の客体たるべき動産および不動産はその物を目的とする物権に関してはその所在地法による。

債権は債務者の住所地にあるものとみなす。前段の規定にかかわらず、債権が交付または裏書により移転せられる証券に化体せるときは、その債権は証券所在地にあるものとみなされる。

動産の所在地の変更により法律衝突を生じたときは、最後の所在地法を適用する。

第6条 相続は死者の本国法による。贈与および遺言の内容並びに効力は処

※ これは、久保岩太郎『国際私法概論』22頁所載の邦訳について、Neumannにより編者の責任において加筆したものである。

分者の本国法による。死者または処分者の本国法は財産の性質または所在地のいかんを問わずこれを適用あるものとする。

第7条 契約債権およびその効力は契約地法による。

契約者の本国法が同一の規定を有するとき、前項の規定にかかわらず、優先する。

契約者が明示または黙示の意思によりその契約を特定の法律によらしめることを合意したときは、前2項の規定を適用しないものとする。この点で契約者に許容せられる自由は少なくとも当事者の一方の本国法、契約地法または履行地法のみにかぎられるものとする。本条の規定は契約の目的たる財産の性質また所在地のいかんを問わず適用あるものとする。

第8条 準契約、不法行為および準不法行為は債務の原因たる事実の発生した地の法律による。

第9条 公正証書および私署証書の方式はその作成せられたる国の法律による。前段の規定にかかわらず、私署証書はすべての当事者の本国法の認める方式によってもこれを作成することができる。

第10条 処分を支配する法律が実質的要件としてその行為の公正方式または自筆方式なることを要求するときは、行為地法によって許されていても、当事者はこれにしたがうことを得ない。

第11条 裁判管轄および訴訟方式は訴訟をする国の法律による。契約および判決の執行方式は執行をする国の法律による。証拠方法は問題たる法律事実の発生した国の法律による。前段の規定にかかわらず、すべての当事者の本国法が一層充分な証拠方法を定めるときはこれによる。

第12条 一定の国籍を証明し得ない者の属人法はベルギー法とする。ベルギー国籍および外国国籍を有する者の属人法もまた同じ。2個の外国国籍を有する者に付ては、その事件に適用すべき規定がベルギー法の規定と異なること最も少い方の外国法を以てその者の属人法とする。

第13条 国籍の変更は遡及効を有しないものとする。法律の定める総ての条件および方式を履践した後においてのみ、かつ、その時以後に開始する権利の執行にかぎり、これを主張することができる。

第14条 前数条の諸規定にかかわらず、外国法の適用が社会福祉のため権利を保護する王国の法律を害する結果を生ずるときは、これを適用しない。

4. 1881年 ゲーブハルト第1草案^{*}

第5条 権利能力は問題となっている法律関係を定める法律による。

第6条 法人の法律上の存在はその本拠の存する地の法律による。

第7条 行為能力は人の属する国の法律による。

その国法により成年年齢または成年者たる地位を取得した外国人は、ドイツの国籍を取得した場合、ドイツ法によれば未成年たるべきときでも、成年者たる地位を保有する。

外国人が内国において法律行為をした場合において、その外国人が本国法によれば無能力であるかまたは行為能力を制限せられていても、内国法によれば能力者たるべきときは、これを能力者とみなす。この規定は親族法および相続法の領域に属する法律行為に付てはこれを適用しない。

第8条 死亡宣告に関する内国法の規定はドイツ人のみに適用されるものとする。

この手続に付ては内国裁判所が専属的に管轄する。

第9条 法律行為に付いて遵守すべき方式はその行為のしたがう法律によってこれを定める。行為地の法律によった方式は前項の規定にかかわらず、これを有効とする。

第10条 物権関係は物の所在地の法律による。

動産物権の得喪はその得喪の原因たる事実の完成した当時における目的物の所在地法による。

取得時効が開始したときは、動産に付てはその開始の当時その物の存在した地の法律が時効の完成および効果に付ても適用せられるべきものとする。

* これは、Niemeyer, *Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen BGB*, (1915) S. 4 以下に掲載されたドイツ文によってした編者自身の拙訳である。

第9条後段の規定は物権の設定、移転または消滅を目的とする法律行為にはこれを適用しない。

第11条 債権契約による債権は、契約当事者が同一の原因に基き当然他の法律の適用を予想したとすべき事情がないかぎり、契約締結の当時債務者がその住所を有した地の法律による。

契約締結者双方がともに債務者なるときは、各当事者は自己の債務は相手方の義務の準拠法によるべきことを請求することができる。

第12条 契約類似の事実または直接法律に基く債権関係によって生ずる債権は、その債権関係の原因たる事実の発生当時債務者がその住所、若しくは住所がないときは、その居所を有した地の法律による。

債権が継続関係（財産共通制、後見事務の管理等）に基くときは、その関係の存する地の法律による。

第13条 不法行為によって生ずる債権は不法行為のなされた地の法律による。外国法によってなされた私罰は内国法がこれを不法行為の効果とみとめるときにかぎり、かつ、その限度においてのみこれを承認する。

第14条 債権譲渡はその債権を定める法律による。

第15条 債権者を害する債務者の法的行為の取消は債務者が行為当時その住所、若しくは住所がないときは、その居所を有した地の法律による。

第16条 婚姻締結の要件は当事者の各に付きその属する国の法律による。

婚姻の締結につき遵守すべき方式は婚姻挙行地の法律による。

第17条 夫婦相互間の身分関係は夫の属する国の法律による。

第18条 婚姻の解消はこれを目的とする訴提起の当時夫の属する国の法律による。

夫が他国に属していた間に生じた事実はその国の法律によるもまた解消の原因であるときにかぎり、これを解消原因として主張することができる。

第19条 夫婦財産制は婚姻締結の当時夫の属する国の法律によってこれを定める。

国籍の変更は夫婦財産制変更の効果を生ぜしめない。また婚姻解消の場合、財産関係に基き配偶者の一方に帰属する他の配偶者の財産上若しくは共通財産

上の権利変更の効果を生ぜしめることもないものとする。

夫婦間の贈与の許否または撤回に付ては、贈与の当時夫の属した国の法律による。

第20条 内国に住所を有する外国人は、内国人が法定夫婦財産制と異なる財産関係を第3者に対し主張することを許される条件のもとにおいてのみ、その財産関係の準拠法たる外国法を第3者に対して主張することができる。

第21条 子の嫡出なるか否かは子の出生当時母の夫の属した国の法律、また夫死亡の場合にはその最後に属した国の法律による。

第22条 準正および養子縁組の要件は当事者の各に付きその属する国の法律による。

嫡出宣言による準正および養子縁組の方式は準正をなす者または養親の属する国の法律による。

第23条 親子間の身分関係並びに子の財産について父母に帰属する権利は父母がその時々属する国の法律による。この権利は、国籍の変更とともに、子のすでに所持する財産に付てもまた変更するものとする。

第24条 ドイツ人の外国への国籍変更にもかかわらず、その者の妻子がドイツの国家結合内にとどまるときは、前数条の規定にしたがい準拠せられるべき外国法はその妻子に有利な場合にかぎり、妻子に適用せられるものとする。

第25条 婚姻外の同衾から生ずる請求権は子の出生の当時母の属する国の法律による。

ドイツ人はドイツ法により義務づけられるより多くの義務を負わされないものとする。

第26条 後見の開始および終了の要件は被後見人の属する法律による。

外国人は年令その他の事情によりドイツ法によるもまた後見に附せられるべきときにかぎり、内国において後見に附せられるものとする。

第27条 後見人の選任および後見事務の執行は後見官庁の属する国の法律による。

後見による管理は、物の所在地法が反対しないかぎり、被後見人の外国にある財産にもおよび。

第28条 第26条の規定はこれを禁治産に準用する。禁治産宣告の効力は宣告

をした国の法律による。

外国裁判所のしたドイツ人の禁治産の宣告はつぎの場合には、これを承認しないものとする。

1 外国裁判所の属する国の裁判所がドイツ法によれば管轄権を有しないとき。

2 ドイツ法上禁治産を宣告する条件が存しないとき。

第29条 死者または死亡を宣告せられた者の財産の生存者への移転はこれらの者が最後に属した国の法律による。

遺言の作成および取消は、その作成または取消の当時被相続人が国民として属した国の法律による。ただし第9条後段の規定はこのかぎりでない。

相続契約はその作成当時契約上の被相続人が属する国の法律による。相続契約が遺留分権を害するか否か、およびその侵害がどんな効果を生ずるかは第1項に掲げた法律によってこれを定める。

第30条 第19条第1項、第23条前段および第29条の規定は、一般に準拠法の所属する国の領域内に存在しない子の財産、目的物が当該財産（夫婦の一方の財産、相続財産）に属し、かつ、この物がその所在国法によれば包括財産から分離せられた財産物体と看做すべきものであるか、またはその他別の判断を必要とする特別の規定にしたがうものであるときは、これを適用しないものとする。その物に関してはその所在国法がこれを定める。

第31条 第7条第1項、第16条第1項、第17条、第18条、第19条第1項および第3項、第21条、第22条、第23条前段、第26条第1項および第29条の規定は、外国人の属する国の法原則によればその外国の法律ではなく、ドイツ法を適用すべきときは、これを適用しないものとする。この場合にはドイツ法が準拠せられる。

第32条 従来の国籍を喪失し、まだ他の国籍を取得しない者は準拠法が国籍によって定められる関係に付ては、その者の最後に属した国の法律による。

第33条 外国においては奴隷たるも内国またはかかる制度を認めない他国に、滞留する者はその国籍または住所の故に奴隷国の法律が準拠せられるべき関係に付ては、その者の住所の存する国の法律または奴隷国以外に住所を有しない

ときは、その滞留国の法律による。

第34条 当事者の意思により法律関係を決定し得るときは、当事者は本来準拠せられるべき法律に代えて、他の法律の適用を定めることができる。

第35条 外国法の適用が内国法の規定またはその目的により内国法上排斥せられるときは、これを適用しないものとする。

第36条 訴訟の開始が裁判上の決定のもとに置かれた法律関係におよぼす効果は、それが訴訟上の性質のものでないかぎり、問題となっている法律関係を定める法律による。

外国裁判所に係属している訴訟の開始の効果は、それが私法上のものであると訴訟上のものであるとを問わず、つぎの場合にはこれを承認しないものとする。

1 外国裁判所の属する国の裁判所がドイツ法によれば管轄権を有しないとき。

2 ドイツ人に対し訴訟が提起せられ、しかもその者が応訴しなかった場合において、訴訟開始に必要な呼出または命令が直接に受訴裁判所の国において、また司法共助の許与によりドイツ国においてもそのドイツ人に送達せられなかったとき。

第37条 判決の効果は受訴裁判所の属する国の法律によりてこれを定める。

外国裁判所の判決はつぎの場合にはこれを承認しないものとする。

1 判決が外国裁判所に行われる法律により未だ既判力を取得するに至っていないとき。

2 外国裁判所の属する国の裁判所がドイツ法によれば、管轄権を有しないとき。

3 判決がドイツ法によれば強制し得ない行為をなすこと、またはドイツ法が被告の挙動の効果と認めない私罰の支払を命ずるとき。

4 当事者の一方がドイツ人なる場合に、第7条第1項、第16条、第18条、第21条、第22条および第24条の原則に反して、そのドイツ人に不利益を与えたとき。

5 被告がドイツ人であってしかも応訴しなかった場合において、訴訟開始の呼出または命令が受訴裁判所の国においてもまた司法共助の許可によりドイ

ツ国においても被告たるドイツ人に送達せられなかったとき。

外国裁判所の判決はドイツ法上判決に附せられるより大きな効果を有することはない。

第38条 当事者が訴訟の進行中に準拠外国法が内国法とは異なるものであることを証明しない場合において、裁判所に外国法が知れないときは、裁判所は判決の言渡に当り、外国法は内国法と一致するものであることから出発しなければならない。

職権を以て外国法規を探索すべき裁判所の権限（民事訴訟法第265条）は、この規定によって妨げられないものとする。

第39条 ドイツ国の国民がある国において法上その国の国民よりも劣等な待遇を受けるときは、ライヒ宰相は連邦参議院の賛成を経て、その国の国民およびその者の権利承継者に対し報復権を行使すべきことを命ずることができる。

第40条 つぎの規定は民事訴訟法第661条に代わるものとする。

つぎの場合には、執行判決を言渡すことはできない。

- 1 本法第37条により外国裁判所の判決が承認されないとき。
- 2 相互の保証がないとき。

5. 1881年 ゲーブハルト第2草案[※]

第5条 権利能力は問題となっている法律関係を定める法律による。

第6条 法人格は社団または財団が本拠を有する地の法律による。

第7条 行為能力は人の属する国の法律による。

本国法により成年に達したかまたは成年者たる地位を取得した外国人がドイツ国籍を取得したときは、ドイツ法によればこの地位を附与せられない場合でも、成年者たる地位を保有する。

外国人が内国において財産法上の生前法律行為をする場合において、その外国人が本国法によれば行為能力者でないときでも、ドイツ法によれば能力者た

※ これは、Niemeyer, Ibid. によってなした編者自身の拙訳である。

るべきときは、これを行為能力者とみなす。

第8条 (委員会案) 第6条ないし第25条の規定はすべてのドイツ人に、しかもドイツ人のみにこれを適用する。

その手続に付いては内国裁判所が専属的に管轄する。

第9条 法律行為について必要な方式はその行為の準拠法によってこれを定める。前項の規定にかかわらず、法律行為の方式は行為地法に適合するを以て足りる。

第10条 物権および物の占有は目的物の所在地法による。

動産物権の得喪はその得喪の原因たる事実の完成した当時における目的物の所在地法による。取得時効が開始した後物が他の法域に移されたときは、時効開始の当時その物の存在した地の法律が時効の完成および効果に付き準拠せられるべきものとする。

第9条後段の規定は物権を設定、移転または消滅させる法律行為にはこれを適用しない。

第11条 生前行為を原因とする債務関係は債務者がその行為をした当時その住所、また住所のないときは、その居所を有した地の法律による。契約において当事者が他地の法律の適用を予想したとすべき事情があるときは、その地の法律を適用する。

契約上当事者双方に義務が生じ、しかもその義務につき異なる地の法律が適用せられるべきときは、各当事者は自己の義務を相手方の義務の準拠法によって定むべきことを請求することができる。

第12条 不法行為によって生ずる債権関係は不法行為のなされた地の法律による。

外国法適用の際生ずる私罰はこれを承認することはできない。

第13条 その他原因より生ずる債権関係は、死因処分に基く債権関係に付いては第29条の規定により、その他の債権関係についてはその特別の性質によって別段の結果を生じないかぎり、債権関係の原因たる事実の完成した当時債務者がその住所、住所のないときはその居所を有した地の法律による。

第14条 債権譲渡はその債権に適用される法律による。

第15条 削除

第16条 婚姻の締結は当事者の各に付きその属する国の法律による。

婚姻締結の方式は婚姻挙行地の法律による。

第17条 夫婦相互間の身分関係は夫の属する国の法律による。

第18条 離婚および別居はその訴訟提起の当時夫の属する国の法律による。夫が他国に属していた間に発生した事実はその国の法律によるも離婚または別居の原因たるときでなければ、これを離婚または別居原因として主張することはできない。

(委員会案) 第1405条第3項第1段の規定は外国人に付てもこれを適用する。

第19条 夫婦財産制は婚姻締結の当時夫の属する国の法律によってこれを定める。この法律は国籍の変更の場合にもひきつづき準拠せられる。

夫婦間の贈与の許否または撤回は贈与の当時夫の属する国の法律による。

第20条 外国人たる夫婦または婚姻の締結後ドイツ国籍を取得した夫婦が内国に住所を有するときは、外国の法定財産関係がドイツの法定財産関係と異なる契約財産関係と同視せられる割合に依り(委員会案)、第1308条および第1309条の規定を準用する。外国の財産制が第3者に対して有効であるためには、この財産制が存在するという意味の登記を婚姻法登記簿にすれば足りる。

第1項に掲げる夫婦については、現存の財産制に関係なく、第1251条、第1255条および第1279条の規定(委員会案)を準用する。

第21条 人の嫡出なるか否かは出生当時その者の母の夫の属した国または出生前に夫が死亡したときはその最後に属した国の法律による。

第22条 非嫡出子の準正は父については父の属する国の法律、また子については子の属する国の法律による。

嫡出宣告は父の属する国の管轄に属するものとする。当事者の意思表示のため必要な方式もまたこの法律による。第9条後段の規定はこれを適用しない。

準正の効果は準正の当時父の属する国の法律による。

第1項ないし第3項の規定はこれを養子縁組に準用する。

第23条 父母と嫡出子との間の法律関係は父の属する国の法律による。父が死亡したときは母の属する国の法律による。親が国籍を変更したときは、子の

すでに有する財産についても親の本国法が準拠せられる。

第24条 ドイツ人の外国への国籍変更にもかかわらず、その者の妻子がドイツの国家結合内にとどまるときは、第17条、第18条第1項、第21条および第23条の規定にしたがい、その妻子につき準拠せられるべきその者の本国法はその妻子に有利な場合にかぎり、妻子に適用せられるものとする。

第25条 非嫡出子とその母との間の法律関係は子の出生の当時母の属する国の法律による。

婚外父の扶養義務は子の出生の当時その婚外父が住所、住所のないときは居所を有した地の法律による。前段の規定にかかわらず、婚外父が子の出生前に住所または居所を変更したときは、旧住所または旧居所の法律は子および婚外母に有利な限度においてなお準拠せられる。

第26条 人の後見設定の要件はその者の属する国の法律による。

外国人はドイツ法によるもまた後見に附し得べき場合にかぎり、内国において後見に附せられるものとする。

第27条 後見の開始および後見事務の執行、後見官庁の保護および監督、後見人と被後見人との間の義務は後見官庁の属する国の法律による。

被後見人の財産を保護すべき後見人の権利義務は物の所在地法が反対しないかぎり、被後見人の外国にある財産にもおよぶ。

第27条 a, 第26条および第27条の規定はこれを保佐に準用する。

第28条 第26条の規定はこれを禁治産および禁治産の取消に準用する。禁治産の効力は宣告をした国の法律による。

外国裁判所のしたドイツ人の禁治産の宣告はつぎの場合には、これを承認しないものとする。

1 外国裁判所の属する国の裁所所がドイツ法によれば管轄権を有しないとき。

2 ドイツ法上禁治産を宣告する条件が存しないとき。

第2項の規定はこれをドイツ人に対し外国裁判所のした禁治産の取消に準用する。

第29条 相続および相続人の法律上の地位は被相続人の最後に属した国の法

律による。

死因処分の作成または取消はその作成または取消の当時被相続人の属した国の法律による。第9条後段の規定はその適用を妨げない。

第30条 第19条第1項前段、第23条前段並びに後段、および第29条第1項の規定は、一般に準拠法の所属する国の領域内に存在しない目的物が当該財産（夫婦の一方の財産、子の財産、相続財産）に属し、かつその物がその所在国法によれば包括財産から分離せられた財産物体と看做すべきものであるかまたはその他別の判断を必要とする特別の規定にしたがうものであるときは、これを適用しないものとする。その物に関してはその所在国法がこれを定める。

第31条 第7条第1項、第16条第1項、第17条、第18条第1項、第19条第1項前段および第2項、第21条、第22条、第23条前段および後段、第26条第1項および第29条の規定は、外国人の属する国の法律によればその外国の法律ではなくドイツ法を適用すべきときは、これを適用しないものとする。この場合にはドイツ法が準拠せられる。

第32条 従来の国籍を喪失し、まだ他の国籍を取得しない者は準拠法が国籍によって定められる関係に付ては、その者が最後に属した国の法律による。

第33条 外国において奴隷たるも内国にまたは他の奴隷を認めない国に滞在する者はその国籍または住所の故に奴隷国の法律が準拠せられるべき関係に付ては、その者の住所の存する国の法律または奴隷国以外に住所を有しないときは、その滞留国の法律による。

第34条 ドイツ法によって判断せられるべき法律関係の内容が当事者の意思により決定し得られるときは、その内容はもはや行われていない法律かまたは外国法を採用することによってもまたこれを定めることができる。

第35条 外国法はその適用が善良の風俗または公の秩序に反するときは、これを適用しないものとする。

第36条 訴訟の開始が裁判上の決定のもとに置かれた法律関係におよぼす効果は、それが民法に属するものであるかぎり、問題となっている法律関係を定める法律による。

外国の裁判所に係属している訴訟の開始の効果は、それが民法に属すると訴

訴訟に属するとを問わず、つぎの場合にはこれを承認しないものとする。

1 外国裁判所の属する国の裁判所がドイツ法によれば管轄権を有しないとき。

2 ドイツ人に対して訴訟が提起せられ、しかもその者が応訴しなかった場合において、訴訟開始に必要な呼出または命令が受訴裁判所の国において直接に、またドイツの司法共助の許与によりてもドイツ人に送達せられなかったとき。

第37条 判決の効果は受訴裁判所の属する国の法律によりてこれを定める。

外国裁判所の判決はつぎの場合にはこれを承認しないものとする。

1 判決が外国裁判所に行われる法律によればまだ既判力を取得するに至っていないとき。

2 外国裁判所の属する国の裁判所がドイツ法によれば、管轄権を有しないとき。

3 敗訴の被告がドイツ人であって、しかも応訴しなかった場合において、訴訟開始の呼出または命令が直接に受訴裁判所の国においてもまたドイツの司法共助の附与によりてもドイツ人に送達せられなかったとき。

4 判決の承認が善良の風俗または公の秩序に反するとき、若しくは判決が私罰の宣告を含むとき。

5 判決の言渡に当り第7条第1項、第16条、第18条第1項、第21条、第22条、第24条の規定に反し、ドイツ人たる当事者に対し不利益を与えたとき。

外国裁判所に行われる法律により外国判決に与えられる効果がドイツ法によりドイツ裁判所の判決に与えられる効果よりも大きいときは、その超過部分に付ては外国判決の効力を認めない。

第38条 当事者が訴訟進行中に準拠外国法がドイツ法とは異なるものであることを証明しない場合において、裁判所に外国法が知れないときは、裁判所は判決の言渡に当り、外国法は内国法と一致するものであることから出発しなければならない。

職権を以て外国法規を探索すべき裁判所の権限（民事訴訟法第265条）はこの規定によりて妨げられないものとする。

第39条 ドイツ国の国民がある国において法上その国の国民よりも劣等な待遇を受けるときは、ライヒ宰相は連邦参議院の賛成を経て、その国の国民およびその者の権利承継者に対し報復権を行使すべきことを命ずることができる。

第40条 削除

6. 1882年 ローラン案 (ベルギー民法改正予備草案)[※]

第11条 人の身分および能力に関する法律はベルギー人がどこにいてもこれを支配する。

身分および能力に関する外国法はベルギーに在る外国人がベルギー国籍を取得するまではこれを支配する。

第12条 親族関係およびこれより生ずる権利は人の属する法律による。

法定または任意相続は死者の属人法による。

第13条 動産および不動産はその所有者の本国法による。

第14条 外国において締結した契約は当事者がそれによることを欲した法律による。明示の表示がないときは、裁判官は場合の事情より当事者の意思を探索すべきものとする。

当事者がベルギーにおいて公正証書を作成するときは、公証人は当事者に本条の規定を知らせなければならない。

規定がないときは、裁判官は当事者が同一国籍を有するときはその属人法を、また当事者が別異の国家に属するときはその契約地法を適用すべきものとする。

第15条 外国人がベルギーにおいて契約しようとするときは、その者はその属人法を、また場合によってはその無能力を申述しなければならない。この申述をしなかったときは、取引の相手方はその善意なるときは、ベルギー法の適用を要求することができる。

※ 久保岩太郎『国際私法概論』22頁に掲載の邦訳について、Neumannにより編者の手で多少加筆したものの。

当事者がベルギーにおいて契約の公正証書を作成するときは、公証人はその責任を以て当事者が外国人であるか否かおよびその属人法は何であるかを申述すべき旨を請求しなければならない。

第16条 生前の一方的処分または死因処分は反対の意思を表示しないかぎり、処分者の本国法による。

第17条 準契約は当事者が同一国籍を有するときはその属人法により、当事者が別異の国に属するときは、準契約のなされた地の法律による。

法律の規定のみによって生ずる債務はその保護のために法定管理人の選任せられる者の属人法による。

不法行為および準不法行為はその事実の生じた国の法律による。

第18条 属人法は人の国籍によってこれを定める。

2個の国籍のうち1つがベルギー法律によって認められたものであるときは、その者が選択をしなかったときにかぎり、ベルギー法を以て属人法とする。

無国籍者の属人法はその住所により、住所を有しないときはその居所によってこれを定める。

属人法はその属する国籍の喪失と共にこれを喪失する。

国籍の変更は将来に付いてのみ属人法を変更し、遡及効を有しないものとする。

第3節 証書の方式に関する法律の効力

第19条 公正証書および私署証書の外部方式は証書作成国の法律による。

第20条 これらの方式は当事者の国籍の如何を問わず義務的とする。しかし1人または同一国籍を有する数人により作成せられた私署証書に関しては、当事者はその本国法の定める方式にしたがうことができる。この規定は当事者の本国法が自筆方式における証書の作成を禁止しまたはその定める条件のもとにおいてのみ証書を許容するときはこのかぎりでない。

第21条 要式の契約または行為に関しては、その方式はその契約または行為を支配する法律による。

外国において証書を作成するときは、公正証書または私署証書の外部方式はその地の法律による。

第22条 外国において作成した証書は物権の移転行為に関するときは財産所在地の裁判所長が認印し、また債権に関するときは当事者の住所地または居所地の裁判長が認印した上でないとベルギーにおいて効力を生ずることを得ない。

所長は証書がその作成地の法律の定めた方式において作成せられたか否かを審査することを要する。

所長の決定に対する抗告は緊急事件の審理のため定められた控訴院に対する申請によってこれをする。

第23条 身分および能力に関する方式は人の本国法による。

第24条 所有権または人的若しくは物的権利の移転に付き第三者のために定めた方式は属地法による。

第25条 訴訟の方式は訴訟の提起された国の法律により、執行の方式は行為または判決の執行せられる地の法律による。

証拠方法は事実の発生した国の法律による。

第4節 社会の秩序に関する法律

第26条 社会の権利に関する法律は契約の場所、当事者の国籍または財産の性質の如何を問わず、これを適用する。

この規則が適用されるのはつぎの法律である。

1. 公法および刑法に関する法律。
2. 善良なる風俗に関する法律。
3. 相続に関する政策的特権を廃止する法律。
4. 時効を定める法律 取得時効は財産の所在地法により、消滅時効は債務の契約された地の法律による。

7. 明治23年（1890年）[※] 日本民法草案

第2 内外法律の抵触

※ 熊野敏三起稿『民法草案人事編理由書』上巻9頁以下に掲載されているものを転載した。（ただし原文は片仮名）この書は、もと山口弘一博士の蔵書であったものを久保岩太郎博士が譲り受けられたものときいている。

第7条 人の身分及び能力は其本國法を以て之を支配す

親族の關係及び其關係より生ずる權利義務に付ても亦同じ（伊第6条）

第8条 動産は其所有者の本國法に服従す

不動産は其所在地の法律に服従す 但し私益のみに關する法律は此例に在らず 然れども相続は財産の性質と其所在地とを問はず死者の本國法を以て之を規定す

第9条 外國に於て爲したる合意に係るときは結約者の明瞭又は暗黙なる意見に従ひ之に適用すべき法律を定む可し

若し結約者の意思分明ならざる場合に於ては其同國人なるときは本國法を適用し又其同國人に非ざるときは合意を爲したる國の法律を適用す可し

結約者帝國に於て其合意の公正証書を作るときは公証人は其結約者に本條の規則を示す可し（伊第九條）

第10条 外國人帝國に於て合意を爲すときは其本國法に従ひ能力者たるや又は無能力者たるやを申述す可し若し此申述を爲さざるときは其外國人と結約する者善意なるに於ては能力に關する帝國法律の適用を求むることを得。

外國人公正証書を作るときは公証人は其能力に關する本國法を申述せしむ可し若し之に違ふときは其責に任す

第11条 生存者間に於けると死亡に原因するとを問はず一方の意思のみに由る処置は之を爲す者の本國法に服従す但し反對の意思あるときは此例に在らず

第12条 不当の利得は当事者同國人なるときは其本國法を以て之を支配し又其同國人に非ざるときは其原由の生じたる國の法律を以て之を支配す

法律上の管理より生ずる義務は管理人を付せられたる者の本國法を以て之を支配す

不正の損害は有意なると無意なるとを問はず其事實の生じたる國の法律を以て之を支配す

第13条 本國法を適用すべき諸般の場合に於て何れの國民分限をも有せざる者は住所又其住所知れざるときは其居所の法律に服従す又日本人と外國人との分限を有する者は帝國の法律に服従す

第14条 公正証書及び私証書の法式は之を作る國の法律に従ふ

此法式は当事者の国民分限の如何を問はず之を遵守せざる可からず但し1個人又は同国人なる数人の作る私証書に係るときは其本国法に従ふも自由なりとす（伊第9条）

第15条 有式の契約若しくは行為と雖も之を為す国の法式に従ふときは法式上有効とす但し故意を以て帝国の法律を脱したるときは此例に在らず

第16条 外国に於て作りたる証書は不動産物上権を移転する行為に係るときは其不動産所在地の地方裁判所長又其他の行為に係るときは当事者の住所又は居所の地方裁判所長其証書に認印したる上に非らざれば帝国に於て効力を有することを得ず

所長は其証書の法式は之を作りたる国の法律に適ふや否やを検査す可し

所長の決定に対する抗告は控訴院長に之を為す可し

第17条 人の身分及び能力に関する法式は其人の本国法を以て之を支配す

第18条 第三者の利益の爲めに設定する公示の法式は不動産に係るときは其所在地又其他の場合に於ては其原由の生じたる国の法律を以て之を支配す

第19条 訴訟手続は其訴訟を為す国の法律に従ふ

証拠の方法は身分、物上権又は対人権に係るを問はず其行為の生じたる国の法律に従ふ。

裁判及び契約の執行方法は其執行を為す国の法律に従ふ

第20条 前数条の条例に拘らず社会の権利に関するときは行為の地当事者の国民分限及び財産の性質如何なるを問わず帝国の法律を適用す可し

此規則は就中左の法律に適用す

1. 公法及び刑法に係る法律
2. 保安に係る法律
3. 善良の風俗に係る法律
4. 時効に関する法律但し獲得時効は財産所在の国の法律に従ひ免責時効は義務を生じたる国の法律に従ふ

なお後述の旧法例第15条及至第17条に該当する条文はつぎの通りである。

第32条 公けの秩序又は善良の風俗に関する法律に抵触し又は其適用を免れ

んとする合意若くは処置は不成立とす（仏第6条）

第33条 身分又は能力を規定する法律を免かるる合意又は処置は無効とす。

第34条 判事は法律の不明不備又は欠缺を口実として裁判を拒絶することを得ず〔若し此規則に違ふときは裁判拒絶の刑に処す〕

8. 明治23年（1890年）日本法例[※]

第3条 人の身分及び能力は其本国法に従ふ。

親属の關係及び其關係より生ずる権利義務に付ても亦同じ。

第4条 動産不動産は其所在地の法律に従う。然れども相続及び遺贈に付ては被相続人及び遺贈者の本国法に従ふ。

第5条 外国に於て為したる合意に付ては当事者の明示又は黙示の意思に従ひて何れの国の法律を適用す可きやを定む。

当事者の意思分明ならざる場合に於ては同国人なるときは其本国法を適用し又同国人に非らざるときは事実上合意に最大の關係を有する地の法律を適用す。

第6条 外国人が日本に於て日本人と合意を為すときは外国人の能力に付ては其本国法と日本法との中にて合意の成立に最も有益なる法律を適用す。

第7条 不当の利得不正の損害及び法律上の管理は其原因の生じたる地の法律に従ふ。

第8条 本国法を適す可き諸般の場合に於て何れの国民分限をも有せざる者又は地方に依り法律を異にする国の人民は其住所の法律に従ふ。若し住所知れざるときは其居所の法律に従ふ。

日本人と外国人の分限を有する者は日本法律に従ひ又二個以上の外国国民分限を有する者は最後に之を取得したる国の法律に従ふ。

第9条 公正証書及び私署証書の方式は之を作る国の法律に従ふ但一人又は同国人なる数人の作る私署証書に付ては其本国法に従ふことを得。

第10条 要式の合意又は行為と雖も之を為す国の方式に従ふときは方式上有

※ 原文は片仮名で句読点はない。句読点は編者が附した。

効とす但故意を以て日本法律を脱したるときは其限に在らず。

第11条 外国に於て其国の方式に依りて作りたる証書は不動産物権を移転する行為に係るときは其不動産所在地の地方裁判所長又他の行為に係るときは当事者の住所又は居所の地方裁判所其証書の適法なることを検認したる上に非ざれば日本に於て其効用を致さしむることを得ず。

第12条 第三者の利益の爲めに設定する公示の方式は不動産に係るときは其所在地の法律他の場合に於ては其原因の生じたる国の法律に従ふ。

第13条 訴訟手続は其訴訟を爲す国の法律に従ふ。

裁判及び合意の執行方法は其執行を爲す国の法律に従ふ。

第14条 刑罰法其他公法の事項に関し及び公の秩序又は善良の風俗に関するときは行為の地当事者の国民分限及び財産の性質の如何を問はず日本法律を適用す。

第15条 公の秩序又は善良の風俗に関する法律に抵触し又は其適用を免かれんとする合意又は行為は不成立とす。

第16条 身分又は能力を規定する法律を免かるる合意又は行為は無効とす。

第17条 判事は法律に不明不備又は欠点あるを口実として裁判を爲すを拒絶することを得ず。

9. 1891年 居民および居留民の民事的法律 関係に関するスイス連邦法^{*}

第1章 スイスにおけるスイス人たる居民および 居留民の民事的法律関係

A 一 般 規 定

第1条 人事法・親族法または相続法に関する州民法の規定は、次条以下の

* 神戸法学雑誌 8 卷 4 号 (1959年) 639頁以下に掲載の拙訳を転載した。

規定に従い、その領域に居住する他州の住民および居留民にこれを適用する。

第2条 この法律が明示に民籍地の裁判管轄を留保していないときは、住民および居留民は第1条に定める民事的法律関係に関してはその住所地の裁判管轄に服する。

裁判官は職権によって他州の民法を適用しなければならない。ただし地方制定法および慣習法の証明に関する州の規定はこのかぎりでない。

第3条 (民法典〔第23条第26条〕により廃止)

第4条 (民法典〔第23条第26条〕により廃止)

第5条 スイス人が2個以上の州の市民権を有するときは、その者が最後の住所を有した民籍州をこの法律の意味での民籍地とみなす、もしその者がいずれの民籍州にも住所を有したことがないときは、その者またはその尊属が最後に市民権を取得した州を民籍地とみなす。

第6条 1州の領域部分に同一の法律が行なわれていないときは、住民および居留民の住所の存する州域部分の法律をその者の住所地法とみなし、その者が市民として属する市町村に行なわれる法律を民籍地法とみなす。同一の法律が行なわれていない州内に複数の市民権を有する者については第5条の規定を類推適用する。

B 人事法および親族法関係

I 行 為 能 力

第7条 婚姻の継続中妻の行為能力はその住所地法によってこれを定める。親権者または後見人に対する未成年者の権利は親権又は後見の準拠法によってこれを定める。

成年宣告は親権または後見につき準拠せられる法律ならびに裁判管轄に服する。遺言能力は最後の意思を表示した当時における住所地法による。

第7条の a 国籍または住所を証明することができないときは、その者はスイス法に服する。

第7条の b 無能力の外国人がスイスにおいて法律行為をした場合において、

その外国人がスイス法によれば行為当時能力者たるべきときは、無能力を主張することはできない。

前項の規定は親族法または相続法上の法律行為および外国に在る不動産を処分する法律行為についてはこれを適用しない。

第7条のc 婚姻の成立要件は、配偶者たるべき者の一方または双方が外国人であるときは、各当事者につきその本国法による。

スイスにおいて挙行する婚姻の方式はスイス法による。

第7条のd 外国に居住するスイス人は、スイスにおいて婚姻することができる。

そのスイス人は民籍地の身分吏に公示の申請をしなければならない。

第7条のe スイスに居住する外国人がスイスにおいて婚姻しようとするときは、その住所地地の政府から婚姻締結の許可を得た後、住所地の身分吏に対し公示をなすべきことを申請しなければならない。

前項の許可は、本国の官庁がその所属民の婚姻並びにその一切の効力を承認する旨宣言したときは、これを拒むことはできない。ただしこの宣言がない場合においても許可を与えることは妨げない。

スイスに住所を有しない外国人の婚姻はこれをなすべき州の政府の許可を得てこれを行うことができる。ただしその婚姻並びにその一切の効力がその本国において承認せられるべきことが本国の官庁の宣言またはその他の方法によって証明されたときにかぎる。

第7条のf 外国においてその国に行われる法律に従ってなされた婚姻は、スイスにおいても、有効とみとめる。ただし当事者が明らかにスイス法の定める無効原因を回避する意図をもって外国で婚姻したときはこのかぎりでない。

外国においてなされ、その地の法律に従い無効な婚姻は、スイス法によるもまた無効であるときにかぎり、スイスにおいて無効を宣言することができる。

第7条のg 外国に居住するスイス人たる夫婦は民籍地の裁判所に離婚の訴を提起することができるものとする。

前項の場合、離婚はもっぱらスイス法による。

外国に居住するスイス人たる夫婦の離婚がその地の法律に従い管轄権をもつ

裁判所により宣言せられたときは、スイス法によれば離婚原因を欠くときといえども、なおスイスにおいてはこれを承認するものとする。

第7条の h スイスに居住する外国人たる夫婦の一方が、その本国の法律または判例がその主張する離婚原因を許容しかつスイスの裁判管轄を承認することを証明したときは、その者はその住所地の裁判所に離婚の訴を提起することができる。

夫婦の双方が現在の法律とは異なる別の法律に服していた当時に発生した離婚原因は、その発生当時これを支配した法律によってもまた離婚原因と認められるのでなければこれを主張することはできない。

離婚の要件を具備する場合において、外国人たる夫婦の離婚はその他の点ではスイス法による。

第7条の i スイスにある外国人または外国にあるスイス人に関する訴並びに判決は、適用される法律の認めるところに従い、離婚または別居に関することができる。

別居または外国法上これに準ずる婚姻共同生活の廃止は離婚と同一の法律による。

Ⅱ 親 族 的 身 分

第8条 人の親族的身分，ことに嫡出または非嫡出の問題，非嫡出子の任意認知または裁判上の言渡の効力の問題，養子縁組（養子関係）の問題は国籍地法によりかつ国籍地の裁判管轄に服する。前項の場合においては，夫，父または養親の国籍州を国籍地とみなす。

Ⅲ 親 権

第9条 親権は住所地の法律によってこれを定める。

親族間の扶養義務は扶養義務者の国籍地法によってこれを定める。

Ⅳ 後 見

第10条 後見については第12条乃至第15条の規定を留保して，もっぱら，後

見のもとにおかれるべき者または既に後見を設定された者の住所地の法律を適用する。

第11条 この法律において後見法は被後見人の一身上の監護に関する規定並びに財産管理に関する規定を含む。

第12条 住所地の後見官庁は後見の開始および廃止、並びに被後見人の住所の変更を民籍州の後見官庁に通知しなければならない。また、要求あるときは後見に関する一切の問題についてこれに開示を与えなければならない。

第13条 連邦憲法第49条第3項の規定に従い、後見に附せられた未成年者の宗教教育について処分をなすべきときは、住所地の後見官庁はこの点につき民籍地の後見官庁の指示を求めかつこれに従わなければならない。

第14条 民籍州の管轄官庁は民籍州外に住所を有する自州市民の後見を、住所地州の管轄官庁に申し出ることができる。住所地の法律によれば後見の理由があると認められるときは、この申出に従わなければならない。

第15条 住所地官庁が被後見人の身分上若しくは財産上の利益または民籍市町村の利益を害またはこれを適当に保護することができない場合、または住所地官庁が子の宗教教育に関して民籍地官庁の指示に従わない場合には、民籍地官庁はその後見を自己に委ねるべきことを要求することができる。

第16条 第14条および第15条に定める民籍地官庁の申出および要求につき争あるときは、国家裁判所たる連邦裁判所は民籍地官庁の訴により終審裁判所としてこれを決定する。緊急の場合には連邦裁判所長官は侵害のおそれのある利益を保護するため予防処置をなすものとする。

第17条 後見官庁が被後見人の住所の変更を認可するときは、後見事務遂行の権利義務は新住所地の官庁に移る。被後見人の財産はこれを新住所地の官庁に交付するものとする。

第18条 住所地州並びに民籍州において同時に後見事務を遂行することは許されない。

V 夫 婦 財 産 法

第19条 夫婦の財産関係は、夫婦が後にその住所を民籍州に移した場合にお

いても、婚姻の全期間にわたり最初の婚姻住所地の法律によってこれを定める。ただし第20条の規定はこのかぎりでない。疑わしいときは婚姻締結当時における夫の住所を最初の婚姻住所とみなす。

第三者に対する夫婦の財産関係は現在の婚姻住所地の法律による。この法律は特に夫の破産または夫に対してなされた差押の場合における夫の債権者に対する妻の法律上の地位を定める。

第20条 夫婦がその住所を変更したときは、その夫婦は新住所地の管轄官庁の認可を得て、その共同の意思表示を管轄官庁に届け出ることにより（第36条b）、その法律関係を新住所地の法律に服させることができる。その意思表示はその財産関係開始のときにさかのぼってその効力を生ずる。

第21条 第三者が婚姻住所地において特別の法律行為によって取得した権利は、夫婦の住所の変更によって影響を受けないものとする。

C 相 続 法

第22条 相続は被相続人の最後の住所地法による。前項の規定にかかわらず、何人もその遺産相続を終意処分または相続契約によりその民籍州の法律に服させることができる。

第23条 相続はつねに財産の全体につき被相続人の最後の住所において開始するものとする。

第24条 終意処分、相続契約または死因贈与が行為地の法律または被相続人の行為当時若しくは死亡当時におけるその住所地州の法律または被相続人の民籍州の法律に従ったときは、その方式に関してはこれを有効なものとする。

第25条 相続契約が婚約者の間に締結されたときは、その内容は最初の婚姻住所地法による。その他の場合にはすべて契約締結の当時における被相続人の住所地法による。ただし前段の規定は法定相続権に関する相続準拠法（第22条）の規定の適用を妨げるものではない。

第26条 配偶者の一方の死亡によって発生する相続関係（訳者註、生存配偶者の相続関係を意味する）は、親族法に関連するも、相続の準拠法（第22条）による。この相続関係は生存配偶者のその後の住所の変更によって変更しないものとする。

る。

第27条 生前または死因贈与のなされた場合における遺留分権は贈与者の遺産相続の準拠法（第22条）による。

第2章 外国にあるスイス人の民事法関係

第28条 条約に特別の定めがないかぎり、外国に住所を有するスイス人の人事、親族または相続関係は次の規定に従う。

1 外国に住所を有するスイス人が外国の法律に従い外国法に服する場合においても、スイスに在るその者の不動産についてはその外国法を適用せず、民籍州の法律を適用する。またこの不動産に関しては民籍州が裁判管轄権を行使するものとする。

2 外国に住所を有するスイス人が外国の法律に従い外国法に服しない場合においては、そのスイス人は民籍州の法律および裁判管轄に服するものとする。

第29条 後見に附せられたスイス人がスイスを去った場合においても、後見の原因が存在するかぎり、従前の後見官庁は引続き後見の事務を行なう。

第15条により民籍地の後見官庁に与えられた権限もまたその効力を失わないものとする。

第30条 海外移住者または在住者につき後見を設定する必要があるときは、民籍州の官庁がこれを管轄する。

第31条 最初の婚姻住所を外国に有するスイス人たる夫婦の財産関係は、これにつき外国法が適用されないかぎり、民籍州の法律による。

スイスにおいてスイス人たる夫婦の間に設定された財産関係は婚姻住所を外国に移すことによって変更しないものとする。ただしその外国法がその存続に反対するときはこのかぎりでない。

スイス人たる夫婦は、その住所を外国からスイスに移した場合においても、その相互間の関係に関するかぎり、従来からその外国においてその者について行われていた法律関係に引き続き服するものとする。ただしその夫婦は第20条によって与えられた権能を行使することができる。第三者に対する関係については第19条第2項の規定を適用する。

第3章 スイスにある外国人の民事的法律関係

第32条 この規定はスイスに住所を有する外国人にこれを準用する。

第33条 スイスにおいて外国人に対し設定された後見は本国管轄官庁の要求があるときは、当該外国が相互の権利を有するかぎり、これを当該官庁に引渡さなければならない。

第34条 条約の特別規定並びに1881年6月22日の行為能力に関する連邦法第10条第2項および第3項の規定はこれを留保する。

第4章 経過規定および最終規定

第35条 (対象を失った経過規定)

第36条 州は次のものを指定する。

a 第16条に定める後見に関する争訟を審理するにつき管轄する州の官庁。ただしこの官庁がこれらの争訟の審理を第1審かつ終審として連邦裁判所に属せしめているときはこのかぎりでない。

b 第22条に従ってなされた意思表示を認可するについて管轄する官庁並びにその意思表示を受理すべき官庁。

第37条 この法律の施行当時既に婚姻していた者もまた第20条によって与えられた権能を行使することができる。

第38条 (1943年12月16日の連邦の司法組織に関する連邦法〔第169条〕により廃止)

第39条 この法律の発効の時以後、これに反する一切の連邦および州の制定法の規定はこれを廃止する。次に掲げるものも同時にその効力を失う。

- 1 1822年7月15日の後見および保佐に関する協約。
- 2 1822年7月15日の遺言能力および相続法関係に関する協約。

第40条 この法律の公布およびその施行時期の決定は、連邦法および連邦決議に関する国民投票に関する1874年6月17日の連邦法の規定に基いて、これを連邦参事会に委ねる。

10. 1907年 スイス民法

第1編 人 事 法

第1章 自 然 人

第1節 人 格 の 法

A 人 格 一 般

V 民 籍 お よ び 住 所

(1 所属民籍)

第22条 人の民籍はその者の市民権によってこれを定める。

市民権は公法によってこれを定める。

人が2つ以上の地に市民権を有するときは、その所属民籍は、その者が同時に住所を有する地または最後に住所を有した地によってこれを定める、住所を有しないときは、その者またはその者の祖先が最後に市民権を取得した地によってこれを定める。

(2 住所 a 概念)

第23条 人の住所は人が常住の意思をもって滞在する地にあるものとする。

何人も同時に2以上の地に住所を有することはできない。

営業所については前2項の規定を適用しない。

(b 住所の変更または居所)

第24条 人の一旦設定した住所は新住所を取得するときまで存続するものとする。

住所の設定を証明することができないときまたは外国に設定した住所を廃止してスイスに住所を設定しなかったときは、居所をもって住所とみなす。

(c 自立していない人の住所)

第25条 夫の住所をもって妻の住所とみなし、父および母の住所をもって親権に服する子の住所とみなし、後見官庁の所在地をもって被後見人の住所とみなす。夫の住所が知れないとき、または妻が別居の権利を有するときは、妻は独立の住所を有することができるものとする。……(後略)

11. 1896年 ドイツ民法施行法[※]

第7条 人の行為能力はその者の属する国の法律によりてこれを定める。

成年の外国人または成年たる法上の地位を有する外国人がドイツの国籍を取得したときは、その外国人はドイツの法律によれば成年でないときでも、成年者たる法上の地位を保有する。

外国人が内国において法律行為をした場合においてその外国人がその法律行為に付き無能力なるかまたは行為能力を制限せられたときであっても、ドイツの法律によれば能力者たるべきときは、その法律行為についてはこれを能力者と看做す。前段の規定は親族法または相続法上の法律行為および外国にある不動産を処分する法律行為についてはこれを適用しない。

第8条 外国人が内国に住所を有しまたは住所を有しない場合において居所を有するときは、裁判所はその者に対しドイツの法律によりて禁治産の宣告をすることができる。

第9条 廃止（1939年の失踪、死亡宣告および死亡時期の確定に関する法律、いわゆる失踪法第12条により補充された。）

失踪法第12条（1） 失踪者がのこされた音信によって生存したとみとめられる最後の時期においてドイツ国民であったときは、内国においてこの法律により死亡の宣告をすることができる。

（2）失踪者が第1項により準拠せられる時期において外国人であったときはドイツ法によるべき法律関係および内国にある財産についてのみ内国においてこの法律によって死亡の宣告をすることができる。ドイツ官庁によって権利者の登記のための公簿または登記簿が管理せられている目的物およびその主張についてドイツ裁判所が管轄権を有する請求権は内国にあるものと看做される。

（3）失踪者が第1項により準拠せられる時期において外国人または無国籍者であったときは、その配偶者が内国に住所を有し、かつドイツ国民であると

※ 川上太郎 独乙国際私法（外国法典叢中（『国際私法』）295頁以下に掲載したものを口語化して転載した。

き、または内国においてドイツ民族に属する避難民若しくは被追放者とみとめられたときにかぎり、内国においてその配偶者の請求により第2項に掲げる制限によらないでこの法律によって死亡の宣告をすることができる。失踪者の妻が失踪者と婚姻するときまでドイツ国民であって、かつ、現に内国に住所を存するときもまた同じ。

(4) 失踪者がかってドイツ国民であって他の国籍を取得することなくしてドイツ国籍を失った者であるときは、ドイツ裁判所による死亡の宣告について正当の利益の存在するかぎり、内国においてこの法律によって死亡の宣告をすることができる。

第10条 外国の法律に従い権利能力を有する社団であって、民法第21条、第22条の規定により内国において権利能力を取得しうべきものは、聯邦参議院の決定により権利能力を認許せられたときは、権利能力を有するものと看做す。前段の外国社団であって認許せられないものに付ては組合に関する規定並びに民法第54条第2項の規定を適用する。

第11条 法律行為の方式はその行為の目的を形成する法律関係につき準拠すべき法律によりてこれを定める。前段の規定にかかわらず、行為地法を遵守するをもって足りる。

第1項後段の規定は物権を設定し、または処分する法律行為についてはこれを適用しない。

第12条 外国においてした不法行為に基きドイツ人に対してはドイツ法の認める権利よりも大きな権利を請求することはできない。

第13条 婚姻の締結は、婚約者の一方のみがドイツ人であるかぎり、各婚約者につきその本国法によりてこれを定める。外国人が内国において婚姻を締結するときもまた同じ。

第9条第3項の規定により死亡を宣告せられた外国人の妻については、婚姻の締結はドイツの法律による。

内国において締結する婚姻の方式はもっぱらドイツの法律によりてこれを定

※ 現在は失踪法第12条3項に当る。

める。

第14条 ドイツ人たる夫婦相互間の身分関係は夫婦が外国に住所を有するときでも、ドイツの法律によりてこれを定める。

前項の規定にかかわらず、夫がドイツ国籍を喪失し妻がこれを保有するときにはドイツの法律を適用する。

第15条 夫婦財産制は婚姻の当時夫がドイツ人であったときは、ドイツの法律による。

夫が婚姻の後ドイツ国籍を取得したまたは外国人たる夫婦が内国に住所を定めたときは、夫婦財産制は婚姻の当時における夫の本国法による。ただし夫の本国法によれば夫婦財産契約の締結が許されないときであっても、夫婦はこれを締結することができる。

第16条 外国人たる夫婦または婚姻締結後ドイツ国籍を取得した夫婦が、内国に住所を定めたときは、民法第1435条の規定を準用する。外国の法定財産制は契約財産制に等しいものとする。

民法第1357条、第1362条、第1405条の規定が外国の法律よりも第3者に有利なときは、これを適用する。

第17条 離婚は訴提起の当時における夫の本国法による。

夫が他国に属した間に生じた事実はその他国の法律によるも離婚または別居の原因たるときでなければ、これを離婚原因として主張することはできない。

訴提起の当時夫のドイツ国籍は消滅してはいるが、妻がドイツ人であるときは、ドイツの法律を適用する。

外国法並びにドイツ法上、離婚が許されるときにかぎり、内国において外国の法律に基づき離婚を宣告することができる。

第18条 子の嫡出は子の出生当時母の夫がドイツ人なるとき、または母の夫が子の出生前に死亡したる場合において最後にドイツ人であったときは、ドイツの法律によりてこれを定める。

子の母のみドイツ国籍を有し、または母が死亡したる場合においてはその死亡の当時ドイツ国籍を有し、かつ、子が嫡出否認の当時未成年なるとき、若しくは子が死亡した場合においてなお未成年であったときは、嫡出の否認にはド

イツの法律を適用する。子が親権または母の後見に服するときは、その権利保存のために必要なかぎり、子に対し保護人を附さなければならない。

第19条 父母と嫡出子との間の法律関係は父がドイツ国籍を有し、または父が死亡したときは母がドイツ国籍を有するときは、ドイツの法律によりてこれを定める。父または母のドイツ国籍が消滅していても、子のドイツ国籍が存続するときもまた同じ。

第20条 私生子とその母との間の法律関係は母がドイツ人なるときは、ドイツの法律による。母のドイツ国籍が消滅していても子のドイツ国籍が存続するときもまた同じい。

第21条 父の私生子に対する扶養義務および母に対しその懐胎、分娩並びに扶養費用を賠償する義務は子の出生当時母の属した国の法律による。ただしドイツの法律の認める請求権より多くの請求権を主張することはできない。

第22条 私生子の準正および養子縁組は父が準正の当時または養親が縁組の当時ドイツ国籍を有するときは、ドイツの法律によりてこれを定める。

子はドイツの国籍を有するも、父または養親が外国に属するときは、準正または養子縁組はドイツの法律によりて必要な子または子と親族法上の関係にある第三者の同意がないかぎり、これを無効とする。

第23条 外国人がその属する国の法律により保護を要し、または内国において禁産産の宣告を受けた場合においてその属する国がその保護の任に当たらないときは、外国人についても内国において後見または保佐を設定することができる。

後見または保佐の設定がないかぎり、ドイツの後見裁判所は仮処分をすることができる。

第24条 ドイツ人の相続はその住所が外国に在るときでも、ドイツの法律による。ドイツ人がその死亡の当時外国に住所を有したときは、相続人は遺産債務に対する責任につき被相続人の住所地法を援用することを妨げない。

死後処分をなしたまたはこれを取消した外国人がドイツ国籍を取得したときは、処分または取消の有効であるか否かは処分または取消の当時その者の属した国の法律による。その外国人はドイツの法律によりて必要な年齢に達していないときであっても、死後処分をする能力を保有する。第11条第2段の規定はその

適用を妨げない。

第25条 死亡の当時内国に住所を有した外国人の相続はその死亡の当時属した国の法律による。前段の規定にもかかわらず、ドイツ人は相続法上の請求権がドイツの法律によりてのみ発生したときであっても、これを主張することができる。ただし被相続人の属した国の法律によればその国に住所を有するドイツ人の相続についてはもっぱらドイツの法律によるべきときはこのかぎりでない。

第26条 外国において開始した遺産に属する財産がドイツ官庁の仲介により、その国の法律に従って権利を有する相続人または受遺者のために内国に到来した場合において、他の者は相続人または受遺者としてその財産につき請求の権利を有することを理由としてその引渡に反対することはできない。

第27条 第7条第1項、第13条第1項、第15条第2項、第17条第1項および第25条により準拠すべき外国法に従いドイツの法律を適用すべきときは、ドイツ法を適用する。

第28条 第15条、第19条、第24条第1項および第25条、第27条の規定はこの規定により準拠すべき法律の所属国の領土内に存在することなくかつ所在地国法に従い特別の規定に服する目的物にはこれを適用しない。

第29条 当事者の本国法によるべき場合において無国籍者の法律関係はその当事者が常住の居所を有する国または常住の居所がないときは、居所を有するか若しくは準拠すべき時にこれを有した国の法律による。

第30条 外国法の適用が善良の風俗またはドイツ法の目的に反するときはその適用を排斥する。

第31条 ライヒ宰相は聯邦参議院の同意を得て命令をもって外国並びにその所属国民およびその権利承継人に対し報復法を適用すると定めることができる。

12. 1926年ポーランド共和国国際私法[※]

I 人

第1条 1. 自然人の能力はその者の本国法による。その国籍を定めること

※ この邦訳については、本書43頁註④参照。

ができないときは、その住所地に行われる法律による。

2. 国籍の変更はすでに達した成年を喪失するの効果を生ずることはない。

3. 法人並びにすべての会社および社団の能力はその本拠に行われる法律による。

第2条 商人の営業上の取引における能力はその営業所の本拠に行われる法律による。

第3条 属人法によれば（第1条）無能力な外国人がポーランドにおいて効力を生ずべき法律行為をした場合において（第9条第1項）、その者の能力が誠実の取引の安全のために必要であるときは、その者の能力はポーランド法によってこれを定める。

（不在失踪または死亡の宣告）

第4条 1. 人の不在失踪または死亡の宣告はその者が最後に属した国の官庁および法律の管轄に属する。

2. 必要なる場合、ポーランドの官庁はポーランドにおいて生ずべき法律効果に関するかぎり、ポーランドに行われる法律により外国人に対して不在失踪または死亡の宣告をすることができる。

I 法律行為の方式

第5条 法律行為の方式はその行為の実質につき準拠すべき法律による。法律行為の地が不明でないときは、前段の規定にかかわらず、その地に行われる法律によるをもって足る。

III 物 権

第6条 1. 占有権および物権はその目的物の所在国の法律による。

2. 時効は期間満了当時動産の存在した地の法律による。権利を取得する者はまた期間の進行開始当時動産の存在した地の法律を援用することができる。

3. ポーランドに存在する不動産物権の取得、変更または滅失並びにこれらの権利の取得、変更または滅失の原因たる法律行為に基く債務はその方式その他の有効要件については専らポーランドに行われる法律による。前段の規定に

かかわらず，親族関係または相続法より生ずる債務についてはこのかぎりでない。

Ⅳ 債 務

第7条 当事者はその債務を本国法，住所地法，行為地法，履行地法または目的物所在地法によらしめることができる。

第8条 当事者が適用すべき法律を指定しなかったときは，つぎの法律を適用すべきものとする。

1. 取引所または公の市場において締結せられた契約に関しては——その地に行われる法律。

2. 不動産に関する契約に関しては——不動産の所在地法。

3. 小売において締結せられる契約に関しては——売主の営業所所在地法。

4. 国家との雇傭契約，労働契約，土木企業契約および供給契約に関しては——当該官庁の本拠に行われる法律，また他の公共団体と締結する同種の契約に関しては——その団体の本拠に行われる法律。

5. 保険契約に関しては——保険者の営業所に行われる法律，外国保険営業者のポーランドに在る代理店との契約に関しては——ポーランドに行われる法律。

6. 公証人，弁護士その他の職業行為をなす者とのその職業的行為についての契約に関しては——それらの者が恒常的にその職業行為をする地の法律。

7. 労働者または被用者と商業，工業または鉱業の企業者との労働契約に関しては——その労働の行われる地の法律。

第9条 1. 第8条第1号ないし第7号に掲げない契約に関しては契約締結の当時両当事者がある住所を有する国の法律を適用すべきものとする。当事者が異なる国に住所を有する場合において，債務が一方的なときは，債務者が住所を有する国の法律を適用し，債務が双方向的であるときは，契約が締結せられた国の法律を適用すべきものとする。隔地者間の契約は申込者が申込の承諾を受領した地において締結せられたものと看做す。

2. 適用すべき法律の標準たる住所を定めることができないときは，契約締

結地の法律を適用する。

3. 単独行為をした債務者が自ら準拠法を指定しなかったときは、その住所地法を適用する。住所を決定し得ないときは、行為地法を適用する。

4. 商人の住所はその取引の範囲内の事項に関してはその企業の本拠地にあるものとし、商人が多数の企業を有するときは、その法律関係を生ぜしめた企業の本拠地にあるものとする。

第10条 前数条の規定する一切の場合（第7条ないし第9条）において、当事者は債務者が住所を有し、かつ債務を履行すべき国に行われる特別の法律上の禁止であって、これに違反する一切の法律行為を無効とする規定に拘束せられるものとする。

第11条 1. 不法行為その他の法律事実より生ずる債務はその原因たる事実の発生した国の法律による。

2. この法律は人的能力を制限せられた者が発生した損害につきその責を負うか否かを定める。

V 婚姻法

婚姻の締結

第12条 1. 婚姻締結の能力は各当事者に付きその本国法によってこれを定める。

2. 外国人はその本国法により婚姻しうべき場合においても、その婚姻がポーランドに行われる法律によれば、つぎに掲げる絶対的婚姻障礙のひとつに反するときはポーランドにおいて地方官憲の面前で婚姻を締結することを得ない。

- (1) 親族または姻族関係。
- (2) 配偶者の生命に対する危害。
- (3) 既存の婚姻。
- (4) 宗教の相異、高い僧職就任若しくは厳粛な修道院加入誓言。

第13条 1. 婚姻締結の方式は婚姻締結地の法律による。

2. ポーランドの領土外において締結せられる婚姻の有効なるためには両当事者の本国法の定める方式の遵守を以て足りる。

夫婦相互間の身分および財産上の関係

第14条 1. 夫婦相互間の身分上並に財産上の関係はその本国法による。婚姻後夫婦が異なる国に属するときは、その相互の関係は夫婦が最後に属した国の法律による。

2. 夫婦が婚姻中に財産契約を締結し得るか否かまたはすでに存在する夫婦財産契約を撤回し、若しくは変更し得るか否かは、夫婦がその時々属する本国法によりてこれを定める。

3. 前項の規定にかかわらず、国籍の変更はそれだけでは法定財産制の変更を来させることはない。法定財産制はひきつづき婚姻締結当時における夫の本国法によるものとする。

第15条 財産契約並びに夫婦間または婚姻予約者間の贈与は契約締結の当時夫または夫たるべき者の属した国の法律による。

第16条 第14条および第15条は夫婦の不動産が存在する国がこれらの財産に関し自国法の適用せられるべきことを要求するときは、これを適用しない。

離婚および別居

第17条 1. 離婚および別居は離婚または別居の請求当時夫婦が属する国の官庁および法律の管轄に属する。この当時、夫婦が異なる国に属するときは、夫婦が最後に共同に属した国の官庁および法律が管轄する。

2. 夫婦が国籍を変更したときは、変更前に適用せられるはずであった法律によるもまた離婚または別居の原因たるが如き事実にかぎり、離婚または別居の原因たることができる。

3. ポーランド国籍を有したまたはその最後の共通国籍がポーランド国籍であった夫婦に付ては、ポーランドの官庁または夫婦の住所地の官庁がこれを管轄する。前段の規定にかかわらず、外国官庁がポーランド法を適用しなかったときは、その外国判決はポーランド共和国の領土内においては承認または執行せられることはない。

4. ポーランドに住所を有する外国人の属する国が専属管轄を留保しない場合においては、ポーランドの官庁はその外国人の離婚または別居につき裁判する。この場合ポーランド官庁は申し立てられた原因に対し夫婦の本国法を適用

しなければならない。外国が専属管轄を留保している場合においても、ポーランドの官庁はポーランドに住所を有する外国人に対し、仮りに別居を許可し、かつ、ポーランドに行なわれる法律によって扶養の義務を定めることができる。

VI 親子関係

嫡出

第18条 1. 子の嫡出であるか否かは子の出生当時における母の夫の本国法によりてこれを定める。

2. 夫が子の出生当時すでに死亡していたときは、その死亡当時夫に適用せられた法律による。

嫡出親子

第19条 1. 親と嫡出子との間の関係はその本国法による。

2. 別個にしてかつ異なる法律が問題となった場合においては、当事者が最後に共に属した国の法律による。

3. 子に属する不動産に関する親および子の権利は不動産所在地国が自国法の適用を欲するときはその国の法律による。

4. 親が婚姻したる女に対する関係は親に適用せられる法律による。親の権利が夫に適用せられる法律に由来する夫の権利と衝突する場合においては、女の夫の本国法によってこれを定める。

私生子

第20条 私生子のその母に対する関係は母および子の属する国の法律による。然れども後に至り母および子に対し別個でかつ異なる法律を適用すべきときは、最後の共通な法律による。

第21条 1. 非嫡出父子関係の確定、父と子並びに父と母との相互の権利義務は子の出生当時における母および子が属する国の法律による。

2. この当時において私生子の父並びに母がポーランドに住所を有し、ポーランドに行なわれる法律が子にとり、より有利であるときは、これによる。

私生子の認知

第22条 私生子の認知は認知の当時における父の本国法による。その当時父

が生存していないときは、その死亡当時における法律による。

養子縁組

第23条 養子縁組は養親の属する国の法律による。

Ⅶ 後 見

第24条 法律上の保護（後見，保佐，救助，裁判上の輔佐）を要する者の本国法および本国の官庁はこの法律上の保護の範囲に属するすべての事項に付き管轄権を有する。

第25条 ポーランドの後見官庁は外国に住所または財産を有するポーランド国民に関する後見をその外国官庁に委ねることができる。ただしその外国においてポーランド国民に対する十分な身分上または財産上の保護がなされるべき限度にかぎる。

第26条 ポーランドに住所または財産を有し、かつ後見を必要とする外国人に対しては、外国の官庁が十分な保護をしない場合においては、ポーランドの官庁は内国法に従い後見に関し必要な一切の決定的または一時的処置をすることができる。ただし後見の設定廃止の原因および期間は外国人の本国法による。

第27条 第24条ないし第26条の規定は個々の事件に対する保佐（後見）にはこれを適用しないものとする。

Ⅷ 相 続

第28条 1. 相続事件は被相続人の死亡当時における本国法による。

2. 相続人は相続権に適用せられる法律によるのみならずその本国法によっても遺産取得の能力を有することを要する。

第29条 死因処分および相続契約は法律行為の成立当時における外国人の本国法による。

第30条 1. 被相続人がその死因処分によって処分し得ない財産（世襲財産）はその所在する国の法律による。

2. 相続財産またはその部分に対する公法上の制限もまた同じ法律による。

第31条 被相続人の本国法により相続人のない財産は相続人のない財産として、被相続人の死亡当時その財産が存在した国の法律による。被相続人の本国法によれば他の相続人のないため国家その他の法人に帰属すべき財産もまた相続人のない財産とみなす。

ポーランド国民の遺産

第32条 ポーランドにおいて行なわれる遺産の整理はその財産が外国に存在する場合においてもポーランド国民の遺産の全部におよぶ。

外国人の遺産

第33条 ポーランドの官庁は原則として外国人の遺産の保全をはかるに止まる。

第34条 ポーランドに住所を有しまたはポーランドの国籍を有するものであって、その相続権が証明せられた者の請求により、ポーランドの官庁はポーランドに在る遺産に付きこれをポーランド国民によって遺されたものの如く取扱うことができる。この場合においても被相続人の本国法（第28条）を適用すべきものとする。

第35条 1. 遺産のポーランド領土外への引渡はポーランド国民、ポーランドに住所を有する外国人およびポーランド国庫の相続請求権および相続権の満足または充分なる確保の後において始めて行なわれるべきものとする。

2. 自己の権利が相続に付き適用せられるべき法律に適するものであることを証明しない者はポーランドの官庁による遺産の引渡に反対することを得ない。

XI 総 則

反致

第36条 この法律により一定の法律関係を規律するため管轄すべきものとして指定せられた外国人の本国法によれば、他国の法律によるべきときは、ポーランドにおいてはその他国の法律を適用する。

不統一法

第37条 本法により準拠すべきものとして指定せられた法律の属する国に互

に異なる数個の私法が行なわれる場合においては、適用すべき法律はその国の国内法によってこれを定める。

外国法の適用の制限

第38条 外国法の規定がポーランドに行われる基本的な公の秩序の原則または善良の風俗に反するときは、その規定はポーランドにおいては法たる効力を有しない。

外国法の原文、内容および適用範囲の確定

第39条 1. 裁判所は司法大臣に外国法の原文または外国裁判例の実際の通告を求むることができる。

2. 外国法の内容または終局において適用すべき法律に関し決定的の事実を確定し得ないときは、管轄官庁はポーランドに行われる法律を適用する。

報復

第40条 私法上ポーランド国民に対し自国または他国の国民より不利な取扱をし、または一般に文明国のあいだに行われている通常の法律上の保護を拒む国家に対し、閣僚会議はこれらの外国およびその国民に対する関係において報復の原則を適用すべき事項、意義および範囲を定める命令を発することができる。

拘束力

第41条 本法はその公布後30日を経てこれを施行する。

法律の実施

第42条 本法の実施は司法大臣、内務大臣、外務大臣および宗教並びに文務大臣にこれを委ねる。

13. 1940年 [※]ギリシヤ民法典

第1編 総 則

第2章 国 際 私 法

※ 神戸法学雑誌8巻4号(1959年)652頁以下に掲載した拙訳を転載した。

(外国人の地位)

第4条 外国人は内国人と同一の私権を享有する。

(権利能力)

第5条 自然人の権利能力はその本国法によってこれを定める。

(失踪)

第6条 失踪は失踪者の本国法によってこれを定める。

外国人が失踪前に内国に住所または居所を有し、若しくは内国に財産を占有するときは、内国裁判所はその者につき失踪の宣告をすることができる。

(行為能力)

第7条 行為能力は本国法によってこれを定める。

(禁治産)

第8条 禁治産は禁治産者の本国法によってこれを定める。

ギリシャ国裁判所は内国に住所を有する外国人の禁治産を宣告することができる。外国人が内国に住所または財産を有するときは、仮処分のみをすることができる。

(ギリシャ国における外国人の行為能力)

第9条 外国人が内国において法律行為をした場合において、その外国人がその本国法によれば無能力者たるべきときでもギリシャ国の法律によれば能力者たるべきときは、その法律行為については能力者とみなす。この規定は親族法または相続法上の法律行為および外国に在る不動産に関する物権的法律行為にはこれを適用しない。

(法人)

第10条 法人の能力はその本拠地の法律によってこれを定める。

(法律行為の方式)

第11条 法律行為の方式がその内容を支配する法律若しくは行為地の法律またはすべての当事者の本国法に適合するときは、法律行為は方式に関しては有効なるものとする。

(物権的法律行為)

第12条 物権行為の方式は物の所在地法による。

(婚姻の実質的要件)

第13条 婚姻の実質的要件は各当事者につきその本国法によってこれを定める。

(夫婦の身分関係)

第14条 夫婦の身分関係は婚姻中の最後の共通本国法による。これを欠くときは婚姻挙行当時における夫の本国法による。

(夫婦の財産関係)

第15条 夫婦の財産関係は婚姻挙行当時における夫の本国法による。

(離婚)

第16条 離婚および別居は夫婦が婚姻した後訴訟提起の前に有した最後の共通本国法による。これを欠くときは、婚姻挙行当時における夫の本国法を適用する。

(嫡出親子関係)

第17条 子の嫡出なるか否かはその出生の当時母の夫の属した本国法による。子が婚姻の解消後に生まれたときは、その嫡出なるか否かは婚姻解消の当時母の夫の属した本国法による。

(親子間の法律関係)

第18条 親子間の法律関係は父と子の最後の共通本国法による。これを欠くときは子の出生の当時父の属した本国法による。父の死亡の後は、親子間の法律関係は父の死亡後母と父の属した最後の共通本国法による。これを欠くときは、父の死亡当時における母の本国法による。

(非嫡出子)

第19条 非嫡出子とその母との法律関係は最後の共通本国法による。これを欠くときは、子の出生当時における母の本国法による。

第20条 非嫡出子とその生父との間の法律関係は子の出生当時における生父の本国法による。

第21条 非嫡出子の母と生父との間の法律関係は子の出生当時母の属した本国法による。

(準正)

第22条 準正は準正の当時父の属した本国法による。父が準正の前に死亡したときはその死亡当時における父の本国法による。

(養子縁組)

第23条 養子縁組の実質的要件は各当事者につきその本国法によってこれを定める。養親と養子との間の法律関係は養親子関係の継続中双方の属した最後の共通本国法による。これを欠くときは、縁組の当時における養親の本国法を適用する。

(監護)

第24条 後見その他一切の保護の制度は被保護者の本国法による。

内国裁判所は内国に住所を有する外国人につき、後見人その他の監護者を指定することができる。外国人が内国に居所を有しまたは財産を有するにすぎないときは、仮の処分のほかこれを行うことができない。

(契約債権関係)

第25条 契約に基づく債権関係は当事者が服した法律による。これを欠くときは、一切の個々の事情からみて、その契約に最も適する法律を適用する。

(不法行為に基づく債権関係)

第26条 不法行為に基づく債権関係は不法行為のなされた国の法律による。

(占有・物権)

第27条 占有および動産または不動産に関する物権はその目的物の所在する国の法律による。

(相続関係)

第28条 相続関係は被相続人の死亡当時における本国法による。

(国籍の得喪)

第29条 一国の国籍の得喪はその国の法律による。

(無国籍)

第30条 無国籍者については、本国法の代りに住所地法を適用する。その住所の知れないときは居所地の法律を適用する。

(重国籍)

第31条 内国および外国の国籍を有する者については、本国法として内国法

を適用する。2個以上の外国国籍を有する者については、その者が最も密接な関連を有する国の法律による。

(反致)

第32条 外国国際私法の規定は適用すべき外国法のうちに含まれないものとする。

(公序の留保)

第33条 外国法によるべき場合においてその適用が善良の風俗または一般に公の秩序に反するときは、これを適用しない。

14. 1942年ブラジル国際私法規定[※]

第7条 人が住所を有する国の法律は、人格の発生消滅、氏名、能力および親族権を規律する。

1 ブラジルにおいて婚姻を締結するときは、無効障害および挙行の方式にはブラジル法による。

2 外国人間の婚姻は当事者の一方が住所を有する国の外交官若しくは領事官の面前においてこれを挙行することができる。

3 当事者が異住所を有するときは、婚姻無効原因は最初の婚姻住所地法による。

4 夫婦財産制度は、法定なると約定なるとを問わず、婚姻締結当事者が婚姻住所をおく国の法律による。

5 ブラジルに帰化する既婚の外国人は、配偶者の明示の同意あるときは、帰化決定の送達証書中に夫婦共有財産制の採用を記載するように、裁判官に請求することができる。ただし第三者の権利を尊重し、かつ管轄登記簿にこの採用を登記することが必要である。

6 婚姻当事者が共にブラジル人であるときは、離婚はブラジルにおいては

※ 法学研究26巻5号(1952年)376頁に掲載された須藤次郎氏の訳にかかるものを収録した。ただし、Makraov, Quellenにより編者の責任において、かなり加筆した。

認められない。その一方がブラジル人であるときは、他方に関しては離婚は認められるが、ブラジルにおいて再婚することはできない。

7 遺棄の場合を除き、家族の長の住所はその配偶者および未成年の子に及び、後見人若しくは保佐人の住所はその保護下にある無能力者に及ぶ。

8 人が住所を有しないときは、その居所または現実の滞留地に住所を有するものとみなされる。

第8条 財産の法的性質を決定し、またその財産に関する諸関係を規律するには、財産の所在地法を適用する。

1 人が所持する動産、また他の場所に輸送せられるべき動産は所有者の住所地法による。

2 質権は質物を所持している人の住所地法による。

第9条 債務の法的性質の決定およびその規律はそれが組成された国の法律による。

1 ブラジルにおいて履行せられるべき債権が基本的形式にかかわる場合において、行為の外部的要件に関する外国法の特殊性がみとめられるかぎりには、この形式はこれを遵守しなければならない。

2 契約に基づく債権関係は申込者の住所地において締結されたものとみなされる。

第10条 死亡若しくは失踪に基づく相続は、財産の性質および所在地の如何にかかわらず、死者若しくは失踪者の住所地国の法律による。

1 ブラジルにある外国人の財産に関する相続能力は、ブラジル法が住所地法よりもより有利であるかぎり、ブラジル人たる夫婦およびその嫡出子のためにブラジル法による。

2 相続人若しくは受遺者の住所地法は、相続能力を規律する。

第11条 社団および財団のような集团的利益を目的として設立される団体は設立地国の法律による。

1 ただし社団または財団は、その設立行為がブラジル政府によって認可される前に、ブラジルに支店、代理店若しくは営業所をもつことはできない。認可後には社団または財団はブラジル法に服する。

2 外国政府または外国政府が設立し、管理し若しくは公共的機能を営みしめるどんな機関も、ブラジルにおいては不動産または所有権を剥奪せられ得る財産を取得することはできない。

3 外国政府は外交上の代表または領事機関の設定のため必要な不動産所有権を取得することができる。

第14条 裁判官は外国法を知らないときは、それを援用する者にその原文の提示およびその有効なることの証明を求めることができる。

第16条 前数条の規定にしたがい、外国法を適用すべきときは、その外国法による他の法律への反致を考慮することなく、その外国法の規定を適用すべきものとする。

第17条 外国の法律、処分および判決、並びに一切の意志表示が国家主権、公の秩序または善良の風俗に反するときは、ブラジルにおいては効力を有しないものとする。

第18条 内国に住所を有しないブラジル人の婚姻の挙行についてはブラジルの領事が管轄する。ブラジルの領事はまた外国にあるブラジル人に関する行為につき公証人または身分吏の機能を行使するにつき管轄する。

15. 1942年 イタリア民法典中の国際私法規定[※]

一般法律に関する規定

第2章 一般法律の適用

第16条 外国人の地位 外国人は相互的条件の下に、かつ特別法に定める規定を除き、内国人に属する私権を享有する。

前項の規定は、外国法人についてもこれを適用する。

※ 法学研究24巻11号（1950年）40頁以下に掲載の須藤次郎氏訳にかかるものを収録した。ただし編者の責任において、Makarov, Ibid. により加筆の上転載した。

第17条 人の身分、能力並びに親族関係の準拠法 人の身分、能力並びに親族関係はその者の属する国の法律による。

外国人がイタリー国内において法律行為をした場合において、その者が本国法によれば無能力者であっても、イタリー法によれば能力者たるべきときは、これを能力者とみなす。ただし、親族関係、相続、死因贈与または外国に在る不動産の処分行為については、このかぎりでない。

第18条 夫婦間の身分関係の準拠法 異国籍夫婦間の身分関係は婚姻継続中における最後の共通本国法により、それがないときは婚姻挙行当時における夫の本国法による。

第19条 夫婦間の財産関係の準拠法 夫婦間の財産関係は婚姻挙行当時における夫の本国法による。

夫婦の国籍変更はその財産関係に影響を及ぼさない。ただし新共通本国法に基づく夫婦間の契約についてはこのかぎりでない。

第20条 親子間の法律関係の準拠法 親子間の法律関係は父の本国法により、母子関係が確定したにとどまるとき、または母のみ子を認知したときは母の本国法による。

養親子間の法律関係は縁組の当時における養親の本国法による。

第21条 後見の準拠法 後見その他の無能力者保護の制度は無能力者の本国法による。

第22条 占有権所有権その他の物権の準拠法 占有権、所有権および動産不動産に関するその他の物権は目的物の所在地法による。

第23条 相続の準拠法 相続は相続財産の所在地の如何にかかわらず、死亡当時における被相続人の本国法による。

第24条 贈与の準拠法 贈与は贈与者の本国法による。

第25条 債権関係の準拠法 契約による債権は当事者の共通本国法により、それがないときは、契約地の法律による。ただしいずれの場合においても当事者の意思がこれに反するときはこのかぎりでない。

契約によらない債権はその原因たる事実の発生した地の法律による。

第26条 法律行為の方式の準拠法

生前および終意処分の方式は行為地法またはその行為の実質を定める法律若しくは行為者の本国法または契約者の共通本国法による。

物権を設定、移転、若しくは消滅させる行為の公示方式は目的物の所在地法による。

第27条 訴訟の準拠法 裁判管轄および訴訟手続は訴訟地法による。

第28条 刑法および警察法の効力 刑法並びに警察および公安に関する法律はイタリー国内に居住するすべての者を拘束する。

第29条 無国籍 前数条の規定により本国法を適用すべき場合において人が国籍を有しないときは、その居住地法を適用する。

第30条 他の法律への反致 前数条の規定により外国法を適用すべき場合においては、他の法律への反致をみとめることなく、その実質法を適用する。

第31条 公序良俗にもとづく制限 前数条の規定にかかわらず、外国の法律および行為、営造物または団体の規約および行為、並びに私的処分および合意が公の秩序または善良の風俗に反するときは、イタリー国内においてはその効力を有しない。

第3章 住所および居所

第43条 住所および居所 人の住所は、その生活および利害関係の本拠にある。

居住は、人の日常滞在する場所にある。

第44条 居所および住所の変更 居所の変更は、適法な方法において公告するときは、善意の第三者に対抗することができる。

人は住所および居所を同一場所に有する。居所を他へ移転するときは、居所の移転に関する公告において別段の明示をしなかったときにかぎり、善意の第三者に対し住所をも変更したものとみなされる。

第45条 妻、未成年者および禁治産者の住所 法律上の別居の場合を除いて、妻は夫の住所を住所とする。この規定は、夫が禁治産者であるときは適用されない。

夫が外国に住所を移転したときは、妻はイタリー国内に固有の住所を設定す

ることができる。

成年宣告を受けていない未成年者は親権者または後見人の住所を住所とする。
禁治産者は後見人の住所を住所とする。

第46条 法人の住所 法律が一定の効果を居所または住所に付与するとき
は、法人については、その本拠の設定された場所が住所または居所とみなされる。

第16条の意味における住所または登記簿上認められる住所が、事実上の住所
と異なるときは、第三者は事実上の住所をも法人の本拠として主張することができる。

第47条 住所の選定 一定の法律行為または事件については特別の住所を
選定することができる。

この選定は明示的にかつ書面により行なわなければならない。

第6章 婚 姻

第3節 身分吏へ届出る婚姻

第5款 在外内国人および内国における外国人の婚姻

第115条 外国におけるイタリー国人の婚姻 イタリー人は外国法上の
方式にしたがい婚姻する場合においても、本章第1節の規定による。

婚姻の公告は内国において第93条、第94条および第95条の規定にしたがって
行なわれねばならない。ただし、イタリー国人が内国に居所を有しないときは、
公告は最後の住所を有した市町村において行なう。

第116条 内国における外国人の婚姻 イタリー国内において婚姻せんと
する外国人はその本国の管轄庁の証明書を提出せねばならない。その証明書が
あるときは、準拠法上婚姻に障害がないものとする。

第85条、第86条、第87条1号、2号および4号、第88条並びに第89条に含ま
れた規定はこれを外国人にも適用する。

その他イタリー国内に住所または居所を有する外国人は、本法の規定にした
がい公告をしなければならない。

第5章 会 社

第9節 外国において設立された会社若しくは外国において営業をする会社

第2505条 外国において設立され内国に本拠を有する会社 イタリア国内に管理の場所を有し、または伊太利国内において営業することを目的とする会社は外国において設立されたものであっても、その設立行為の有効要件に関しては、イタリア法の規定による。

第2506条 内国に支店を有する外国会社 外国において設立された会社が内国に常設の代表者を有するひとつ若しくは複数の支店を設けるときは、設立行為の登録および商業登記簿への登記並びに貸借対照表の公告に関しては、各支店につきイタリア法の規定にしたがわなければならない。外国会社は同様の方法により、自国領土上において会社を常時代表する者の氏名を公告し、かつ代表者の署名を登録しなければならない。前項のほか外国会社はその支店に関し、企業の活動を規律しまたはこれを特別条件の遵守に服せしめる規定にしたがわなければならない。

第2507条 イタリア内国会社とは別種の外国会社 外国において設立せられ、本法に規定せられるものとは型を異にする会社は商業登記簿に会社のした決議を登記する義務および業務執行者の責任に関しては、株式会社に関する規定にしたがう。

第2508条 方式規定違反に基づく責任 会社代表者は前数条に定める行為を履行するまでは、会社の義務につき、無限にかつ連帯してその責に任ずる。

第2509条 内国領土上において設立され、外国で活動する会社 内国領土上において設立せられた会社は、外国において活動するものであってもイタリア法の規定にしたがう。

第2510条 外国的利益の優勢な会社 外国的利益の参加する会社の活動を禁止し、またはこれを特別の条件に服せしめる特別の規定はその特定の効力を妨げられないものとする。

16. 1948年 チェッコスロバキア国際私法規定[※]

第1章 国 際 私 法

(行為能力)

第1条 人の法律行為能力は、この法律に別段の定めがないかぎり、その者の属する国の法律による。

第2条 チェッコスロバキア国籍の取得はそれまでに取得した行為能力を喪失させるものではない。

(死亡宣告)

第3条 失踪の当初においてチェッコスロバキアの国籍をもっていた者の死亡宣告は、チェッコスロバキアの法律による。

第4条 外国において死亡が宣告され、またはチェッコスロバキアの法律によって規定されている死亡宣告と本質的に同一の手續がなされた場合において、それが顧慮されるのは、死亡を宣告された者がその失踪の当初において死亡の宣告がなされた国の国籍をもっていたか、または死亡の宣告をうけた者の属していた国が死亡宣告を承認している場合にかぎる。

第5条 失踪者が第3条によって定められた時点において外国の国籍をもっていたか、またはその時点においてチェッコスロバキアの国籍をもっていたことが分明でないときは、チェッコスロバキア共和国に行われている法律によるべき法律関係、並びに共和国内に在る財産にその効力を限定して、共和国内においてチェッコスロバキアの法律にしたがって死亡の宣告をすることができる。共和国において権利者の登記のための公簿または登録簿が設けられている財産、並びに共和国の裁判所において主張することのできる請求権は、共和国に在る財産とみなす。

第6条 廃止

(法律行為の方式)

第7条 法律行為の方式は、以下に別段の定めがないかぎり、法律行為その

※ 法学新報60巻4号(1953年)に掲載の桑田三郎氏の訳にかかるものを収録した。ただし編者の責任において、Makarovにより加筆の上転載した。

ものについて準拠法となっている法律による。

第8条 ただし、物権または物に関する負担の設定・変更若しくは消滅に関する法律行為が問題となっているのでないかぎり、当事者の意思表示がなされる地の法律によって定められている方式を遵守するをもって足りる。

(準拠法の選択)

第9条 当事者はある法律関係について、その関係が選択せられた法律に対して本質的な関係にあり、しかもこの章の諸規定によって本来その法律関係が服している法律の強行規定に反しないかぎり、これを一定の法律に服せしめることができる。

(親族法)

第10条 婚姻締結の能力は婚約者の各自につきその者の属する国の法律による。

第11条 廃止

第12条 婚姻挙行の方式は婚姻が締結される地の法律による。ただし、婚約者が属している国の法秩序の定める方式が遵守されるときは、これをもって足りる。

(婚姻の身分関係)

第13条 婚姻の身分的法律効果は扶養請求の権利もふくめて夫婦の属する国の法律による。

第14条 この法律が夫婦の各自について異なるときは、夫婦双方の最後の共通の法律による。夫婦がかって共通の法秩序をもったことがないときは、チェコスロバキアの法律による。

(夫婦財産制)

第15条 法定夫婦財産制は夫婦間の関係に関するかぎり、婚姻締結のときに夫婦が属していた国の法律による。この法律が夫婦の各自については、法定夫婦財産制はチェコスロバキアの法律による。以上によって決定せられた法律は、国籍変更の場合においても規準となる。

第16条 同一の原則は契約による夫婦財産制の設定に対しても適用される。ただし、この設定がなされるときに国籍が規準となる。

(婚姻の解消並びに婚姻共同態の廃止)

第17条 夫婦の不動産の所在する国の法律が所在地法の適用を定めるときは、この物に対してはこの法律が適用される。

第18条 婚姻の解消並びに夫婦共同体のいっさいの廃止は訴が提起されるとき、または申立がなされるときに夫婦の属している国の法律による。この法律が夫婦の各自について異なるときは、解消並びに廃止は夫婦双方の最後の共通の法律による。夫婦がかって共通の法律をもったことがないときは、チエッコスロバキアの法律による。

第19条 国籍変更の場合において、その変更前に生じた事実が婚姻の解消、または、その種類を問わず、いっさいの夫婦共同体の廃止の原因となるのは、その事実が従前の準拠法上もその原因であった場合にかぎる。

(嫡出子)

第20条 妻から出生した子の嫡出であるか否かは、子の出生当時に母の夫が属していた国の法律により、子の出生前に夫が死亡したときは、その死亡のときに夫が属していた国の法律による。

第21条 父母と嫡出子との間の法律関係は関与者全員の属する国の法律による。

第22条 この法秩序が関与者全員について同一でないときは、その最後の共通の法律による。関与者全員がかって共通の法秩序をもったことがないときは、子の法律が規準となる。

第23条 子の不動産の所在する国の法律がこの不動産に関する父の権利について、所在地法の適用を定めるときは、この法律が適用される。

第24条 親権はそれが夫の属する国の法秩序に基づく夫の権利と対立する限度において、女の婚姻によって消滅する。

(嫡出子と実母)

第25条 非嫡出子とその母との間の法律関係は、双方の属する国の法律による。

第26条 この法律がその各自について異なるときは、その最後の共通であった国の法律により、それらがかって共通の法律をもったことがないときは、子

の法律が規準となる。

第27条 扶養、養育並びに保護に関する非嫡出子の請求権については、出生の時に子の属している国の法律が適用され、また同衾者に対する非嫡出子の母の請求権については、子の出生の時に母の属している国の法律が適用される。ただし、母と同衾者が子の出生のときに内国にその住所をもっているときは、チェコスロバキアの法律が適用される。

第28条 非嫡出子に関する命名は子の法秩序による。

(認知並びに養子縁組)

第29条 非嫡出子の認知は認知者が認知の当時属している国の法律により、また認知者がその前に死亡したときは、その者が死亡のときに属していた国の法律による。その者がこの時期においていずれの国籍をもっていたかが分明的でないときは、この者がその最後の知れたる滞在の時に属していた国の法律が規準となる。

第30条 養子縁組は養親の属する国の法律による。

第31条 認知または養子縁組にあたって、子または他の者の同意が必要であるかは、認知されまたは養子となるべき者の属する国の法律による。

(後見並びに親族関係)

第32条 後見の開始並びに終了のための要件は保護を必要とする者の属する国の法律による。後見による保護は原則として保護を必要とする者の身分、並びにその所在にかかわらず、その財産に及ぶ。

第33条 後見の引受並びに執行の義務は後見人の属する国の法律による。

第34条 後見人と被後見人との間の法律関係は後見裁判所または後見官庁の所在する国の法律による。

第35条 行為無能力者に対する養護のごとく、類似の保護制度または保佐制度が問題となる場合においては、後見に関するこれらの規定を準用する。

(物権)

第36条 不動産および動産たる有体物に関する物権、並びにこれらの権利の占有は物の所在地法による。

第37条 動産たる有体物に関する物権の発生並びに消滅はその原因たる事実

の発生したときに物が所在した地の法律による。

第38条 不動産の所在地法によって設置される公簿への登記に関する規定は、登記すべき権利の発生、消滅、制限または譲渡のための法律的原因が外国法によるべき場合においても、適用される。

第39条 占有者に対する所有権の訴訟の許否並びに範囲は、占有成立の際に物が所在していた地の法律による。

(相続法)

第40条 相続法的関係については被相続人がその死亡のときに属している国の法律が規準となる。

第41条 終意処分をなし、またこれを取消すべき能力並びに実質的關係における終意処分の有効要件は被相続人が意思表示をしたときに属していた国の法律による。

第42条 相続契約の許否並びにその取消の能否、および相続契約が作成されまたは取消されうべき範囲は、契約の両当事者が相続契約の作成または取消のときに属している国の法律による。相続契約を作成しまたは取消すべき能力並びに相続契約の実質的有效要件は被相続人が契約の作成または取消のときに属している国の法律による。

第43条 遺言による死後処分の作成並びに取消の方式は被相続人がこの処分の作成または取消のときに属している国の法律による。ただし、意思表示がなされる地の法律を遵守するをもって足りる。

[債権関係]

(契約)

第44条 不動産に関わる契約は、不動産の所在地法による

第45条 取引所または市場において締結される契約は、この地の法律による。

第46条 その他の契約についても、問題となる法律関係の合理的な規律に適する法律が適用される。この点を顧慮して、とくに、

1. 商業的または工業的企業の営業に属する売買契約または請負契約は売主の商業的企業または仕事の請負人の工業的企業の在る地の法律による。
2. 保険契約は不動産の保険に関する契約並びに取引所および市場において締

結された契約をふくめて、保険者の本拠に行なわれている法律により、また、保険者の本拠外にある代理店と締結された保険契約が問題となっている場合は、代理店の本拠に行なわれている法秩序による。

3. 医師、獣医師、弁護士、公証人、特許弁理士、建築士、並びに一般にある職務を執行するために公的に定められた人と締結され、かつこの職務の執行を目的とする契約は、これらの人がその本拠（住所）をもっている地の法律による。

4. 労働契約並びに雇傭契約は雇主の企業の在る地の法律による。

5. その他の契約は双方の当事者がその住所をもっている国の法律による。当事者がその住所を同一国内にもたない場合に契約が対話者間に締結されたときは、契約が締結された地の法律による。しかし、契約が隔地者間において締結せられたときは、契約の申込を承諾した人の住地の法律による。この場合、企業の営業に属する法律行為がなされたときは、企業を経営する当事者については、その住所ではなくて、企業が所在する地による。

（一方的法律行為）

第47条 一方的法律行為については債務者の住所（本拠）の法律が適用される。

（損害賠償）

第48条 不法行為並びにその他の事件に基づく損害賠償請求権は法律行為に基づく義務の侵害が問題となっていないかぎり、行為または事件が発生した地の法律による。

（取得時効）

第49条 取得時効は物が取得時効開始のときに所在していた国の法律による。ただし、物がある国に到達した以後においてこの国の法律にしたがって取得時効の全要件をみたしている場合は、取得者はこの取得時効が完成した国の法律をも援用することができる。

（重国籍並びに国籍不定）

第50条 問題となる時点においてチェコスロバキアの国籍をもつ者が同時に他国によってその国の国民とみられているときは、チェコスロバキアの国

籍が規準となる。

第51条 問題となる時点において同時に多数の外国に所属している者については、最後に取得した国籍が規準となる。

第52条 問題となる時点においていかなる国にも所属していない者、または、多数の外国に所属するもそのいずれの国籍が最後に取得せられたものであるかが確定されえない者、並びにその現在の国籍が探知されえない者は、問題となる時点においてその住所をもっている国に所属するものとして取扱われ、また、かかる国がないときは、さきの時点においてその居所をもっていた国に所属するものとして扱われる。かってこのような国がないときは、事件はチェコスロバキアの法律による。

(外国法適用の制限)

第53条 外国の法律規則の適用は、それが善良の風俗、またはその意義を顧慮するときは無制限に適用せられるべきチェコスロバキア法の規定に反するときは、排斥せられる。

17. 1948年 エジプト民法典[※]

A 一般衝突規定

序 編

一般規定

第1章 法律およびその適用

第2節 法律の適用。場地的法律衝突

第10条 特定の訴訟において異なる数個の法律の間に衝突のあるときは、準拠法確定のための法律関係の性質は、エジプト法のみによってこれを定める。

※ 神戸法学雑誌 8 巻 4 号 (1959年) 659頁以下に掲載の編者の訳を転載した。

第11条 (1) 人の身分および行為能力はその本国法による。ただし財産法上の行為の当事者の一方が、エジプトにおいて効力を生ずべき行為をした場合において、その者が無能力な外国人であるかぎり、かつその無能力の原因が相手方の容易に発見することのできないかくれたものであるときは、その原因はその者の行為能力に影響を及ぼさない。

(2) 会社・社団・財団その他の外国法人の法律上の地位は、法人の事実上の本拠地の存在する国の法律による。ただしその法人がエジプトにおいてその主たる活動を営むときは、エジプト法を適用する。

第12条 婚姻の実質的成立要件は、各当事者につきその本国法による。

第13条 1) 婚姻の効力は、財産法上の効力をも含めて、婚姻締結当時における夫の本国法による。

2) 義務の違反は、その発生した当時における夫の本国法による。ただし離婚および別居は、訴を提起した当時における夫の本国法による。

第14条 前2条に定める場合において夫婦の一方がその婚姻締結の当時エジプト人であったときは、エジプト法のみを適用する。ただし婚姻能力についてはこのかぎりでない。

第15条 親族間の扶養の義務は義務者の本国法による。

第16条 法定管理、後見、保佐その他の無能力者並びに不在者の保護の制度に関する実質法上の要件は要保護者の本国法による。

第17条 1) 相続、遺言その他の死後処分は被相続人、遺言者または処分者の死亡当時における本国法による。

2) ただし、遺言の方式は遺言作成当時における遺言者の本国法、または遺言作成地の法律による。その他の死後処分の方式についてもまた同じ。

第18条 占有、所有権その他の物権は、不動産所在地の法律により、動産に関しては、占有・所有権その他の物権の得喪の原因の発生した当時におけるその動産所在地の法律による。

第19条 1) 契約上の義務は、契約当事者の住所が共通なるときは、住所地の法律により、共通住所がないときは、契約締結地の法律による。ただし、当事者が他の法律の適用を合意し、または事情により合意したとみなされるとき

は、このかぎりでない。

2) 不動産に関する契約は、前項の規定にかかわらず、不動産所在地の法律による。

第20条 生前行為の方式は、行為地の法律による。ただし行為の内容を定める法律、当事者の住所地法またはその共通本国法によることもできる。

第21条 1) 契約外の義務はその義務の原因たる事実の発生した国の法律による。

2) 前項の規定は損害賠償義務については、外国において発生した事実がその外国法によれば違法であっても、エジプト法により適法であるとされるときは、これを適用しない。

第22条 裁判管轄および訴訟手続の方式は訴訟を提起する地または訴訟手続をなす地の法律による。

第23条 前数条の規定は、特別法またはエジプトに行われる国際条約に別段の定めがないときにかぎり、これを適用する。

第24条 前数条に規定のない法律衝突の場合には、国際私法の原則を適用する。

第25条 1) 無国籍または重国籍の場合において適用すべき法律は裁判官がこれを定める。

2) 同時にエジプト国籍のほかに1または数個の外国国籍を有する者に対しては、前項の規定にかかわらず、エジプト法を適用する。

第26条 前数条の規定により数個の法秩序を有する国の法律を適用すべき場合において、そのいずれを適用すべきかは、その国の国内法によってこれを定める。

第27条 外国法を適用すべきときは、国際法の規定を除外して事項規定を適用する。

第28条 前数条の規定により外国法を適用すべき場合において、その適用がエジプトにおいて公の秩序または善良の風俗に反するときは、これを適用しない。

18. 1948年 ハンガリー国際私法草案[※]

I 総則的規定

(本国法および住所地法)

第1条 本法において、人の本国法とは、その者の属する国の法律をいう。

第2条 何人が自国の国民であるかは、各国の自ら定めるところによる。

第3条 当事者の本国法によるべき場合において、その当事者が、2個以上の国籍を有し、しかして、その1が、ハンガリー国籍であるときには、ハンガリーの法律による。

第4条 当事者の本国法によるべき場合において、その当事者が、2個以上の国籍を有し、しかも、そのいずれもが、ハンガリー国籍でないときには、その当事者が、住所を有するか、または最後に住所を有したか、または常住居所を有するか、またはその国において出生したか、またはその国の公務に服するか、または他の理由により、實際上、より密接な関係を有する方の国の法律による。

第5条 当事者の成年年齢を決定すべき場合において、その当事者が、2個以上の国籍を有するときには、そのいずれか1の国の法律により成年年齢に達すれば、それをもってたりるものとする。

第6条 当事者が国籍を有せず（無国籍）、または国籍が不明であるとき（国籍に疑いがあるか、争のあるとき）には、その当事者が住所を有する国の法律を本国法とみなす。もし当事者が2個以上の国に住所を有するときには、常住居所を有する国の法律を本国法とみなす。

第7条 本法により、人の本国法または住所地法を適用すべき場合、法人格を有する社団、財団およびその他の法人に対しては、その本拠の存する法律による。

社団または財団が、法人格を有するか否かも、同一の法律による。

本拠とは、事業の中心地をいう。

第8条 本法において、人の住所とは、その者が、永住の意思をもって居住

※ この邦訳は、法学論叢62巻4号（1958年）91頁以下に掲載せられた溜池良夫氏の邦訳を再録した。ただし溜池氏が直接編さん者に指示せられた訂正による。

する場所をいう。

人は複数の住所をもつことができる。

住所は放棄の意思をもって居住を中止することにより失われる。

未成年者の住所は、その監護義務者の住所にあるものとする。

未成年者は、成年に達した後といえども、法律にしたがい右の住所を放棄しなければ、これを失わない。

第9条 商人の住所は、その営業の範囲内でなされた行為に関しては、営業所にあるものとみなす。

第10条 本法において、常住居所とは、人が継続的滞在を推断するにたるような事情のもとで居住する場所をいう。

(反致)

第11条 本法により、外国法が適用せらるべき場合、その外国法とは、専らその国の国内実質規定を意味し、その国の国際私法規定を含まないものとする。

(親近の原則)

第12条 本法により、後見および保在(第106条)、婚姻の財産的效果(第80条、第81条)、親子間の法律関係(第92条)、または相続(第117条)に適用せらるべき法律の所属国の領土内に存在しない、未成年者、無能力者、夫婦、父母または子または被相続人の所有する不動産については、その所在地国が、これらの法律関係に関して、それらの不動産につき自国法を適用すべきものとする場合には、その所在地の法律による。

(不統一法の適用)

第13条 本法の規定により適用せらるべき法律の所属国に、内容の異なる数個の法律が行われている場合には、その国の準国際私法または人際私法により、そのいずれの法律を適用すべきかを定める。

(法律関係の性質決定)

第14条 法律関係の性質決定は、本法により、その法律関係に適用すべく指定せられた国の法律による。ただし、その法律の決定が法律関係の性質決定にかかっている場合には、ハンガリーの法律による。

物または財産が、動産であるか不動産であるかの決定は、その準拠法の決定

が、その物または財産であるか不動産であるかの決定にかかっている場合といえども、その所在地法による。

(留保条款)

第15条 本法の規定により、外国法が適用せらるべき場合においても、その適用が、善良の風俗またはかかる場合絶対的に適用せらるべきハンガリー法の根本原則に反するときには、これを適用しない。

(外国法の内容の確定)

第16条 ハンガリーの裁判所または行政官庁は、適用すべき外国法の内容を認識するため、司法大臣に照合することができる。ただし、行政官庁は、所管の大臣を経てこれをなすべきものとする。

司法大臣は、必要とみとめるときには、ブダペストのペター・パズマニー(peter pazmang)大学の比較法研究所に鑑定を求めることができる。

(内国法の適用)

第17条 本法により適用せらるべき外国法が確定しえないとき、または適用せらるべき法律を決定するに必要な事実が確定しえないときには、ハンガリーの法律による。

(相互主義)

第18条 ハンガリーの法令が、外国法の適用または外国人または外国居住者の権利の保護の保障を、その外国がハンガリーの法律がその国の国民に権利を保護すると同一の条件(実質的相互性)または自国民に対すると同一の条件(形式的相互性)でハンガリー国民に権利の保護を保障している場合に限っているときには、その外国法の適用または外国人の権利の保護には、相互性の存在を証明しなければならない。

ただし、右の相互性の存在は、ハンガリーの法律により、これが推定せられるときには証明を要しない。

(外国人の財産取得能力)

第19条 ハンガリーの法令に別段の定めがないかぎり、外国人は、その本国が自国民に対すると同一の条件で、ハンガリー国民に財産の取得を認めるときには、ハンガリー国民と同一の条件で、財産の取得が認められる。(形式的相

互性)

右の相互性は、反対の証明のないかぎり、存在するものと推定せられる。
前2項の規定は、外国法人にこれを準用する。

(法律行為)

(法律行為の効力)

第20条 法律行為の効力は、当事者が明示的または黙示的に準拠すべく指定した法律による。

ただし、本法により、当事者が準拠すべき法律を指定しなかった場合に、法律行為の効力に適用せらるべきものとされる法律の強行規定は、当事者の選択した法律にかかわらず適用される。

当事者が、明示的にも黙示的にも準拠すべき法律を指定しなかった場合には、本法の特別規定により、法律行為の効力に適用せらるべき法律を定める。

(法律行為の実質的有効性)

第21条 本法に別段の定めがないかぎり、法律行為の実質的有効性は、法律行為の効力の従うべき法律による。

第22条 人の特定の行為が、法律行為的表示と認められるか否かおよびなされた申込に対して人が沈黙している場合それをいかに解すべきかは、通常の場合、人の本国法により、商人の場合には、営業所所在地の法律による。ただし、ハンガリーでなされた取引行為については、ハンガリーの法律による。

第23条 手形および小切手に関する表示の実質的有効性は、その表示のなされた地の法律による。

第24条 法定代理人の代理権および処分権の存在および範囲、これらの権利の範囲に影響を及ぼす事情、およびこれらの権利の移転および消滅は、本人の本国法による。

商業代理人の代理権および処分権は、営業主の営業所所在地の法律による。

私法上の任意代理人の代理権および処分権の存在および範囲、これらの権利の範囲に影響を及ぼす事情およびこれらの権利の移転および消滅は、代理権の効果が生ずべき地の法律による。

遺言執行者の代理権および処分権は、相続の従うべき法律(第117条)による。

(法律行為の形式的有効性)

第25条 本法その他の法規に別段の定めがないかぎり(第54条, 第77条, 第78条, 第81条第5項, 第93条, 第102条, 第104条, 第119条), 法律行為の形式的有効性は, その法律行為の完成せられた地の法律による。

ただし, 法律行為の効力を定める法律, または当事者が国籍を同一にする場合には, その共通本国法, またはその行為が財産的性質を有しかつ当事者の住所が同一の国に存する場合には, その住所地法によった方式は, これを有効とする。

(権利の消滅時効)

第26条 権利の消滅時効および時効の停止および中断は, その主張せられる権利の従うべき法律による。

(裁判管轄)

第27条 ハンガリーの裁判所またはその他の官庁は, ハンガリー法によりその事件の審理について管轄があるとせられる場合にもみ, 裁判上または裁判外の事件について管轄を有する。

第28条 本法に別段の定めのある場合(第109条第1項, 第123条)を除き, ハンガリーの裁判所およびその他の官庁は, つぎの事件の審理につき専属管轄を有する。

- 1 ハンガリー国民の身分および能力に関する事件
- 2 ハンガリーに所在する不動産に関する裁判上および裁判外の事件
- 3 ハンガリーに所在する財産に関する強制執行事件 ただし, 右の財産は, 差押命令を受けた第三債務者が, ハンガリーに住所を有する場合における差押債権を含む
- 4 ハンガリーに所在する信託に関する事件
- 5 外国において治外法権を有するハンガリー人に対する民事訴訟および裁判外の事件が, 国際法に従って, その外国の裁判権に対しては提起しえない場合における, その訴訟および事件
- 6 ハンガリー国に対する民事訴訟および裁判外の事件が, 国際法に従って, その外国の裁判権に対しては提起しえない場合における, その訴訟および事件
- 7 ハンガリーに所在する相続財産に関する事件

第29条 本法に別段の定めのある場合（第29条第2項、第43条、第75条、第88条、第89条、第105条、第112条、第113条、第114条、第115条、第123条）を除いて、ハンガリーの裁判所およびその他の官庁は、事物管轄または土地管轄がある場合においても、つぎの事件の審理については管轄を有しない。

- 1 外国人の身分および能力に関する事件
- 2 外国に所在する不動産に関する裁判上および裁判外の事件
- 3 外国に所在する財産に関する強制執行事件 ただし、右の財産は、差押命令を受けた第三債務者が、外国に住所を有する場合における差押債権を含む
- 4 外国に所在する信託に関する事件
- 5 ハンガリーにおいて治外法権を有する外国人に対する民事訴訟および裁判外の事件が、国際法に従って、ハンガリーの裁判権に対しては提起しえない場合における、その訴訟および事件
- 6 外国国家に対する民事訴訟および裁判外の事件が、国際法に従って、ハンガリー国の裁判権に対しては提起しない場合における、その訴訟および事件
- 7 外国に所在する相続財産に関する事件

ただし、ハンガリーの裁判所およびその他の官庁は、外国人の身分および能力に関する事件につき、その事件がハンガリー法により事物管轄および土地管轄があるものとされ、かつその判決または決定の効力が、その外国人の本国において承認せられる場合には、その審理につき管轄を有する。同じく、ハンガリーの裁判所およびその他の官庁は、無国籍者および国籍の不明確な者に関する同種の事件の審理につき管轄を有する。

第30条 前2条に掲げた以外の事件については、ハンガリーの裁判所およびその他の官庁は、ハンガリー法により事物管轄および土地管轄が認められる場合において、審理につき管轄を有する。

（外国判決および外国行政処分の承認および執行）

第31条 外国判決または外国行政処分の効力が、ハンガリーにおいて承認される場合においては、その判決または処分の有性効および効果は、その外国の法律による。

ただし、外国判決および外国行政処分は、ハンガリー法の認めない効果を有

しえない。

第32条 ハンガリーの裁判所およびその他の官庁の専属管轄に属する事件についてなされた外国判決または外国行政処分は、ハンガリーにおいては効力を有しない。

第33条 ハンガリーの裁判所およびその他の官庁の管轄に属しない事件についてなされた外国の裁判所およびその他の官庁の判決および処分は、その外国の裁判所またはその他の官庁が、その準拠外国法により、その事件の審理につき管轄を認められる場合には、相互性にかかわらず、ハンガリーにおいて効力を有する。

第34条 ハンガリーの裁判所およびその他の官庁に専属はしないが、特に管轄を排斥されない事件についてなされたハンガリーの裁判所およびその他の官庁の判決および処分は、1911年法律第1号（民事訴訟法）第414条に定める条件を具備する場合においてのみ、ハンガリーにおいて効力を有する。

第35条 ハンガリーにおいて効力を認められた外国裁判所およびその他の官庁の判決および処分は、1912年法律第54号（民事訴訟法施行法）第33条により、執行判決を与えるべき理由の存する場合においてのみ、ハンガリーにおいて執行力を有する。

なお、相互性の存するときには、外国法によれば仮執行が認められる場合においても、同じく執行を宣言しうる。

第36条 仲裁約款は、1911年法律第1号（民事訴訟法）第767条の規定に従う場合には、ハンガリーにおいて効力を有する。しかし、仲裁人が外国人であり、その仲裁判断が外国でなされ、かつ外国法が適用せられた場合においても、右に基づき、ハンガリーの普通裁判所の管轄に妨訴抗弁を主張することができる。

右のような仲裁判断は、1911年法律第1号第414条の規定にかかわらず、ハンガリーにおいて効力を認められ、かつ本法第35条の規定にかかわらず、その執行を命じることができる。

第37条 前条の規定は当事者の処分にかかわらず、専ら法律により若干の特定の訴訟事件の審理について管轄を有するものとされるところの、自治的かつ独立的の組織をもつ常設的仲裁裁判所（例えば、取引所に附属して設置された

仲裁裁判所)には適用されない。

そのような仲裁裁判所の判断は、その裁判所の本拠が外国にある場合においては、1911年法律第1号第414条および本法第35条の規定による。

(外国訴訟手続の適用)

第38条 ハンガリーの裁判所は、裁判上または裁判外において、ハンガリー法の手続規定を適用しなければならない。

ただし、ハンガリーの裁判所が、訴訟当事者の訴訟能力(1911年法律第1号第74条)、受託外国裁判官の手続行為(1911年法律第1号第18条および第173条)、外国法による管轄(1911年法律第1号第46条)、外国において作成せられた公正証書および私署証書の有効性および証拠力(1911年法律第1号第315条、第321条、第322条)、外国訴訟手続の効果(1911年法律第1号第414条および1912年法律第54号第33条)および報復による適用法規を判断すべき場合には、その外国法による。

II 各論的規定

(権利能力)

第39条 本法その他の法規に別段の定めがないかぎり、人の権利能力の発生および範囲、権利能力の範囲に影響を及ぼす事情および権利能力の消滅は、その本国法による。

ただし、民事死および奴隷制は、当事者の本国法が認めるときといえども、ハンガリーにおいては、これを認めない。

また、人種または宗教を理由として人の権利能力を制限する外国法は、ハンガリーにおいて適用されない。

第40条 胎児が、出生の場合に、一定の法律関係において、いかなる権利を取得し義務を負担するかは、その法律関係の効力を定める法律による。

第41条 一定の権利の取得に必要な人の特別的権利能力、例えば、不動産取得能力、後見人または保佐人となりうる能力、相続能力または受贈能力は、その権利の従うべき法律による。

第42条 人の生存が問題となる場合、その立証責任は、その人の生存が問題

となっている法律関係の準拠法による。

人の生存、死亡または死亡時期に関する推定および共通の危難による死亡者の死亡の順序の推定も、同一の法律による。

第43条 ハンガリー国民は、ハンガリーの裁判所によってのみ、その死亡を宣告される。

外国人が、その本国法により管轄を認められる外国の裁判所またはその他の官庁により、死亡、失踪または不在の宣告を受けた場合には、この決定は、ハンガリーにおいてその効力を認められる。

つぎの場合には、ハンガリー法により土地管轄を認められるハンガリーの裁判所は、外国人の死亡の宣告をなすことができる。

1 死亡宣告を請求する者が、権利を主張している財産が、ハンガリーに所在するか、または死亡宣告を受ける者の最後の住所がハンガリーに存し、かつその相続問題の解決に死亡宣告が必要であるか、のいずれかの理由により、ハンガリー法のもとに成立している法的利益が、死亡宣告を必要とする場合

2. 死亡宣告を受ける者の本国法が、ハンガリー裁判所の決定を有効と認める場合

3 死亡宣告を受ける者が、無国籍であるか、または国籍が不明確であり、かつ最後の住所をハンガリーに有する場合

第44条 死亡、失踪または不在の宣告の要件および効果は、宣告を受ける者の本国法による。

ただし、外国人が、その本国法がハンガリー裁判所の決定の有効性を認めるという理由に基いて、ハンガリー裁判所により、死亡宣告を受ける場合には、その要件および効果は、ハンガリーの法律による。

外国人が、ハンガリー法のもとに成立している法的利益がそれを必要とするとの理由に基いて（前条第二項）、ハンガリーの裁判所により死亡宣告を受けた場合においては、その死亡宣告は、これを受けた者の身分および能力にならぬ効果も及ぼさないものとする。

（行為能力）

第45条 人の一般的行為能力、その存在および範囲、その範囲に影響を及ぼ

す事実、その消滅および特別的行為能力（婚姻能力、遺言能力、手形能力など）は、当事者の本国法による。

当事者に国籍の変更があった場合においてはその行為能力の存否が問題の法律行為の有効無効を決定することになった当時における本国法による。

ただし、一度行為能力を取得した者は、国籍の変更により、その能力を失うことはない。

第46条 法律行為が有効であるためには、行為能力を必要とするか否かは、その行為の効力を定める法律による。

第47条 外国人がハンガリーにおいて効果を生ずべき取引行為を、ハンガリーにおいてなした場合には、その外国人が、本国法によれば無能力者とされるときといえども、ハンガリー法によれば能力者とされるときには、これを能力者とみなす。

第48条 人の不法行為能力は、その不法行為の発生した地の法律による。

（人格権）

第49条 人の人格権、その侵害の効果、その行使の制限およびその保護は、当事者の本国法による。

（物権）

第50条 本法に別段の定めのないかぎり（第51条、第52条、第53条）、占有および各種の物権は、その目的物の所在地法による。

第51条 所有者の常時の使用用の動産または所有者と共に常に常に移転する動産に対する占有および各種の物権は、その所有者の本国法による。

第52条 外国に向け発送され、かつ運送中に物権的処分行為の目的となる運送中の物に対する占有および各種の物権は、その仕向地の法律による。

運送中の物について運送証券または運送状が発行されている場合、かかる証券に対する占有および各種の物権は、その証券の所在する地の法律による。ただし、その証券の取得者が、同時にその物に対する物権をも取得するかの問題は、その証券に化体している債権の準拠法による。

第53条 登記された船舶その他の航行機関および航空機に対する占有および各種の物権は、その登記地の法律による。

第54条 以下の事項は、第50条乃至第53条に定める法律による。

- 1 ある物が、いかなる物権の客体となりうるか。
- 2 占有および各種の物権の内容、発生、移転、変更および消滅
- 3 占有および各種の物権の保護
- 4 占有および各種の物権の発生、移転および消滅を内容とする行為の形式的有効性、および当事者が別段の定めをしなかった場合には（第20条）、それらの行為の効果

第55条 取得時効は、時効完成の時における目的物の所在法による。ただし、時効取得者は、時効期間開始の時における目的物の所在地法を援用することができる。

（他人の権利または財産の上に成立する権利）

第56条 他人の権利または財産の上に成立する権利は、その客体となる権利または財産の従うべき法律による。

右の権利の主体とその権利の客体となる権利または財産の主体との間に成立す法律上の義務も、同一の法律による。

この法律によれば、右の権利を、証券に化体している権利の上に設定するためには、その証券の移転を必要とする場合には、その証券移転の要件は証券の所在地の法律による。

（債務）

第57条 当事者が、準拠すべき法律を指定しなかった場合には（第20条）、以下の法律による。

- 1 不動産に関する契約の効力については、その不動産の所在地法
- 2 取引所および市場における契約または公的または私的の競売における売買に際して締結せられた契約の効力については、その地の法律
- 3 登記せられた船舶または航空機に関する契約の効力については、その登記地の法律
- 4 弁護士、公証人、医師またはその他の公的かつ地域的な自由職業に従事する者との間に締結せられた契約の効力については、その契約がそれらの職業の営行に関するものであるかぎり、契約締結当時その職業が営まれた地の法律

第58条 当事者が、準拠すべき法律を指定しなかった場合において(第20条)、前条に掲げない行為の効力の準拠法は、以下のように定める。

1 単独行為および片務契約(例えば、贈与、無償寄託、使用貸借など)の効力は、その行為の成立当時における債務者の住所地法による。

2 売買契約の効力は、契約締結当時における売主の住所地法による。

ただし、以下の場合には買主の住所地法による。

(い) その売買契約が、売主またはその受任者、代理人または派出員により、買主の住所地において締結されたとき

(ろ) 売買の目的物が、契約締結当時、買主の住所地に存するとき

(は) 当事者により指定された契約履行地が、買主の住所地に存するとき

上の場合において、売主の受任者、代理人または派出員が、売主の追認を留保していたり、またはその活動が買主の注文の伝達に制限されていたりしたことによって、買主の住所地法の適用が妨げられることはない。

目的物の検査が行われるための条件の決定、検査により明かになった目的物の不足、欠陥または不一致または目的物の受領拒絶、その処分、売主への放任、その一時的保管、またはその受領の留保などの通知の従うべき方式および受領拒絶の場合における動産目的物に対する処置に関する当事者各自の利権義務は、その売買契約の履行として交付された目的物の検査が行なわれるべき地の法律による。

3 賃貸借契約の効力は、契約締結当時における賃貸人の住所地法による。

4 雇傭契約および請負契約の効力は、その労務が行なわれまたは仕事が完成された地の法律による。

5 物品または旅客運送契約の効力は、契約締結当時における運送人の住所地法による。

6 運送取扱契約の効力は、契約締結当時における運送取扱人の住所地法による。

7 出版契約の効力は、契約締結当時における出版者の住所地法による。

8 委任契約の効力は、契約締結当時における受任者の住所地法による。

9 取次契約の効力は、契約締結当時における取次人の住所地法による。

10 生命、損害および再保険契約の効力は、契約締結当時における保険者の住所地法による。

ただし、ハンガリーにおける外国保険者の代表により締結せられた保険契約は、ハンガリー法による。

11 指図の効力は、指図の引受の当時における被指図人の住所地法による。ただし、指図の引受がない場合においては、指図地の法律による。

12 組合契約の効力は、その組合の成立地の法律による。

右の法律が不明確である場合には、その組合の本拠の存する地の法律による。

第59条 前条の規定により、法律行為の効力に当事者の住所地法を適用すべき場合において、当事者がその法律行為成立の当時、2個以上の国に住所を有するかまたはその住所が不確定であるときには、その法律行為の履行地の法律による。ただし、その法律行為が、2個以上の国において履行せられるかまたは履行地が不確定であるときには、その法律行為の成立地の法律による。

第60条 当事者が、準拠すべき法律を指定しなかった場合において、前3条に掲げた以外の契約の効力は、当事者が契約締結の当時住所地を同一にするときには、その住所地法により、住所地を異にするときまたは住所地が不確定のときには、履行地法により、履行地が不確定または2個以上の国に存するときには、契約締結地の法律による。

不在者の間に締結された契約は、申込者が承諾の意思表示を受領した場所および時に成立したものとみなす。

第61条 相殺されるべき両債権が、それぞれ準拠法を異にするときには、債務者が自己の債権と相殺しようとする債権の準拠法が、相殺を許す場合にかぎり、相殺が認められる。

債権者がどの限度自己の債務を免れうるかは、債務者の債権の準拠法による。

第62条 債権譲渡の実質的要件および効力は、譲渡債権の準拠法による。

譲渡債権に附随する権利（担保権、保証）が、別段の譲渡がなくとも譲受人に移転するか否かも、同一の法律による。ただし、その場合においても、担保物の所在地法および保証債務の準拠法が、それらの附随的権利の移転を許さないときには移転しないものとする。

譲渡が、有因行為であるか無因行為であるかも、譲渡債権の準拠法による。ただし、譲渡の原因となるべき法律関係の成立および効力は、その原因となるべき法律関係自体の準拠法による。

一定の債権が、債権者の意思にかかわらず、法律上の原因に基づいて、移転するか否か（法定移転）は、債権者とその債権者を満足せしめた第三者との間に存する法律関係の準拠法による。

第63条 第三者による債務の引受は、その債務の準拠法が債務の引受を許し、かつその債務の引受がその法律に従う場合においてのみ、これをもとめる。

当該債権に附随する権利（担保物権、保証）の移転および債務の引受が有因行為とされるか無因行為とされるかも、同一の法律による。

第64条 連帯債権債務の場合には、各連帯債権者の債権および各連帯債務者の債務は、その債権または債務の準拠法による。

連帯債務者間の求償は、求償をなす連帯債務者の債務の準拠法およびその求償を受ける連帯債務者の債務の準拠法に従い、その要件の存する場合においてのみ、これをなすことができる。

第65条 保証債務の内容および範囲、即ち保証人は何を弁済すべきかは、主たる債務の準拠法による。ただし、主たる債務者の債務に対する保証人の責任の存否およびその要件は、債権者と保証人との間に成立する保証契約の準拠法による。

第66条 不法行為によって生ずる債務の要件および効力は、その債務を生ぜしめた行為の行なわれた地の法律による。船舶又は航空機上において行われた不法行為の要件および効力は、その船舶または航空機の登記地の法律による。

人の不法行為能力、その責任、行為の不法性阻却事由および行為と発生した損害との間の因果関係も、同一の法律による。

第67条 適法または違法の方法による無過失賠償責任は、その損害の発生した地の法律による。

第68条 何人も、外国においてハンガリー国民によりなされた不法行為またはハンガリー国民により第三者に与えられた適法または違法の無過失損害を理由として、同様の場合においてハンガリー法がハンガリー国民に認めるより以

上の損害の賠償を、ハンガリーにおいて、請求することはできない。

第69条 事務管理によって生ずる債務は、その債務を生ぜしめた事実の発生した地の法律による。

第70条 不当利得は、問題の財貨の移転自体の準拠法、即ちそのなされた給付の準拠法による。

他人を利得せしめたその給付が、義務に基づくものであるか否かは、義務が成立したとすれば、これが従うべきであった法律による。

加工、附合および混和の場合における不当利得は、目的物の所在地の法律による。

(婚姻予約)

第71条 婚姻予約の実質的有効性およびその効力は、当事者の本国法による。当事者が国籍を異にする場合においては、婚約の男の本国法による。

ただし、ハンガリー法が認める限度以上の婚姻自由の原則を認めない外国法は、ハンガリーにおいては適用されない。

(婚姻の有効性)

第72条 本法に別段の定めがないかぎり、婚姻の実質的有効性は、当事者の能力に関しては、各当事者につきその本国法により、その他の関係については、両当事者の本国法による。

ハンガリー人の婚姻については、それが外国において締結される場合といえども、(婚姻に関する) 1894年法律第31号第14条乃至第27条および第124条の規定による。

婚姻の実質的有効性および婚姻障碍については、婚姻締結当時における当事者の国籍を基準とする。

第73条 ハンガリー人が外国人女子と婚姻しようとするときには、その挙行地が外国であるとハンガリーであるとを問わず、婚姻の実質的有効性は、ハンガリー法による。ただし、その外国人女子の能力については、このかぎりでない。

第74条 ハンガリーにおいて締結される婚姻については、外国人に対しても、(婚姻に関する) 1894年法律第31号第11条乃至13条の規定を適用する。

第75条 ハンガリーに住所を有する未成年の外国人にして、その本国法によ

れば、婚姻のためには親または後見人の同意を要するも、自らの責に帰すべからざる事由により、これを得られないときには、ハンガリーの後見官庁により、保佐人を任命することができる。この場合においては、ハンガリーの後見官庁は、その保佐人の意見を聞いて、婚姻の同意を与えることができる。

第76条 外国人がハンガリーにおいて婚姻をしようとするときには、その本国法が必要とする婚姻の要件を備えることを証明しなければならない。ただし、司法大臣は、この証明の義務を免除することができる。

第77条 婚姻の形式的要件は、婚姻举行地の法律による。

ハンガリー人が、外国において、婚姻しようとする場合においても、ハンガリーの管轄官庁が、特にその公告を免除していないかぎりには、ハンガリーにおいて公告をすることを要する。ただし、この公告は、これをしなくても、それにより、その婚姻が方式に関して無効となることはない。

外国人が、ハンガリーにおいて、婚姻しようとするときには、婚姻の公告については、ハンガリーの法律による。

第78条 ハンガリー人の男子が、外国において、婚姻をしようとする場合において、その外国に駐在するハンガリーの外交使節または領事が、ハンガリー政府により、婚姻举行についての権限を与えられているときには、これらの機関によって婚姻を举行することができる。かかる婚姻は、これをハンガリーにおいて举行したものとみなす。

外国人の男子が、ハンガリーにおいて、婚姻をしようとする場合においては、ハンガリー政府がこれを排斥しないときにかぎり、自国の外交使節または領事によって婚姻を举行することができる。かかる婚姻は、これをその外国において举行したものとみなす。

ハンガリー政府は、反対の国際条約のない場合には、相互性の存するときにかぎり、右の外交使節または領事による婚姻の有効性を認めることができる。

右の相互性についての司法大臣の意思の表示は、ハンガリーの裁判所を拘束する。

右の表示が不明確である場合には、職権を以て、これを請求しなければならない。

(婚姻の身分的効果)

第79条 夫婦の身分的関係および扶養の義務は、夫婦の本国法による。夫婦が国籍を異にする場合には、その最後の共通の本国法による。夫婦が共通の本国法をもったことがない場合においては、夫の本国法による。夫婦が、国籍を変更した場合においては、新国籍を基準とする。

(婚姻の財産的効果)

第80条 夫婦財産契約の存しない場合においては、婚姻の財産的効果は、婚姻当時における夫婦の本国法による。

夫婦が、婚姻当時国籍を共通にせず、かつ婚姻によっても国籍を共通にするにいたらなかった場合には、婚姻当時における夫の本国法による。

第81条 当事者が、別段の法律によらなかった場合においては(第20条)、夫婦財産契約の効果は、前条に定める法律による。

夫婦財産契約は、これを婚姻前においてのみ締結しうるか、または婚姻後においても締結しうるかおよび既に締結した夫婦財産契約を婚姻中において変更または廃止しうるかも、同一の法律による。

ただし、夫婦が婚姻中において新しい共通の国籍を取得し、かつその新本国法が、旧本国法と異り、婚姻後における夫婦財産契約の締結を認め、または既に締結した夫婦財産契約の婚姻中における変更または廃止を認めるときには、これらの問題については、その新本国法による。

夫婦財産契約の締結能力は、その締結の当時における各当事者の本国法による。

夫婦財産契約の方式は、契約締結地の法律または契約の効力を定める法律による。ただし、夫婦のいずれか一方の本国法が、一定の方式に従うべきものとする場合には、その定めによらなければならない。

(離婚および別居)

第82条 離婚および別居の要件は、その請求の当時における夫婦の本国法による。

夫婦が、その当時において、国籍を同一にしない場合には、その最後の共通の本国法による。

夫婦が、共通の本国法をもったことがない場合においては、夫の本国法による。

第83条 外国人が、ハンガリーの裁判所に離婚の請求をした場合においては、ハンガリーの裁判所は、管轄を有しかつ当事者の本国法が離婚を認め、しかもその離婚の請求の原因となっている事実が、当事者の本国法によっても、またハンガリーの法律によっても、離婚原因と認められるときにかぎり、離婚の宣告をすることができる。

外国人が、ハンガリーの裁判所に別居の請求をした場合においては、ハンガリーの裁判所は、管轄のある場合において、当事者の本国法が離婚および別居を認め、かつその別居請求の原因となっている事実が、当事者の本国法によれば、別居原因と認められ、かつハンガリー法によれば、離婚原因と認められるときにかぎり、別居の宣告をすることができる。

第84条 婚姻中に夫婦の国籍が変更した場合において、その変更の前に生じた事実を原因として離婚の請求がなされるときには、その事実が、その発生当時の本国法によれば、離婚原因または別居原因として認められ、かつハンガリー法によれば、離婚原因として認められる場合においてのみ、ハンガリーにおいて離婚の宣告がなされる。

帰化ハンガリー人が、その旧本国において、ハンガリー法によれば離婚原因と認められる事実に基いて別居の宣告を受けている場合においては、ハンガリーにおいて、離婚の宣告をすることができる。この場合、ハンガリーの裁判所は、当事者の有責性の問題について、更に判断を下すことはできない。

(婚姻事件の管轄)

第85条 ハンガリーの裁判所は、ハンガリー国民の婚姻事件につき専属管轄を有する。

第86条 当事者の本国法により管轄を認められた外国裁判所により宣告された外国人の離婚または別居の判決は、ハンガリーにおいても、これを有効とする。

第87条 ハンガリーの裁判所は、外国人の婚姻事件については、原則として、管轄を有しない。

第88条 ハンガリーの裁判所は、夫婦のいずれか一方が、ハンガリーに居住し、かつその本国法が、その判決の効力を認める場合においては、外国人の婚

姻事件について、管轄を有する。

なお、ハンガリーの裁判所は、夫婦のいずれか一方がハンガリーに居住する場合であって、かつ以下に掲げる場合においては、外国人の婚姻事件について、管轄を有する。

1 夫婦の本国法が、婚姻の方式について、挙行地法によることを認めず、自国民に対しては、本国法による宗教婚を必要としている場合において、当事者が、ハンガリーにおいて、宗教婚をなさず、身分官吏による民事婚をなした場合

2 夫婦が、もとハンガリー国民であり、かつそのハンガリー国民であったときに外国の裁判所により離婚の宣告を受け、その後において、その外国の国籍を取得した場合

3 夫婦が、国籍を有しないかまたは国籍が不明確である場合

第89条 外国人と婚姻する前にはハンガリー国民であった妻は、その婚姻がハンガリーにおいてなされ、かつ婚姻の後、夫に従って外国へ行かなかった場合にかぎり、ハンガリーの裁判所に、婚姻無効の訴を提起することができる。

もとハンガリー国民であった夫をもつ外国人の妻は、その夫が、離婚原因たる事実の発生した前または後に外国国籍を取得したものであり、かつその夫に従って外国へ行かなかった場合にかぎって、ハンガリーの裁判所に、離婚の訴を提起することができる。

(親子関係)

第90条 子が婚姻により生れたものであるか否かは、子の出生当時における母の夫の本国法による。若し、子の出生当時、婚姻が解消していた場合には、婚姻解消当時における母の夫の本国法による。

嫡出親子関係と非嫡出親子関係との間の差別を廃止する1946年法律第29号第1条の規定は、前項により定められた法律が、両者の区別を認める場合においてもこれを適用する。

第91条 母が仮想の夫と締結した婚姻が、管轄裁判所により無効を宣告せられた場合においては、その婚姻が、誤想婚姻と認められるか否かおよびそのような婚姻より生れた子が、婚姻により生れた子と認められるか否かの問題は、子の出

生の当時における仮定の夫の本国法による。若し、その婚姻無効の宣告が、子の出生の前になされた場合には、その宣告当時における仮定の夫の本国法による。

(親子間の法律関係)

第92条 親子間の法律関係の成立要件および効力は、子の本国法による。

以下の事項は、前項に定める法律による。

1 婚外の子の法律上の地位、婚外の子とその母および父との間の法律関係の成立要件および効力、その発生および消滅

2 婚外の子に父又は母の認知が必要である場合、その認知の実質的要件及び効力

3 婚外の子と父または母との間の扶養義務およびその父の母に対する援助義務婚外の子の母が、不法行為により、その父と同棲せしめられたものである場合には、父の母に対する援助義務は、その不法行為の発生地法律による。

第93条 婚外の子の父または母による認知の方式は、子の本国法または認知の行なわれた地の法律による。

第94条 子が外国人である場合といえども、その親は、ハンガリーにおいては、ハンガリーの法律の認める限度をこえる懲戒権を行使することはできない。

第95条 子の工業および製造工場における使用制限および学校教育に関するハンガリー法の規定は、ハンガリーに居住する外国人たる子の親を拘束する。

第96条 ハンガリーの法律が、婚姻による子または婚外の子に対するその父または母の扶養義務を認めるときには、その子の本国法がこれを認めない場合においても、ハンガリー法を適用する。

扶養義務の最低限度およびその消滅は、ハンガリー法による。

第97条 外国人である婚外の子の父および母が、ハンガリーに住所を有する場合において、親子間の法律関係に関するハンガリー法の規定が、子の本国法よりも、子または母にとって有利であるときには、ハンガリー法を適用する。

(血族および姻族関係)

第98条 血族および姻族相互間の扶養義務は、扶養義務者の本国法による。

(準正)

第99条 婚外の子の行政処分または裁判官による準正の要件および効力は、

準正の当時における父の本国法による。準正の当時、父が死亡している場合には、その死亡当時の本国法による。

第 100 条 婚姻による準正の要件および効力は、婚姻当時における母の夫の本国法による。

第 101 条 準正には、子または第三者の同意または官庁の許可が必要であるか否かは、その子の本国法による。

第 102 条 準正の方式は、子の本国法または準正の行なわれた地の法律による。

(養子縁組)

第 103 条 養子縁組の認否およびその要件並びに効力は、縁組の当時における養親の本国法による。縁組の当時、養親が死亡している場合には、その死亡当時における本国法による。

養子縁組契約には、行政官庁または裁判所の認許が必要であるか否か、およびそれが必要である場合には、いかなる行政官庁または裁判所が、その管轄を有するかも、同一の法律による。

養子の縁組能力はその本国法による。

養子自身の意思表示または第三者又は後見官庁の同意または許可が、どの程度必要とせられるかも、養子の本国法による。

第 104 条 養子縁組契約の方式は、縁組契約の締結地の法律または当事者の本国法による。

第 105 条 ハンガリーの司法大臣は、養親が養子縁組当時ハンガリー国民であるか、または養子が未成年者の場合には、後見官庁による養子縁組契約の認許のときに、ハンガリー国民である場合にかぎり、養子縁組契約を認許することができる。

ハンガリーの司法大臣は、養親が外国人である場合においても、その本国法がハンガリーの司法大臣の処分を有効と認めるか、または養親がハンガリーに居住し、かつ無国籍または国籍が不明確であるか、または養親の本国法により、管轄官庁の認許が必要とせられるにもかかわらず、その官庁が、養親の外国国籍を理由として、無管轄を宣すために、その認許がえられない場合には、そ

の養子縁組契約を認許することができる。

ハンガリーの司法大臣は、当事者の意思が家族的法律関係の設定を目的としないことが明かな場合には、養子縁組契約の認許を拒絶することができる。

(後見および保佐)

第 106 条 後見および保佐の設定および廃止の要件は、被後見人または被保佐人の本国法による。

被後見人または被保佐人に国籍の変更があった場合においては、新国籍を基準とする。

第 107 条 後見人および保佐人と被後見人及び被保佐人との間の法律関係は、後見又は保佐を設定する官庁の所属する国の法律による。

ただし、後見および保佐の開始の時期および原因およびその終了は、後見人および保佐人と被後見人および被保佐人との間の法律関係に別の法律が適用せられる場合においても、被後見人または被保佐人の本国法による。

被後見人または被保佐人の本国法は、後見人および保佐人の決定についても、これを考慮しなければならない。

第 108 条 後見または保佐を引受くべき義務は、後見人または保佐人の本国法による。

第 109 条 ハンガリーの官庁は、ハンガリー国民の後見または保佐の設定および廃止につき、管轄を有する。

外国官庁が、ハンガリー国民に対して設定した後見または保佐は、その被後見人または被保佐人が、その外国に居住するかまたは財産を有し、かつその権利および利益の保護が、その外国で設定せられた後見または保佐によって適当に保障せられるときは、ハンガリーにおいて、これを承認する。

前項の場合においては、ハンガリーの官庁は、被後見人または被保佐人のハンガリーに所在する財産について、特別保佐人を選任する。

前項の特別保佐人の権限は、被後見人または被保佐人の財産の管理に関する処分の範囲に限られる。

被後見人または被保佐人の財産の存立に関係をもつ処分については、確実な方式により証明され、かつ必要な場合には、その外国の管轄後見官庁により許

可された、法定代理人の同意を要する。

第 110 条 ハンガリーの官庁が、ハンガリー国民に対して設定した後見または保佐は、未成年者および禁治産者の身体および外国に所在する財産を含むその全財産に及ぶものとする。

第 111 条 外国人の後見または保佐の設定および廃止の管轄は、被後見人または被保佐人の本国法により定められた官庁にあるものとする。

第 112 条 外国人が、ハンガリーに、未成年の子を遺棄して行った場合には、ハンガリーの後見官庁は、遅滞なく、この事実を、その未成年者の本国官庁に通知しなければならない。

その未成年者の本国官庁が、相当の期間内に、後見の設定を考慮しなかった場合においては、ハンガリーの後見官庁は、その未成年者に対して、仮後見を設定する。

前項の仮後見は、その未成年者の本国官庁が、別段の処分をなすまで存続する。

仮後見人の権限は、未成年の監護、養育、教育、財産の管理および財産の存続の保護の範囲に限られる。

ハンガリーの後見官庁は、被後見人の本国官庁に対し、仮後見の設定につき、遅滞なく通知すべきものとする。

第 113 条 外国において後見または保佐に附せられた外国人のハンガリーに所在する動産および不動産に対し、ハンガリーの後見官庁は、保佐人を選任する。

前項の保佐人の権限は、財産の管理に関する処分の範囲に限られる。

被後見人または被保佐人の財産の存立に関係をもつ処分については、確実な方式により証明され、かつ必要な場合には、その外国の管轄後見官庁により許可された法定代理人の同意を必要とする。

第 114 条 ハンガリーの後見官庁は、前 2 条に掲げた場合のほか、被後見人または被保佐人が、ハンガリーに居住し、かつその本国法が、ハンガリーの後見官庁の決定の効力を認めるか、または被後見人または被保佐人が、国籍を有しないかまたは国籍が不明確である場合には、外国人の後見または保佐事件について、管轄を有する。

緊急の場合においては、ハンガリーの後見官庁は、前項の要件を備えない場

合においても、管轄を有するものとする。ただし、この場合における、処分の効力は、被後見人または被保佐人の本国官庁により別段の処分がなされるまでに限られるものとする。

前項の場合においては、ハンガリーの後見官庁は、その処分を、遅滞なく、被後見人または被保佐人の本国官庁に通知しなければならない。

第 115 条 相続訴訟中において、その相続に利害関係を有する未成年者またはその他の無能力者の管轄後見官庁が外国に存在するか、またはその管轄後見官庁を決定しえないことが明かになった場合においては、その相続裁判所の管轄の決定の基礎となった市町村の存する裁判管轄区域のハンガリーの後見官庁が、その遺産の分割およびその他の同意に対する許可について、管轄を有するものとする。（相続訴訟に関する 1894 年法律第 16 号第 71 条第 5 項）。

第 116 条 ハンガリーの後見官庁により選任または認許された後見人または保佐人（第 109 条、第 113 条および 114 条）、仮後見人（第 112 条）、または特別保佐人（第 109 条第 3 項）は、ハンガリーの後見官庁の監督に服し、その職務の遂行は、ハンガリー法の規定に従い、かつハンガリー法の定める責任を負担するものとする。

（相続）

第 117 条 相続は、被相続人の死亡当時の本国法による。

以下の事項は前項に定める法律による。

1 相続の要件

2 相続能力の有無 ただし、相続人が、その本国法により一般的権利能力を認められない直接の結果として、相続能力を欠く場合には、相続人の本国法による。

3 相続人、後位相続人または受遺者が、相続、後位相続または遺贈の時に生存していることを要するか否か、および胎児または未懐胎児が相続をなしうるか否かの問題

4 相続期待権を喪失せしめる事実および被相続人と相続人との間の相続拋棄契約の許容性およびその効力

5 法定相続順位、終意処分（遺言、相続契約、死因贈与）による法定相続

順位の排除または変更の可否およびその方法，終意処分およびその撤回の実質的有効性および効果，寡婦の相続権，国庫の相続権，遺贈およびその撤回，遺言執行者の法律上の地位，可譲分および遺留分

6 相続の効果，相続財産および遺贈の取得，遺産債務に対する責任，遺産の分割および相続回復請求権

7 相続財産の売買

被相続人の債務者は，相続人の何人たるとを問わず，ハンガリーに所在する相続財産より，弁済を受けることができる。

第 118 条 遺言能力は，遺言当時における遺言者の本国法による。

第 119 条 遺言およびその撤回の方式は，その遺言またはその撤回がなされた地の法律による。ただし，遺言者の死亡当時の本国法に従う方式は，これを有効とする。

外交使節または領事の前でなされた遺言またはその撤回は，その外交使節または領事の所属国においてなされたものとみなす。

第 120 条 一定の権利が相続の対象となりうるかおよび相続財産に所属するかは，その権利の従うべき法律による。

第 121 条 被相続人が，権利共同関係に参加している場合においては，相続の対象となるべきその持分の決定は，その権利共同関係の従うべき法律による。

第 122 条 相続欠格に関するハンガリー法の規定は，被相続人が外国人である場合といえども，ハンガリーにおいて，これを適用する。

第 123 条 相続事件に関するハンガリー裁判所の管轄権は，(相続訴訟に関する) 1894年法律第16号第 8 条および第 111 条に定める場合のほか，ハンガリー国民たる被相続人の所有する外国所在の不動産にも及ぶものとする。ただし，その不動産の所在地国が，これを斥けるときは，このかぎりではない。

(最終規定)

第 124 条 本法の規定は，ハンガリーに施行されている国際条約に別段の定めのない限りにおいて，これを適用する。

第 125 条 本法は，公布の日より，これを施行する。

第 126 条 本法は，現在係属中の事件に対しても，これを適用する。ただし，

遡及的効力はもたないものとする。

第 127 条 本法により準拠法として指定された外国法の規定が、係争法律関係の成立の時以後に廃止せられた場合においては、その準拠法中の時際的衝突規定により、適用を認められるときにかぎり、これを適用する。

外国法中の時際的衝突規定は、その適用が、かかる場合絶対的に適用されるべきハンガリー時際法の根本原則に反するときには、これを適用しない。

第 128 条 (婚姻に関する) 1894 年法律第 31 号第 108 条乃至第 117 条、(遺言の方式に関する) 1876 年法律第 16 号第 34 条、(後見および保佐に関する) 1877 年法律第 20 号第 61 条ないし第 65 条およびその他本法に反するハンガリーの法律はこれを無効とする。

第 129 条 本法の執行については、司法大臣が、これを定める。

19. 1953 年 中華民国涉外民事法律適用法[※]

第 1 条 人の行為能力はその本国法による。

(2) 外国人がその本国法によれば絶対無能力者か、または制限無能力者であっても、中華民国の法律によれば能力者である場合、その中華民国に於ける法律行為については行為能力があるものとみなす。

(3) 親族法または相続法の法律行為、或いは外国にある不動産についての法律行為に関しては前項の規定を適用しない。

第 2 条 外国法人で中華民国の認許を受けて成立した場合はその住所地法をもってその本国法とする。

第 3 条 中華民国に住所または居所を有する外国人は本国および中華民国の法律によれば同じく禁治産の原因がある場合には、禁治産の宣告をすることができる。

※ この法律の公布されたのは、1953 年 6 月 6 日である。この邦訳は、法学協会雑誌 73 卷 6 号 (1957 年) に掲載されたもので、歐竜雲氏の訳出にかかる。但し収録に際しては、同氏の指示された改訂補充にしたがった。

(2) 前項の禁治産宣告の効力は中華民國の法律による。

第4条 中華民國に住所または居所を有する外国人が失踪したとき、その中華民國にある財産および中華民國の法律によるべき法律関係については、中華民國の法律によって死亡の宣告をすることができる。

(2) 前項の失踪による外国人の配偶者または直系血族が中華民國の国民であり、しかも現在中華民國に住所または居所を有する場合には前項の規定にかかわらず、その申立に因って中華民國の法律により死亡の宣告をすることができる。

第5条 法律行為の方式は当該行為に適用すべき法律による。ただし、行為地法の定める方式によってもこれを有効とする。

(2) 物権に関する法律行為の方式は目的物の所在地法による。

(3) 手形小切手上的の権利行使、または保全に関する法律行為の方式は行為地法による。

第6条 債権債務関係を生ずる法律行為の成立要件および効力は、当事者の意思によってその適用すべき法律を定める。

(2) 当事者の意思が不明なとき同国籍者である場合にはその本国法により、国籍の異なる場合には行為地法による。行為地の異なる場合には申込の通知を發した地を行為地とする。若し相手方が承諾するときに於て、その申込の通知を發した地を知らない場合には、申込者の住所を行為地とみなす。

(3) 若し、前項の行為地が2国以上に跨り、またはいかなる国にも属しないときは履行地法による。

第7条 債権譲渡の第三者に対する効力は原債権の成立および効力に適用する法律による。

第8条 事務管理・不当利得またはその他の法律事実によって生ずる債権債務に関しては、その事実の発生した地の法律による。

第9条 不法行為に因って生ずる債権債務に関しては不法行為地法による。ただし、中華民國法律が不法行為と認めない場合にはこれを適用しない。

第10条 物権に関しては物の所在地法による。

(2) 権利を目的とする物権に関しては成立地法による。

(3) 若し物の所在地に変更があるときは、その物権の得喪はその原因となる事実の完成したときの物の所在地法による。

(4) 船舶の物権に関しては船籍国法により、航空機の物権は登記国法による。

第11条 婚姻成立の要件は各当事者の本国法による。ただし、婚姻の方式が当事者の一方の本国法、または挙行地法によっている場合にもまたこれを有効とする。

(2) 婚姻の方式は、当事者の一方が中華民国国民であり、しかも中華民国に於て挙行した場合には、中華民国の法律による。

第12条 婚姻の効力は夫の本国法による。ただし、外国人の妻であってもまだ中華民国の国籍を喪失せず、しかも中華民国に於て住所または居所を有するもの、または外国人が中華民国国民の入夫となった場合にはその効力は中華民国の法律による。

第13条 夫婦財産制は婚姻当時の夫の本国法による。ただし、中華民国の法律によって締結した財産制もまたこれを有効とする。

(2) 外国人が中華民国国民の入夫となった場合にはその夫婦財産制は中華民国の法律による。

(3) 前2項の規定で夫婦の不動産に関し、若しその所在地法によれば特別規定に従うべき場合にはこれを適用しない。

第14条 離婚はその起訴当時の夫の本国法および中華民国の法律が共に、その事実を離婚原因と認めるものについてこれを宣告することができる。ただし、配偶者の一方が中華民国国民であるときは中華民国の法律による。

第15条 離婚の効力は夫の本国法による。

(2) 外国人の妻であってもまだ中華民国の国籍を喪失しない場合、または外国人が中華民国国民の入夫である場合にはその離婚の効力は中華民国の法律による。

第16条 子の身分はその出生当時の母の夫の本国法による。若し婚姻関係が子の出生前に既に消滅した場合には、婚姻関係の消滅した当時の夫の本国法による。

(2) 前項で述べた夫が入夫であるときはその母の本国法による。

第17条 非嫡出子認知の成立要件は各認知者被認知者の認知当時の本國法による。

(2) 認知の効力は認知者の本國法による。

第18条 養子縁組の成立および離縁は各養親・養子の本國法による。

(2) 養子縁組効力は養親の本國法による。

第19条 親子間の法律関係は父の本國法による。若し父のない場合、または父が入夫である場合には母の本國法による。ただし、父が中華民國の国籍を喪失しても、母および子がまだ中華民國国民である場合には中華民國の法律による。

第20条 後見は被後見人の本國法による。ただし、中華民國に住所または居所を有する外国人でつぎの場合の1に該当する場合にはその後見は中華民國の法律による。

1 被後見人の本國法によれば後見開始の原因があっても後見の事務を行なうものがないとき。

2 被後見人が中華民國で禁治産の宣告を受けたとき。

第21条 扶養の義務は扶養義務者の本國法による。

第22条 相続は被相続人の死亡当時の本國法による。ただし、中華民國の法律によれば中華民國国民が相続人となるべき場合には、その中華民國にある財産については相続することができる。

第23条 外国人が中華民國に財産を遺留して死亡したとき、若しその本國法によれば、相続人不存在の財産である場合には、中華民國の法律によってこれを処理する。

第24条 遺言の成立要件および効力は、その成立当時の遺言者の本國法による。

(2) 遺言の取消はその取消当時の遺言者の本國法による。

第25条 この法律によって外國法を適用するとき、若しその規定が中華民國の公の秩序または善良の風俗に反する場合にはこれを適用しない。

第26条 この法律によれば、当事者の本國法を適用すべきであっても、その当事者が多数の国籍を有するとき、その取得について前後のある場合には、その最後に取得した国籍によって本國法を定める。同時に取得した場合には、そ

の関係のもっとも密接な国の法律による。ただし中華民国の国籍法によれば、中華民国国民と認められるべき場合には中華民国の法律による。

第27条 この法律によれば、当事者の本国法を適用すべきであっても、当事者が無国籍であるときは、その住所地法による。住所不明のときは、その居住地法による。

(2) 当事者が多数の住所を有するときはその関係のもっとも密接な住所地法による。ただし、中華民国に住所を有する場合には中華民国の法律による。

(3) 当事者が多数の居所を有するときは前項の規定を準用する。居所不明の場合には現在地法による。

第28条 この法律によって当事者の本国法を適用するとき、若しその国内の地方によって法律を異にする場合にはその国内の住所地法による。その国内の住所が不明である場合にはその首都所在地法による。

第29条 この法律によって当事者の本国法を適用するとき、若しその本国法によれば、当該法律関係について、他の法律によって定められるべき場合にはその他の法律による。

その法律によれば、更に他の法律を適用すべき場合もまた同様である。ただし、他の法律によれば、中華民国の法律を適用すべき場合には中華民国の法律を適用する。

第30条 涉外民事について、この法律に規定されていない場合にはその他の法律の規定を適用する。他の法律にも規定がないものは条理による。

第31条 この法律は公布の日からこれを施行する。

20. 1959年フランス国際私法改訂予備草案[※]

序章——第3節

外国人の地位——場所における法の衝突——官署および裁判所の管轄

第1条 外国人はフランスにおいて、政治上の権利および法律が明示的に拒

※ この邦訳の基礎となったフランス法原文については、本書148頁参照。

否する権利を除き、内国人と同一の権利を享有する。

本拠が外国にあり、かつその地に行なわれる法律により適法に設立せられた法人は、フランスにおいて外国人に認められた権利を享有する。ただし立法上または行政上の規定によりその活動に対し課せられる制限についてはこのかぎりでない。

本拠がフランスにあり、かつフランス法にしたがって適法に設立せられた法人は、外国的支配下にある法人に立法上または行政上の規定により拒否せられた権利を除き、フランス人に認められた権利を享有する。

第2条 人の身分および能力は、以下の規定を除き、その本国法によってこれを定める。

無国籍者および避難民はその住所地法により、住所が知れないときはフランス法による。

第3条 婚姻の実質的要件は各当事者につき、その身分を支配する法律による。

婚姻の効力、離婚および別居は夫婦の共通本国法により、それがなくときはその共通住所地法による。

第4条 嫡出親子関係は婚姻の効力を支配する法律による。

婚外親子関係は子の属人法による。ただし婚姻による準正に対しては婚姻の効力を支配する法律を適用する。

養子縁組の実質的要件および効力は養親の属人法による。夫婦双方の合意による養子縁組および縁組による準正はその実質的要件および効力に関しては婚姻の効力を支配する法律による。

第5条 当事者一方の本国法の定める無能力は、異国籍の相手方がこの無能力を認めない法律の属する国において契約した当時過失なくして無能力を知らなかったときは、その相手方に対してはこれをもって対抗するを得ない。

無能力者の保護はその本国法による。ただしこの保護が正嫡の父または母によって確保せられるときは、婚姻の効力に関する第3条2項に定める法律を適用し、この保護が養父または養母によりて確保せられるときは、第4条3項に定める法律を適用する。

前項の規定にかかわらず、緊急の必要あるときは、無能力者の住所地法を仮りに適用すべきものとする。

前項に定める法律が裁判所または行政官庁に対し、住所地法により同種の官庁に賦与せられる権限と根本的に相容れない役割を賦与するときは、これを永久的に適用する。

第6条 物権は目的物の所在地法による。

海洋上の船舶、内水航行船および航空機はその登録地の法律による。これらの船舶または航空機上に存するものもまた同じ法律による。

第7条 国際性を有する契約およびこれに基づく債務は当事者が明示または黙示に指定した国の国内法による。

第8条 不法行為および準不法行為、不当利得、非債弁済および事務管理に基づく債務はその原因たる事実の発生した地の法律による。

警察の法律は領土上において生じる一切の事実を支配する。

第9条 財産契約を締結しないで婚姻した夫婦の財産制はその共通本国法による。

本国が共通でないときは、最初の共通住所地法による。

夫婦が財産契約を締結したときは、夫婦財産制は第7条に定める法律による。

第10条 相続は死者の住所地法による。

遺言者は相続を支配する法律の強行規定を除き、別の法律によることができる。

フランス人たる共同相続人の1人がその外国人たる資格の故をもって外国にある財産の分割につき不利益をうけたときは、その者はこのようにして奪われた相続分に相当する相続分をフランスにある財産から先取することができる。

第11条 行為の方式は行為地法による。

前項の規定にかかわらず、財産に関する法律行為は行為の実質に適用される法律の方式により、また贈与に関するときは、処分者の本国法の方式により、これをなすことができる。

本条に定めた行為は設置国の法律によりて定められた権限の範囲内において、かつこの法律の定める方式により外交官または領事によってこれを作成するこ

とができる。ただしこれらの機関がその任務を行なう地の法律によりその権限が認められていることが必要である。

第12条 国内の土地の管轄規則は、以下の規定を除き、国際性を帯びる事案に対するフランス裁判所の管轄の決定に適用せられるものとする。

第13条 フランス人またはフランス法によって支配せられる法人は、人的および動的事項に関しては、通常の管轄外国裁判所とフランス裁判所との間に選択することができる。

この選択権は、フランス人が被告なる場合には、外国人に属する。フランス裁判所に土地の管轄を与えるあらゆる連結要素が存在しないときは、原告はその住所をフランスに有するかぎり、その選択裁判所のほか、住所地の裁判所に訴を起すことができる。

これらの規定により利益をうける当事者はそれを主張することを放棄することができる。

第14条 フランス法の保護する工業所有権に関する訴はフランス裁判所に提起することができる。フランス裁判所の地的管轄を生ぜしめる連結点が存在しないときは、原告はフランスにその住所を有するかぎり、その選択した裁判所のほか、住所地の裁判所に提訴する。

フランス裁判所はその管轄区域内にある財産に関する保存的措置につき管轄する。

フランス裁判所はフランスに営業所を設け、またはフランスにおいて活動する一切の商人につき破産を宣言し、また裁判上の和解を宣言することができる。

第15条 フランスの裁判所は訴訟係属、牽連および先決問題の抗弁に基づき、外国裁判所のために訴訟の却下をするように義務づけられるものではない。

第16条 外国判決はフランスにおいては被告の住所地の裁判所、または被告の住所がフランスにないときは、履行地若しくは履行をなしうる地の裁判所が執行を求める訴に対し与える執行判決に基づき、既判力および執行力を取得する。外国の公権的行為のフランスにおける執行力に対してもまた同じ手続が適用せられる。

執行判決手続に附せられた判決または公権行為が第17条ないし21条に定める

要件を充したときは、執行の許可を賦与される。

第17条 人の身分能力に関する判決および形成判決はフランスにおいては執行判決なくして効力を有する。ただしそれらの判決が財産に対する執行行為若しくは身体への強制行為を生ぜしめるべきときは、このかぎりでない。

この種の判決が援用せられた場合それが第8条ないし第21条を満足せしめるときは、フランスの裁判官はそれがなされた日に遡ってその効力をみとめる。

第18条 外国判決は、フランス法が事案の審理を専属的なものとしてフランスの裁判所に賦与しておらず、かつ判決を下した裁判所がその国の法律にしたがって管轄権を有していたかぎり、管轄裁判所によってなされたものとみなされる。

同一の事案につき異なる数国においてなされた判決が執行判決手続のために同時に提示されたときは、フランスの土地的管轄規則を満足せしめるものに優先権が与えられる。またこれらの判決が同時にこの管轄規則を満足せしめているときは、最初に訴訟を受理した裁判所に由来するものに優先権が与えられる。事案が他国の裁判所に係属しているときは、新たな判決が執行判決のために提示せられるまで、裁判所は執行を求める訴につき判決することを延期することができる。

第19条 執行認可手続のために提示せられた判決は、外国法の規定が遵守せられており、かつこの法律によれば執行が可能なときは、適法な手続によってなされたものとみなされる。

そのほか、執行判決を求められた裁判官は、被告が誠実に呼出しをうけ、自己の防禦手段を提示することができ、かつ外国裁判官の保持する証明がフランスの公序に反するものでないことを審査する。

第20条 フランスの衝突規則により管轄権ある法律を適用しなかった判決に対しては執行判決は拒まれる。

前項の規定にかかわらず、外国判決によって適用せられた法律が判決当時その法律関係がその連結要素の故につながりを有する国の一致した衝突規則の指定する法律であるときは、執行判決を賦与せられる。

外国判決によってなされた解決がフランス衝突規則により管轄権ある法によ

っても是認せられるものであるかぎり、同じく執行判決を賦与せられる。

第21条 フランスの公序に反する判決に対しては、執行判決は拒否せられる。ただしこれらの判決が不可分なものでないかぎり、判決のある項目についてのみ拒否せられることもある。

外国判決がフランスの判決と一致しないとき、または被告が外国判決の日以後の事実に基づき執行判決の請求の理由のないことを証明したときもまた執行判決は拒否せられる。

事案がフランス裁判所に係属中であるかぎり、執行判決の請求に関する裁判を延期することができる。

執行判決手続の裁判官はフランス法が適用せられるべき場合においては、外国裁判官のなしたフランス法についての解釈を検査することができる。

外国判決のその他の再審はすべて排斥せられる。

索 引

あ

- アインテイナー…………… 117, 122
 アメリカ合衆国国際私法……………73, 76, 79
 —法 源…………… 101
 —法典化……………73, 77, 79, 101
 —リストイメント…102, 104～106,
 109
 原 則…………… 105, 114
 註 釈 105, 114, 115, 117, 119
 例 解…………… 105, 114
 州註釈…………… 119, 120, 130
 の改訂…………… 120, 124
 アメリカ国際法学会…………… 107
 アメリカ州法統一委員全国会議……………125,
 127, 137
 アメリカ統一商法典…………… 125, 128, 134
 1949年案…………… 104, 138, 142
 1952年案……………129, 133, 138, 139, 142,
 144
 1958年案…………… 132, 133, 135, 138, 141
 ～144
 アメリカ弁護士協会…………… 107, 128, 129
 アメリカ法律協会……………102, 104, 106～108,
 113, 115, 119, 120, 121,
 124, 125～128, 137
 アルマンジョン…………… 122
- ### い
- 池原季雄…………… 161
 イギリス国際私法……………80
 イギリス国際私法委員会…………… 82, 83

- イタリア学派……………20
 イタリア法草案…………… 46, 54
 イタリア国際私法……………18, 50, 51
 イタリア民法典… 16～18, 20, 29, 36, 37,
 46, 47, 50, 51, 53

う

- ウェストレイキ……………17
 ウォルトレイー…………… 82, 90
 梅謙二郎……………38

え

- 江川英文…42, 43, 58, 60, 65, 83, 146, 161,
 162
 エーレンツワイグ…………… 122, 124, 142

お

- オクタヴィオ……………58, 60, 65
 折茂豊……………5, 58, 161
 オーストリア民法……………54

か

- 外国法の適用……………21
 学説法…………… 5, 6
 ガラルド……………60～62, 64, 67
 カンパセレス……………7, 15

き

- 岸本辰雄……………33～36
 ギリシャ法……………46～50
 旧法例…………… 29, 32～35, 37～39, 41

く

グッドリッチ……………127, 138
 クック……………122, 124
 久保岩太郎……………30, 43, 54, 161, 162
 熊野敏三……………29, 30, 32, 33, 35~40
 グレーブソン……………80, 87, 88, 90, 95
 桑田三郎……………83, 88, 95, 161

け

ケーゲル……………157
 ゲーブハルト……………22, 24~26
 ゲーブハルト案……………26, 27
 警察及び安寧に関する法……………6

こ

国際商事仲裁委員会……………76
 国際手続法の自主性……………158, 159, 161
 国際法学会……………20, 40, 41, 44, 46, 55, 59
 国際法律委員会……………66
 コモン・ロー……………81, 101, 102, 104, 106,
 112, 120, 120, 121, 125, 127,
 138, 141~143
 コルプス・ユリス……………5
 「婚姻及び離婚に関する国王委員
 会」……………82, 94, 95
 根源住所……………84, 85, 88, 90, 92

さ

債権契約……………44, 49, 55
 斎藤武生……………50, 51, 53, 58, 65, 141, 161
 ザクセン法……………17
 サヴィニー……………16, 17
 沢木敬郎……………78

し

住所地法主義……………27, 60, 98, 156, 158
 住所法……………82~84, 87, 93, 97
 住所法典……………82, 83, 87, 88, 90, 91
 新イタリー学派……………18
 人法……………10, 11, 12

す

末延三次……………105, 107
 スタチュート学派……………10, 11
 スタチュート理論……………7, 11
 ストーリー……………16, 41, 101, 123
 須藤次郎……………51, 58

せ

全アメリカ会議……………63, 68, 69
 全アメリカ法律委員会……………69, 74
 全アメリカ法律家理事会……………69, 70, 71~74,
 76, 77
 全アメリカ連合憲章……………67, 68, 76
 選択住所……………84, 85, 88
 全米連合(O.A.S.)……………57, 65, 67~69,
 70, 72, 73, 76, 77, 79

そ

属人法……………8, 11, 21, 26, 37, 41, 49, 53
 ~55, 59, 60, 98, 99, 156, 157
 属地主義……………11, 122, 123
 属地法……………21

た

ダイシー……………41
 田岡良一……………67
 田中耕太郎……………58, 59, 115
 田中保太郎……………105

田部 芳……………23
 溜池良夫……………154
 ダルジャントレ……………11, 15

ち

チェッコスロバキア国際私法草案
 ……………46, 53, 54
 チェッコスロバキア法……………47, 55
 チェッシャー……………82, 93, 95, 122
 「地方により法律を異にする国」…35, 36,
 37, 41, 54
 チューリッヒ民法典……………17

つ

妻の独立住所……………77, 78

て

手塚 豊……………30, 32
 デュームラン……………11, 15
 テレ……………154, 155

と

ドイツ国際私法協会…96, 154~156, 157
 ドイツ国際私法典の改正……………153
 当事者の意思自治……………44, 49, 54, 55, 134,
 141~143
 ドイツ民法施行法…22, 25, 26, 40, 42, 153,
 158, 161
 ドイツ連邦参議院……………23, 25~28
 動産相続……………10, 12
 動産に関する規定……………9
 動産は人にしたがう……………10~12

な

ナポレオン法典……………16, 19, 32, 33

に

ニーマイヤー……………23, 27
 西 賢……………58
 ニボアイエ……………146

ぬ

ヌスバウム……………122, 123, 142

ね

ネーデルマン……………62, 74, 76
 ~78, 79

の

野田良之……………7, 9, 18, 141
 ノ ル ド……………6, 17, 27, 42, 54, 60

は

ハーグ国際私法会議…59, 76, 81, 97, 99,
 155, 163, 164
 ハーグ条約……………41, 45, 83, 84, 86~88, 97
 バートン……………128, 129, 133, 142~144
 バイエレン法典……………6
 バイツケ……………157
 場所は行為を支配する……………13, 14, 19
 バチフォル……………155, 157
 ハバナ条約……………57, 64
 バラダオ……………61, 62
 バルト民法典……………17
 汎米会議……………58, 62, 65, 66
 汎米連合……………57, 66, 68, 69

ひ

ビール……………102, 111, 112, 116, 117,
 122~124, 142
 比較法学……………78, 95, 105

東ドイツにおける国際私法…………… 155

ふ

ブスタマンテ……………63, 64, 65

ブスタマンテ法典…………… 57, 58, 62~66, 70
~72, 73, 76~79

フーバー…………… 16, 80, 101, 123

物 法……………8~10, 12

不統一法国……………54

不動産相続…………… 8~12

不変更主義(夫婦財産制) ……52, 53, 152

フネ……………7, 8, 13, 14, 33

ブラウカー…………… 126, 127, 130, 131, 133

ブラジル国際私法……………42

プロシヤ一般州法…………… 6

プランク……………23, 24, 26

フランチェスカークス…………… 95, 96

フランス国際私法……………96, 145

——改訂予備草案(1959) …… 150

——法典化の事業…………… 147, 148

フランス民法改正委員会… 146, 147, 150

フランス民法改正予備草案… 146, 147

フランス民法典……………6, 7, 9, 32, 145

——3条……………6~10, 16, 33, 53, 145

へ

ベルギー民法典改正草案(新案) …… 3
2, 33, 37

ほ

法規分類学説……………8, 16

報復措置…………… 26, 44

法律行為の方式……………9, 13, 19, 36

法 例……………28, 29, 32, 36~38, 40~42,

52, 54, 161~168

法例審議会……………161~164

ホーム(生活の本拠) ……85, 86, 88, 89,
92, 93

ポーランド国際私法……………42~46, 53, 55

星野 通…………… 29, 32

穂積 陳重…………… 38, 39

穂積 文書……………39, 40, 41

ポルタリス……………7, 8, 9, 15

本国法主義……………17, 19, 20, 26~28, 49, 50,
60, 98, 156, 157,

本国法と住所地法とに関するハーグ
条約……………82, 83, 86, 87, 99

ま

マカロフ…………… 47, 60, 155, 156

マリオ・マットーキ……………77

マリダキス…………… 47, 48

マン…………… 82, 90, 91, 94

マンチニー…………… 5, 18, 19, 20, 33

み

道田信一郎…………… 1, 126, 133

む

無 国 籍……………37, 41, 52, 53, 158~160

め

メルラン……………15

も

モランディエール…………… 146, 150

モンテヴィデオ会議…………… 60, 61

モンテヴィデオ条約……………14, 57,
59~61, 64, 66, 70~73, 77, 78

や

八 木 弘…………… 139

山田三良…………… 38, 39, 191

ら

ラインシュタイン…………… 130

ラミレス……………60

ラーベル……………61, 128, 154, 156, 157

り

リステイトメント……………70～73, 77～79, 85
103～109, 111～129

リマ会議…………… 59, 90

リマ条約…………… 41, 58～60

る

ルーイス…………… 106～109, 112, 114,
115, 117

ルーマニヤ国際私法草案……………46, 53, 54

ルポール…………… 146

れ

レヴィー・ウルマン…………… 146

レネ…………… 8～15

ろ

ロックレ……………8, 33

ローレンゼン…………… 112, 122, 124

ローラン…………… 20, 40

ローラン案…………… 21, 36, 37, 40

国際私法の法典化に関する史的研究

正 誤 表

頁	行	誤	正	頁	行	誤	正
ii	14	および	および	77	9	かられす	からすれ
ii	17	およ	および	89	25	非適出子	非嫡出子
iii	11	国際私法の	トル	91	23	代弁す	代弁する
iv	8	国際私法	国際私法典	96	19	唯一もの	唯一のもの
iv	9	国際私法	国際私法典	101	7	外国法と間	外国法との間
iv	10	国際私法	国際私法典	102	22	法律衝問題	法律衝突問題
3	6	方法は	方法に	103	12	程	定
6	14	使配	支配	122	2)	」
6	15	およ	なお	132	18	ペンツル	ペンシル
8	6	そしてこの	そして「この	135	8	1~150	1~105
15	1	parlament	parlement	153	20	問頭	問題
16	1	中葉の	中葉における	附 録			
17	13	サヴィニ	サヴィニニ	ii	16	民法中の	民法典中の
17	16	国際法	国際私法	10	25	その他原因	その他の原因
18	7	nationalitt	nationalité	15	9	おそび	および
25	3	議審	審議	20	18	適	適用
25	11	からな	からなる	24	15	共国	共同
40	7	政府の	政府ノ	50	21	するき	するとき
42	11	の法典化	トル	69	7	裁判所	裁判所
43	9	衝突法規	衝突法規	72	15	す	する
43	12	体係	体系	73	17	利権	権利
46	1	国内	トル	81	11行目は第2字まで、以下改行。		
48	註(4)の2	Babels	Rabels	82	3	にに	に
49	19	これる	これを	索 引			
53	20	規定	トル	4左	33	法例	法制
56	2	をり	をとり	5左	1	191	トル
63	10	437ヶ条なる	437ヶ条からなる	5左	2		山田録一……161
73	14	国際法律	国際私法				

国際私法の法典化に関する史的研究

昭和36年10月10日 発行

(非売品)

著者 神戸大学教授
川上 太郎
発行者 神戸市灘区六甲台町
神戸大学経済経営研究所
印刷者 奈良県天理市川原城
天理時報社
