

反致と準拠法指定の趣旨

——ドイツ国際私法上の反致政策の展開を中心として——

北 澤 安 紀

一 序

二 ドイツ国際私法上の反致政策の展開

(一) 前史——ドイツ民法施行法施行前の状況

- (1) 判例による反致の肯定（一八六一年—一八八八年）
- (2) 判例による反致の否定（一八八九年—一九〇〇年）
- (3) 小 括

(二) 一九八六年改正前ドイツ民法施行法二七条の制定過程

- (1) ゲーブハルト準備草案三一条
- (2) 立法過程での審議

(三) ドイツ民法施行法旧規定二七条をめぐる解釈論の状況

(四) 一九八六年改正法四条一項・二項の制定過程

(五) ドイツ民法施行法四条一項・二項をめぐる議論

(1) 概 説

(2) 反致と準拠法指定の趣旨

三 わが国際私法上の反致政策

(一) 概説

(二) 法例三二条の立法趣旨

(三) 法例三二条をめぐる解釈論の状況

四 結びに代えて

一 序

渉外事件に関する準拠法の選定は、単位法律関係ごとに、連結素を媒介として、いずれかの国の実質法を指定することによって通常は行われる。

しかし、準拠法を選定するに際して、外国の抵触規定を考慮する場合がある。そのような場合を、今ここで便宜上、「反致政策」と呼ぶ⁽¹⁾。こういった「反致政策」には、周知の通り古くから賛否の両論がある。

「反致政策」とは、外国の抵触規定を考慮する立場の総称である。「反致政策」と一口に言っても、その態様は多様である。例えば、外国の抵触規定が内国法を指定する場合にのみ当該抵触規定を考慮する立場（狭義の反致）、外国抵触規定が内国法のみならず第三国法をも指定する場合に外国抵触規定を考慮する立場（転致・再致⁽²⁾）、さらに、外国抵触規定が第三国法を指定し、第三国の抵触規定が別の国の法を指定する場合にその国の法を適用する立場（再転致・再再致⁽³⁾）、など様々である。

各国の実定国際私法規定において採用されている反致政策の態様も多種多様である。さらに、態様が異なるに従い、その根拠も異なる。例えば、反致政策を全面的に否定するもの、あるいは、それを制限的に肯定するもの、限定的に否定するもの、反致政策に極めて好意的な立場をとるもの、等様々である。

近時の立法例において反致をまったく否定するのは、ギリシア民法三二条の規定である。⁽⁴⁾

しかし、他の立法例は、外国抵触規定を程度の差こそあれ考慮しようとしている。まず、反致政策の根拠を判決の国際的調和に求め、転致を認めるのが、ポーランド国際私法⁽⁵⁾・ポルトガル民法⁽⁶⁾一七条一項・オーストリア国際私法⁽⁷⁾五条一項・トルコ国際私法⁽⁸⁾二条三項・旧ユーゴスラビア国際私法⁽⁹⁾六条一項・ドイツ国際私法⁽¹⁰⁾四条

一項・スイス国際私法一四条一項・イタリア国際私法一三条、などの規定である。⁽¹³⁾ それに対して、内国法が適用される場合にだけ反致を認めるのは、ハンガリー国際私法四条・スペイン民法一二条二項、ルーマニア国際私法⁽¹⁶⁾ 四条の規定である。⁽¹⁷⁾

わが国における国際私法の成文法源たる法例は、その三二条において「反致政策」について規定している。すなわち、三二条の規定は、「当事者ノ本国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其国ノ法律ニ従ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ依ル但第十四条（第十五条第一項及第十六条ニ於テ準用スル場合ヲ含ム）又ハ第二十一条ノ規定ニ依リ当事者ノ本国法ニ依ルベキ場合ハ此限ニ在ラズ」とし、本国法が準拠法となる場合について狭義の反致を認めている。外国法の資格をそれが本国法として指定される場合に限定すること、および、狭義の反致しか認めていないことから、法例三二条の規定は、外国の学者の反致規定の分類に仮に従うならば、エゴイストな規定と評価しうる。このような規定は比較法的には少数派に属する。⁽¹⁹⁾

法例三二条の規定は、平成元年法例改正前の旧規定二九条（明治三十一年六月二日法律第一〇号）の文言を踏襲し、それに但書を付加したものである。但書を付加したことにより、反致の事項的適用範囲は縮小されることとなった。すなわち、段階的連結という手法を採用する法例一四条ないし一六条、二二条などの規定の適用に際して反致は考慮されないこととなった。⁽²⁰⁾

しかし、この但書を採用した趣旨について意見の一致が必ずしも見られないことから、周知の通り、同条の規定の解釈をめぐってはいくつかの議論の対立がある。解釈論として議論が分かれているのは、法例一七条ないし一九条等の選択的連結を採用する抵触規定の適用上反致は認められるのか、⁽²²⁾ 法例一八条一項後段、同二項後段および二〇条一項後段のいわゆるセーフ・ガード条項の適用上反致は認められるのか、⁽²³⁾ などである。

また、法例三二条本文が旧規定二九条の文言を踏襲していることから、平成元年の法例改正時に、旧規定下で

の反致政策の可否をめぐる議論の対立に一見解答が与えられたように見えるが、必ずしもそういうわけでないとの指摘もあり、三二条の反致政策の可否についての意見の一致は見られていない。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾

さて、前述のとおり、法例三二条の規定は、法例旧規定二九条の文言に但書を付加したものである。ここでは、但書の付加にともない、旧規定二九条から三二条への改正の過程で反致規定全体の趣旨にどのような変更があったのが問題となろう。この点につき、学説の多くは、三二条但書は、限定列举であり、段階的連結の場合にのみ反致を否定するものと解する。⁽²⁶⁾ 他方で、三二条但書は、例示列举であり、法例の規定に定められた準拠法指定の趣旨に反するときは反致を認めないことを例示的に表明したものととして柔軟に運用しようとする見解がある。⁽²⁷⁾

ところで、わが国のように、原則として反致を肯定したうえで、ある特定の連結方法を採用する規定により準拠法が指定される場合には、反致を明文で否定するとする立法例が実定国際私法上散見される。そのような立法例として、ポルトガル民法一九条一項、⁽²⁸⁾ ドイツ民法施行法四条一項、⁽²⁹⁾ イタリア国際私法一三条⁽³⁰⁾、などの規定が挙げられよう。これらのうちドイツ国際私法四条一文の規定は「外国法が指定されるときには、指定の趣旨に反しない限り、その国の国際私法もまた適用されなければならない。」と定め、原則として反致および転致を認めたうえで、一定の場合に反致または転致を否定する極めて概括的な例外規則をもつ。

それでは、何故にドイツ国際私法においてはそのような例外規則が必要とされたのであろうか。

周知のように、明治三十一年法例旧規定二九条を起草する際には、複数の外国の立法例が参照された。⁽³¹⁾ それらの立法例のうち、旧規定二九条に最も影響を与えたと考えられるのは、当時のドイツおよびスイスの立法である。なかでも、一九〇〇年に施行されたドイツ民法施行法二七条の枠組みと法例旧規定二九条の枠組みとは非常に似通っており、後者は前者の基本的な構造を承継したものと考える。その一方で、平成元年の法例改正の際に、現行法例三二条の起草に際して参照された外国の立法例は、必ずしも明らかではない。⁽³²⁾

しかし、かりに、反致が認められる根拠それ自体について、法例改正の前後で、明確な変更が見られないのであれば、法例旧規定二九条の下で、同条の起草に際して参照されたドイツ法について検討する意義があったように、法例三二条の下でも、法例旧規定二九条を経由して、依然として、ドイツ国際私法を検討する意義があるように思われる。

以上のような問題意識から、本稿では、まず、法例旧規定二九条の起草の際に参照され、かつ、明治三十一年法例制定当時になが国とほぼ同様の規定内容を有していたドイツ民法施行法旧規定二七条の反致規定の立法経緯、および、同条をめぐる解釈論の状況について検討する。そのうえで、現行のドイツ民法施行法四条の反致規定の制定過程ならびに施行後の議論状況について考察する。そして、それらの考察をもとに、法例の反致規定の解釈につき、今後解決すべき問題点の整理とその解決の方向について、一応の示唆を試みたい。

二 ドイツ国際私法上の反致政策の展開

前述のとおり、法例旧規定二九条の起草に際しては種々の立法例が参照されたが、同条の立法過程を検討すると、同条が基本的には一九八六年改正前のドイツ民法施行法旧規定二七条⁽³³⁾に範をとったものであることは否定できない。しかも、ドイツ民法施行法旧規定二七条が、後述するように、ゲープハルト第一草案・第二草案⁽³⁴⁾およびドイツ民法第二草案⁽³⁵⁾の規定などを踏まえた上で作成されたものであることに鑑みれば、その限りにおいて、同条に与えたドイツ法の影響は明瞭であるように思われる。そこで、法例旧規定二九条の源流の一つともいえるドイツ民法施行法旧規定二七条の構造がわが国の法例旧規定二九条の立法趣旨にいかなる影響を与えたのかという観点から、法例制定時までのドイツ国際私法上の反致政策の展開について検討を行うこととしたい。さらに、法例

制定当時は制度的基点を同じくしていたドイツ国際私法上の反致政策がその後いかなる展開を示してきたのかという点について検討することも、法例三二条をめぐる問題点の解決を模索するための何らかの比較法的意義を提示しうるものと考ええる。以上のような視点に立脚しながら、ここでは、一九八六年の改正法の成立の前後でドイツ民法施行法の反致規定を区分したうえで、それらの規定の解釈・運用について概観することとしたい。その前提として、ドイツ民法施行法が施行される一九〇〇年以前の状況について言及しておきたい。

(一) 前史——ドイツ民法施行法施行前の状況

ドイツ国際私法上、反致は判例を起源とすると一般に言われている。ドイツ民法施行法が施行される一九〇〇年前においては、反致は判例によって認められていた。裁判所は、反致という問題を意識せずに、反致の現象を認めていたと言える。以下では、ドイツ民法施行法施行前のドイツの判例を二つの時期に分けて概観する。

(1) 判例による反致の肯定（一八六一年—一八八八年）

周知の通り、ドイツで最初に反致を認めた判決は、一八六一年三月二日のリューベック控訴裁判所の判決である。

リューベック控訴裁判所一八六一年三月二日判決⁽³⁶⁾

マインツに住所を有するフランクフルト出身の者が死亡し、その者の財産の相続が問題となった事案である。原告は被告に対し遺留分の請求をした。相続財産は動産で構成されていた。当時、リューベックおよびフランクフルトでは普通法 (Gemeines Recht) が施行されていたが、マインツではフランス法が施行されていた。普通法上一般に認められ

ている原則にしたがえば、相続は死者の最後の住所地法によるとされる。それに対し、フランス国際私法上動産相続に關しては、物の所在地法による、（被相続人が住所取得に必要な許可を得ていた場合には）被相続人が最後に国籍を有していた国の法律による、（住所取得の許可を得ているか否かにかかわらず）被相続人の最後の住所地法による、これら三つの見解が対立していた。なお、被相続人はフランス民法典一三条にいう外国人による住所取得のために必要な政府の許可を得ていなかったため、フランス法上は、メインツに住所を有していなかった。

判決文の中で、リユーベック控訴裁判所は、「普通法上の裁判官が被相続人の住所地で施行されている法律にしたがつて相続を判断すべきことを命じられている場合、それはつぎのことにみに依拠しうる、すなわち、被相続人の死亡當時にその財産が現実の支配下にあるところの法規を適用することがもつぱら正しいと考えられることである。訴訟追行地が偶然的なものであることにより、その法規によって根拠づけられた相続権が認められることが妨げられるべきではない。（中略）すなわち、被相続人の外国の住所地には、問題となつてゐる相続事件を予定しているところの、そして、その事件に適用されることを自ら欲しているところの相続に關する法律が存在する。（中略）普通法上の原則の正しい遵守は、被相続人の住所地に存在する立法が全体として適用されること、および、被相続人の住所地に存在する裁判所によつて判断されねばならないであらうのと全く同様にその相続事件が判断されることを要求する。」と判示し、メインツで施行されているフランス法上の国際私法規定を考慮しうるとした。

この判決文中の「普通法上の原則の正しい遵守は、被相続人の住所地に存在する立法が全体として適用されること、および、被相続人の住所地に存在する裁判所によつて判断されねばならないであらうのと全く同様にその相続事件が判断されることを要求する。」との言い回しは以後の反致に好意的な判決によつて幾度となく繰り返されることとなる。

この判決以後、一八六一年から一八八九年まで、ドイツの裁判所は、おおむね反致を認めることに好意的であ

った。⁽³⁷⁾一八八〇年以後に出されるドイツ裁判所の一連の判決が反致を肯定したのには、フランスの判例の影響があったことも指摘されている。⁽³⁸⁾

(2) 判例による反致の否定（一八八九年—一九〇〇年）

しかし、一八八九年五月三十一日、ライヒ裁判所は反致を否定する。⁽³⁹⁾この判決は、ドイツの反致史上記念すべきものであるとされる。⁽⁴⁰⁾この判決は、それ以前のライヒ裁判所の判決を批判した上で、外国法を適用すべき場合には、当該外国法をその抵触規定をも含め全体として適用するのではなく、その実質法のみを適用すべきであると判示した。

この判決以後、ライヒ裁判所は、かつてのライヒ裁判所の判決の立場から一転して、幾度も反致を否定した。⁽⁴¹⁾たしかに、判例の立場には不安定で揺れ動いていた面もあるが、⁽⁴²⁾この時期に出された判例の大部分が反致に否定的であったことが指摘されている。⁽⁴³⁾そして、それらの反致判例の蓄積が、時を同じくして行われたドイツにおける統一民法典編纂という一大事業の局面においても、当時の一般的風潮としての反致否認論に多大な影響を与えていたことは想像に難くないと言える。

(3) 小 括

民法施行法が施行される一九〇〇年以前のドイツ裁判所の判決において反致が肯定される際の論拠は、法廷地国際私法によって外国法が指定される場合には、その外国法が全体として適用されること、および、法廷地国際私法により指定された外国法をその外国の裁判所がするように解釈適用しなければならないという点にあった。他方で、反致を否定する判決の論拠は、同一の事件について各国で下される判決が異なるのは、各国の国際私法

規定が同一でないことに由来するのであり、内国の裁判官は、同一の事件について外国人の本国の裁判官が下すであろうのと同じ判決を下そうとするべきではない、というものであった。これらの論拠は、ドイツ民法施行法の制定過程における反致反対論者および反致肯定論者の議論にそのまま受け継がれることになる。

(二) 一九八六年改正前ドイツ民法施行法二七条の制定過程

前節におけるドイツ反致判例の検討から、ドイツ民法施行法制定当時のドイツの判例が、一般的に反致に否定的な態度をとっていたことが明らかとなる。その一方で、統一民法典と同時に一九〇〇年に施行されたドイツ民法施行法は、その二七条で反致を認めている。同条の立法趣旨は何か、同条を立法するに際してはどのような点の問題とされたのか。以下では、同条の制定過程を辿ることにより、民法施行法施行前夜のドイツにおける反致をめぐる議論を考察する。

(1) ゲープハルト準備草案三一条⁽⁴⁵⁾

総則部分草案の起草者ゲープハルト⁽⁴⁶⁾の準備草案 (Vorentwurf) では、その第一草案・第二草案ともに、三一条で、一定の事項について反致を認めていた。

ゲープハルト第一草案⁽⁴⁷⁾

第三一条 第七条第一項、第一六条第一項、第一七条、第一八条、第一九条第一項および第三項、第二一条、第二二条、第二三条第一段、第二六条第一項および第二九条の規定は、外国人の属する国の法原則によればその外国法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。その場合には、ドイツ法が準拠法となる。

ゲープハルト第二草案⁽⁴⁸⁾

第三条 第七条第一項、第一六条第一項、第一七条、第一八条第一項、第一九条第一項第一段および第二項、第二一条、第二二条、第二三条第一段および第二段、第二六条第一項ならびに第二九条の規定は、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の法律を適用すべきときは、これを適用しない。その場合には、ドイツの法律が準拠法となる。

これを見るかぎり、第一草案と第二草案とは、規定の内容に実質的な相違はない。反致が肯定される場合として同条に列挙されているのは、行為能力、婚姻の実質的成立要件、夫婦間の身分関係、離婚および別居（ただし、第一草案では婚姻の分離（Trennung）、夫婦財産制、夫婦間の贈与、人の嫡出性（ただし、第一草案では子の嫡出性）、婚外子の準正（第一草案では準正）および養子縁組、父母と嫡出子との間の法律関係（ただし第一草案では父母と子との間の身分関係）、後見、相続、などの事項である。

さて、同条の立法趣旨はいかなるものであったか。ゲープハルトは、これらの草案の理由書⁽⁴⁹⁾の中で、原則として、外国の抵触規定の立場を考慮すべきではない、との立場を表明していた。⁽⁵⁰⁾ それにもかかわらず、属人法上のいくつかの事項についてのみ反致を例外的に認めた理由は次の二点にあった。第一に、反致を認めることにより、⁽⁵¹⁾ 属人法における本国法主義と住所地法主義との対立を緩和することができるという点、第二に、⁽⁵²⁾ 本国法主義をそこなうことなく、ドイツ法の適用範囲を拡張することにより、⁽⁵³⁾ 内国の法交通（Rechtsverkehrs）の安全を促進することができるという点である。ここでは、ドイツ法以外の第三国法への反致は否定されていた。

(2) 立法過程での審議

草案を付託された第一委員会 (1.Kommission)⁽⁵⁴⁾ の審議においては、草案三一条の規定に対して二つの意見が示された。第一は、草案が示す事項に制限を設けず、かつ、一定の場合に転致をも認めるべきとするものである⁽⁵⁵⁾ (提案二号)。第二は、外国抵触規定を考慮しないとの原則をつらぬき、草案三一条の削除を主張するものである⁽⁵⁶⁾ (提案一号)。最終的に、委員会では、草案三一条の削除が決定された⁽⁵⁷⁾。その理由として、ドイツの法秩序は、自らが適切とみなす外国法の実質規定が、当該法律関係に適用されることに、重大な関心をもっている、という点が挙げられている⁽⁵⁸⁾。

第二委員会 (2.Kommission)⁽⁵⁹⁾ は、国際私法に関する規定を「外国法の適用 (Anwendung ausländischer Gesetz)」と題して、民法典中に挿入した⁽⁶⁰⁾。それが、民法典第六編二二二六条ないし二二六五条の規定である⁽⁶¹⁾。ここでも、反致について、議論が行われた⁽⁶²⁾。委員会は、反致および転致を認めようとした提案を次々と退け、第一委員会と同様反致を否定した⁽⁶³⁾。その理由は第一委員会の議事録中に見られる理由と変わりはない⁽⁶⁴⁾。

しかしながら、第二委員会は反致否定の立場を完全に維持することはできず、民法典第六編二二四五条および二二四七条 (第一委員会の草案八条および一〇条)⁽⁶⁵⁾ の規定の中で例外的に反致を認めている。委員会は審議の過程でそれらの規定に反致を認める文言を挿入した⁽⁶⁶⁾。その理由は、とくに二二四五条について言えば、ハーグ条約の規定とドイツ国際私法の規定とを極力一致させるためというものであり、二二四七条については、二二四五条との整合性を確保するためであるというものであった⁽⁶⁷⁾。

草案を付託された連邦参議院 (Bundesrat) は第二委員会によって民法典第六編に挿入された国際私法規定を急遽削除し、それらの規定全てを民法施行法の六条ないし三〇条へと移動した⁽⁶⁸⁾。続くライヒ議会 (Reichstag) も異論なくこの修正を認め、ドイツ民法施行法七条ないし三一条の国際私法規定が制定される⁽⁶⁹⁾。

反致をめぐる議論について言えば、連邦参議院は第二委員会の結論を拒否し、ゲープハルト草案三一条と同旨

の規定を二六条として草案に挿入した。⁽⁷⁰⁾ 同条は、ライヒ議会により修正なしで採択されドイツ民法施行法二七条となる。

こうして、公布されたドイツ民法施行法二七条の規定は以下のようなものであった。

第二十七条 第七条第一項、第一三条第一項、第一五条第二項、第一七条第一項および第二五条において、基準となるべき外国法にしたがいドイツ法が適用されるべきときには、ドイツ法を適用する。

同条は、行為能力、婚姻の実質的成立要件、夫婦財産制、離婚、ならびに相続の五つの事項について反致を認め、転致については言及していない規定である。

二七条が採択された理由とは何か。この点については、最終的な理由書が知られていないことから、理由の詳細を知ることには困難である。しかし、議事録が公表されず秘密にされたことや、連邦参議院での審議が外務省の関与の下で行われたことなどから、この反致規定の採用は政治的・外交的理由によるものではないかとの推測もあり、それはドイツの学者が一般的に認めているところでもある。⁽⁷²⁾ こうして、その立法理由が一般に知られることのないまま、ドイツ民法施行法二七条は、一九〇〇年より施行されることとなる。

(三) ドイツ民法施行法旧規定二七条をめぐる解釈論の状況

前節におけるドイツ民法施行法二七条の制定過程の検討は、反致という問題に対するドイツの立法者の絶えざる躊躇と方向転換とを我々の前に呈示する。ゲープハルトの予備草案は反致を原則として否定したが、属人法上の非常に重要な事項の範囲内においてのみ反致を例外として認めていた。第一委員会と同様の原則に立ち、反致

を否定するとともに、あらゆる例外をも拒否した。第二委員会も第一委員会と同様の観点に立ったが、二つの例外を民法典中に挿入した。ところが、連邦参議院は、第一委員会や第二委員会の決定に対する批判を明らかにすることなく、突然反致規定を復活させた。そして、その方向転換の理由が公表されないまま、草案はライヒ議會を通過し、民法施行法二七条として成立する。

以上のような経緯を踏まえると、ドイツ民法施行法二七条の立法趣旨をその基点において確定することは、至難の業であると言わねばならない。結果的に、このように不明確な枠組みをもつ二七条の規定は、ドイツの判例および学説を新たな問題へと直面させることになった。ドイツ民法施行法二七条の制定過程に介在した諸々の「立法論としての反致論」は、一九〇〇年以後、同条をめぐる「解釈論としての反致論」へと引き継がれる。

ドイツ民法施行法二七条をめぐる解釈論上の問題には、少なくとも次の二つの局面があった。第一に、二七条は属人法上の五つの事項について反致を認めるが、別の事項についてはどうなのかという点⁽⁷³⁾、第二に、同条は、文言上、狭義の反致を認めているが、転致についてはどうなのかという点⁽⁷⁴⁾である。

二七条の規定に対する判例・学説の理解は、一九二二年のライヒ裁判所の判決⁽⁷⁵⁾の前後でかなり異なる。以下では、その前後に分けて判例・学説を概観する。

二七条に対する学説の理解は、当初、少なくとも三つの立場に分かれていた。第一は、二七条は一般原則を表明するものであり、同条に書かれていない事項についても反致は認められる、さらに、同条は転致が認められることをも示唆するものであるとする見解である⁽⁷⁶⁾。第二は、二七条は例外的な規定であり、制限的に解釈されるべきであるとする見解である⁽⁷⁷⁾。第三は、二七条は属人法上の事項について狭義の反致のみが認められることを規定するものである、それ故、二七条の掲げる五つの事項のみならず、属人法として本国法が指定される全ての事項について狭義の反致が認められるとする見解である⁽⁷⁸⁾。

ドイツ民法施行法の施行後、判例は、二七条をどのように解釈したのか。同法の施行後、地方裁判所及び上級地方裁判所の中には二七条につき拡張解釈を行ったものもあったのに対して、ライヒ裁判所は、一九〇六年一月七日の判決まで同条について制限的な解釈を行い、二七条の規定しない事項について反致を否定した。⁽⁷⁹⁾

一九〇六年以後、ライヒ裁判所は二七条を拡張解釈する方向へと徐々に傾き、そのような立場は、一九一二年二月一五日のライヒ裁判所の判決により判例理論として採用される。⁽⁸²⁾ この判決で、ライヒ裁判所は、「ドイツの裁判官は、外国法を全体として、つまり、実質規定のみならず抵触規定をも適用すべきである〔中略〕二七条は、ドイツの裁判官が外国の抵触規則を適用すべき場合を制限的に定める例外規定ではなく、裁判官が外国法を適用すべき場合には、原則としてその外国法を全体として適用しなければならないとのルールを確認したものである。」と判示し、反致を一般原則として認めた。⁽⁸³⁾ この解釈を採用する根拠はつぎの二点にあると判旨は述べる。すなわち、第一に、二七条に定められている外国法という用語を外国実質法のみに限定する解釈は妥当ではないという点、第二に、反致を認めないと、同一の法律関係についてドイツの裁判所と本国の裁判所とで異なる判断が下されるという不都合が生じるという点である。⁽⁸⁴⁾

この判決以後、判例は、準拠法の指定を外国抵触規定への指定であると一般的に理解し、二七条で規定されていない事項についても反致を認めてきた。⁽⁸⁵⁾ その論拠が、判決の国際的調和にあったことは否定できないが、他方で、外国抵触規則によるドイツ法への指定をドイツ国際私法規則への指定ではなくドイツ実質法規則への指定であると理解しながら指定の連鎖を中断することによって、判決の国際的調和が達成されないような判決が下されることもあった。⁽⁸⁷⁾ さらに、いわゆる「隠れた反致」も広く認められた。⁽⁸⁸⁾ 判例は、概して、反致を広く認める傾向にあった。

一方、学説は、一九一二年のライヒ裁判所の判決以後も、反致の可否と反致を認める事項的適用範囲について

争った。判決の国際的調和、ならびに、内国法の適用機会の拡張という反致政策の根拠はいずれも批判にさらされたが、通説的見解は、一方で、反致および転致を認め、他方で、ある種の制限をそれに加えてきた。⁽⁸⁹⁾

さらに、ヨーロッパ国際私法における「新しい波」が反致規定に与えた影響も無視しえない。一九六〇年代のアメリカ低触法理論の動向に影響され、伝統的国際私法理論はヨーロッパ諸国において批判された。ノイハウス (Paul Heinrich NEUHAUS) は、そのような批判的動向を、国際私法の政策化 (Politisierung) の動き、実質法化 (Materialisierung) の動き、国際私法の否定 (Negierung) の動きの三つに分類している。⁽⁹¹⁾ これらのうち国際私法の政策化ないし実質法化の動きと反致の制限とが無関係ではないことが指摘されている。⁽⁹²⁾ 同様に、連結の個別化 (Individualisierung) の動向が反致政策に与える影響についても指摘された。⁽⁹³⁾ すなわち、連結が個別化され、最密接関連地法への連結が認められることにより、反致は制限されることになるとの見解が示された。

(四) 一九八六年改正法四条一項・二項の制定過程

このような議論状況の中で、ドイツ民法施行法は一九八六年に改正された。旧規定二七条についても例外ではなく、改正法はその四条で反致について新たに規定している。⁽⁹⁴⁾

第四条 (1) 外国法が指定されるときには、指定の趣旨に反しないかぎり、その国の国際私法もまた適用されねばならない。外国法がドイツ法に反致するときは、ドイツの実質規定が適用されなければならない。

(2) 当事者がいずれかある国の法を選択できるときは、当事者は実質規定のみを指定することができる。

一八九六年に成立したドイツ民法施行法はその成立当初から八〇年余りの間大規模な改正が行われることなく

維持されていた。しかしながら、旧西ドイツにおける外国人数の増加に伴い涉外事件の数が飛躍的に増大したところ等の理由から、ドイツ国際私法の改正は急務であるとされた。一九八三年第四〇会ドイツ法曹大会において国際私法の立法的発展を目的とする機関であるドイツ国際私法会議 (Deutscher Rat für Internationales Privatrecht) が設置されたことにより、ドイツ国際私法の改正作業は現実のものとなる。⁽⁹⁶⁾

ドイツ民法施行法の改正に向けて、いくつかの試案が公表された。主なものとして、前述のドイツ国際私法会議の改正試案⁽⁹⁷⁾、一九八〇年に公表されたキューネ草案⁽⁹⁸⁾、一九八〇年のノイハウス・クロフフォー試案⁽⁹⁹⁾、マックス・プランク外国私法・国際私法研究所試案 (テーゼ)⁽¹⁰⁰⁾ の四つが挙げられる。そして、それらの試案が出されるなか、政府草案が作成され、一九八三年に公表された。⁽¹⁰¹⁾ また、この政府草案に対しては、マックス・プランク研究所より再び試案が出された。⁽¹⁰²⁾ それらの意見を踏まえた上で、連邦議会の法務委員会 (Rechtsausschuß) は政府草案に変更を加え、それを連邦議会は可決した。そして、その草案が連邦参議院を通過し、一九八六年七月二五日にドイツ民法施行法の改正法が成立した。

改正法の規定は、基本的には一九八三年に公表された政府草案に基づくものであるが、先に挙げた様々な試案の反致規定の内容を踏まえながら改正法四条の成立過程を検討すると、四条の起草過程における反致に対する見解の推移を読むことができる。

まず、一九八一年に公表されたドイツ国際私法会議の改正試案⁽¹⁰³⁾ の中には、いわゆるフォーリン・コート・セオリー (foreign court theory) の観点から反致を無制限に認める規定が存在した。⁽¹⁰⁴⁾ すなわち、「外国法が適用されるべきときには、その外国の裁判官がするであろうのと同様に判決を下さなければならない。」との規定である。しかし、このほかの試案はいずれも無条件に反致を採用したり、あるいは、否定したりするものではない。

一九七九年に連邦法務省からの委託を受けたキューネ (Günther KÜHNE) は、一九八〇年に自らの試案を公

表した。⁽¹⁰⁵⁾ 試案第二条は、「反致および転致」について規定する。⁽¹⁰⁶⁾ すなわち、一定の事項に関して外国法への指定は外国抵触法への指定、すなわち、総括指定であるとしなす（一項）、かつ外国国際私法からのドイツ法への反致はドイツ実質法への指定とみなすとする（二項）。さらに、当事者の法選択による外国法の指定はその外国の抵触規定を含むものではないとする（三項）。同条の規定はいずれも過去の判例の立場を反映させたものであると説明されている。⁽¹⁰⁷⁾

一九八〇年に公表されたハンブルクのマックス・プランク外国私法・国際私法研究所の二つの試案の一つであるノイハウス（Paul Heinrich NEUHAUS）およびクロフォラー（Jan KROPHOLLER）による試案は、同様に過去の判例を拠り所としたうえで、一定の場合に限り反致または転致を認める。⁽¹⁰⁸⁾ そこでは、事実上の判決の国際的調和が実現されうる場合にのみ反致または転致を認めることが提唱された。

他方で、マックス・プランク研究所のもう一つの試案である作業グループによるテーゼにおいては、反致または転致が否定される事項的範囲がノイハウス・クロフォラー草案よりも広げられている。⁽¹⁰⁹⁾ そこでは、反致または転致が否定される例外的な場合として、当事者による法選択の場合とならんで、選択的連結の方法を採用する規定により準拠法が指定される場合をも含めるべきであるとされた。法政策的目的から選択的連結は反致になじまないものと考えられたのである。

このようななか、一九八三年に公表された政府草案の反致に関する規定は以下のようなものであった。⁽¹¹⁰⁾

第四条 (1)他の国の法が指定されるときには、その国の国際私法もまた適用される。その国の法がドイツ法に反致するときは、ドイツの実質規定が適用される。

(2)当事者がいずれかある国の法を選択できるときは、当事者は実質規定のみを指定することができる。

(3) (略)

まず、草案四条一項一文は、旧規定二七条の下で展開された、反致および転致に好意的な従来の実務にしたがい、ドイツ国際私法による外国法の指定が外国抵触規定への指定、すなわち、総括指定を意味することを明らかにしている。⁽¹¹⁾ 原則として反致及び転致が認められる。⁽¹²⁾ 反致及び転致を認めることは、判決の国際的調和にかなうと同時に、結果的にドイツ法の適用の機会の増加をもたらす。⁽¹³⁾ 草案四条一項一文は、外国法によるドイツ法への指定は、外国国際私法がドイツの実質規定に反致するかドイツ国際私法規定に反致するかを問わず、一律にドイツ実質規定への指定と解するとする。⁽¹⁴⁾ このように指定の連鎖を内国で中断することに賛成する理由として、外国国際私法からの反致がドイツ実質規定への反致なのかドイツ抵触規定への反致なのかを判断するのは裁判所にとり困難な問題であること、⁽¹⁵⁾ 二重反致 (doppelte Rückverweisung) の余地を封じること、いわゆる「限りなき循環」に陥るのを避けること等が挙げられている。

つぎに、草案四条二項は、当事者による準拠法選択が認められる場合には、その実質規定のみを当事者は指定しうる旨を定めている。当事者による準拠法選択が許容される国際契約債務法の分野においては、一般的に反致は認められておらず、このことは草案三五条一項において規定されている。⁽¹⁶⁾ 四条二項は、その他の領域においても、当事者による準拠法選択が認められる場合には反致が考慮されないことを示すものであるとされる。⁽¹⁷⁾

この政府草案の枠組みは、一九八〇年に公表されたキューネ草案およびマックス・プランク研究所の作業グループによるテーゼの枠組みを基本的に受け継いでいるともいえる。

ところで、政府草案の対案として一九八三年に出されたマックス・プランク研究所による試案は、政府草案四条の反致規定にその二項として「内国の抵触規定により外国の実質規定が適用されるべき場合または外国の抵触規

定の適用が内国の指定の趣旨に明らかに反する場合には (die Anwendung der ausländischen Verweisungsvorschrift dem Sinn der inländischen Verweisung offensichtlich widerspricht) 外国法の指定は、考慮されるべきではない。」との例外規則を挿入することを提案した。⁽¹¹⁾ 試案は、反致が認められない場合として、第一に、ドイツ抵触規則により実質規則が直接に指定される場合、第二に、その他の例外的場合、すなわち、外国抵触規則の指定がドイツ抵触規則の趣旨に反する場合とを挙げる。第一の場合については政府草案三条一項二文にすでに規定されているが、その規定は国際私法の定義に関する規定ではなく反致規定の中に挿入されるべきであるとする。⁽¹²⁾ 第二の場合であるが、例えば、外国抵触規則の指定が選択的連結の目的に反する場合、⁽¹³⁾ ドイツ抵触規則による最密接関連法への指定に反して外国抵触規則がそれほど密接な関連を有しない地の法を指定する場合、外国抵触規則が両性平等の要請に反する形で反致または転致してくる場合等のように外国抵触規則による指定がドイツ抵触規則の趣旨に反する場合がおこりうる。そのような場合についてある程度自由裁量の余地のある解決方法を条文の中に残しておく必要があるとして柔軟な例外規則の導入を提案したとする。⁽¹⁴⁾

この提案の一部は、連邦議会の法務委員会によって受け入れられ、委員会は、政府草案四条一項一文の規定に「指定の趣旨に反しないかぎり (sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht)」との文言を挿入した。⁽¹⁵⁾ その理由として、委員会は、四条一項一文で確立された総括指定の原則が常に妥当するわけではないため、一定の例外を認める文言を四条一項一文に挿入する必要があると述べている。⁽¹⁶⁾ そのような例外として、立法理由書の中では、草案四条二項の下で当事者の法選択にしたがい実質規則が指定される場合、明示的に外国実質法規定が指定される場合、⁽¹⁷⁾ 選択的連結を採用する規定により準拠法が指定される場合等が挙げられている。同草案は連邦議会によって可決され、一九八六年に民法施行法の改正法が成立した。

(五) ドイツ民法施行法四条一項・二項をめぐる議論

(1) 概説

改正法四条一項二項は、「(1)外国法が指定されるときには、指定の趣旨に反しないかぎり (sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht)」、その国の国際私法もまた適用されねばならない。外国法がドイツ法に反致するときは、ドイツの実質規定が適用されなければならない。(2)当事者がいずれかある国の法を選択できるときは、当事者は実質規定のみを指定することができる。」と規定する。

四条一項一文によれば、ドイツ国際私法が外国法を指定する場合には、指定された外国国際私法からの反致または転致が原則として考慮されねばならない。⁽¹²⁷⁾しかし、外国国際私法を考慮することが指定の趣旨 (Sinn der Verweisung) に反する場合には、反致または転致は考慮されない。また、外国国際私法からのドイツ法への反致は、ドイツ実質法規定への反致とみなされる (四条一項二文)。さらに、四条二項により、当事者による法選択の場合には反致または転致は考慮されない。

改正法の施行後、連邦議会の法務委員会で挿入された四条一項一文の文言は、多くの議論を巻き起こし、四条の規定の解釈および適用に関する議論の中心は、今日この点にあると言つてよい。⁽¹²⁸⁾

(2) 反致と準拠法指定の趣旨

四条一項一文の解釈および適用にさいして、準拠法指定の趣旨に反する場合とはいかなる場合を指すのか。この問題をめぐり、ドイツ国際私法上主としてつぎの三つの場合について争いがある。⁽¹²⁹⁾すなわち、選択的連結を採用する抵触規定にしたがい準拠法が指定される場合、最密接関連地法が準拠法として指定された場合、附従的連結 (Akzessorische Anknüpfung) を採用する抵触規定にしたがい準拠法が指定された場合、これらの場合に外国

牴触規定は考慮されるべきか否かである。⁽¹³⁰⁾

第一に、選択的連結を採用する牴触規定の適用に際して反致は認められるのが問題となる。⁽¹³¹⁾立法理由書は、指定の趣旨に反する場合として、選択的連結の規定において選択肢とされる全ての法が同一の法に反致する場合を挙げている。⁽¹³²⁾

学説は、次の二つの説、すなわち、反致を無条件に否定する説と実質法的目的に適う限りにおいて反致を肯定する説とに分類される。

まず、選択的連結を採用する牴触規定の適用上、反致を無条件に否定することが主張されている。⁽¹³³⁾選択的連結の牴触規定は、実質法上望ましいと考えられるある特定の目的を実現するために、準拠法の選択肢を複数用意している。このような場合に反致を認めると、準拠法選択の幅が狭まり、実質法的目的の実現という選択的連結を採用した趣旨を損なうおそれが出てくる。そこで、選択的連結の牴触規定の規定する指定を一律に実質法への指定と理解することにより、準拠法の選択肢の数の減少をさけるといふものである。⁽¹³⁴⁾

他方で、選択的連結の規定の適用に際して、一定の範囲内で（実質法的目的に適う限りにおいて）反致を認める説が主張されている。この説は、反致を認めることが実質法的目的に適うということの意味をどう理解するかによつて、さらに、次の二つの説に分類される。第一に、選択的連結の規定の適用上、その指定はまず、牴触法への指定と理解され、反致は原則として認められるが、反致によつて、規定が予定している準拠法の選択肢の数が減少する場合には、反致は認められるべきでないとする説がある。⁽¹³⁵⁾第二に、選択的連結の規定の指定は、まず実質法への指定と理解され、指定された実質法の全てが実質法的目的の実現を否定する場合にはじめて、反致は認められるべきであるとする説が主張されている。⁽¹³⁶⁾選択的連結を採用した趣旨はある特定の实質法的目的の実現にあるから、その目的が実現されるかぎりにおいて反致は認められるとするのである。選択的連結の規定について

は、反致によって実現される判決の国際的調和の要請がそれほど大きな意味をもたないとの指摘もある。⁽¹³⁷⁾

第二に、段階的連結を採用する抵触規定の最後の段階で夫婦の最密接関連地法が指定される場合、反致を認めることが準拠法指定の趣旨に反するのではないかが議論されている。⁽¹³⁸⁾

段階的連結の規定の適用に際して、最密接関連地法が指定される場合に反致を認めるべきか否かについて、学説は次の二つに分かれる。第一は、その場合にも反致を肯定する見解である。⁽¹³⁹⁾ 段階的連結の最初の段階において準拠法が選定される場合に反致を認めるのに、最後の段階において密接関連地法として準拠法が指定される場合にだけ反致を否定すべき理由は見あたらないからであるとされる。⁽¹⁴⁰⁾ 第二は、段階的連結の最後の段階において最密接関連地法が指定される場合には、反致を否定する見解である。夫婦の最密接関連地法を探索した後で反致または転致を認めれば、必然的に、夫婦があまり密接に関連しない国の法が適用されるという結果が生じうる。この結果は、準拠法指定の趣旨に反するであろうとされる。⁽¹⁴¹⁾

第三に、附従的連結 (Akzessorische Anknüpfung)⁽¹⁴²⁾ を採用する抵触規定にしたがい準拠法が指定された場合に反致を認めるべきか否かについて争いがある。学説は、反致を肯定する説⁽¹⁴³⁾と一定の場合に反致を否定する説⁽¹⁴⁴⁾とに分類される。

三 わが国際私法上の反致政策

(一) 概 説

法例旧規定二九条の起草に際しては、種々の立法例が参照されたが、⁽¹⁴⁵⁾ 同条はドイツ民法施行法旧規定二七条の基本構造を受け継いだものであると考えられる。しかも、ドイツ民法施行法がゲープハルト第一草案・第二草案

およびドイツ民法第二草案の規定などを踏まえた上で作成されたものであることに鑑みれば、その限りにおいて、同条に与えたドイツ法の影響は、大であるように思われる。それでは、ドイツ法の基本的枠組みを受け継いだ法例旧規定二九条はどのように解釈適用されてきたのであろうか。

法例旧規定二九条が一定の事項について狭義の反致を認める理由は、次の点にあった。すなわち、第一に、判決の国際的調和を実現すること、第二に、法廷地法である日本法の適用範囲を拡張することである。⁽¹⁴⁶⁾

法例制定後、学説の多くは反致に対して否定的な態度をとり、旧規定二九条の趣旨目的についても、先に述べた第一の論拠に対しては、判決の国際的調和の実現は、反致という手段によつては必ずしも得られないこと、第二の論拠に対しては、国家主義的な考え方であり、国際私法の根本精神である国際主義と矛盾するとの批判を加えた。⁽¹⁴⁹⁾しかし、反致の理論的根拠はともかくとして、法例旧規定二九条の採用する反致政策に対して一定の意義を見出す見解も一方で示されていた。⁽¹⁵⁰⁾

(二) 法例三二条の立法趣旨

平成元年の法例改正の審議の際にも、反致条項廃止論が有力に主張された。⁽¹⁵¹⁾しかし、実務の側からこれに難色を示す意見も出された。⁽¹⁵²⁾そこで、法例中の規定をいくつかのグループにわけ、各グループごとに反致を認めることが適当か否かを個別に検討することになった。その結果、段階的連結の場合にのみ反致を否定することになったのである。⁽¹⁵⁴⁾

段階的連結の場合に反致を否定する理由としては、段階的連結の場合には、関係当事者に共通する準拠法を厳選・精選しているから、その法律によるのが適当と考えられること、本国の国際私法が段階的連結を採用し、いわゆる最密接関連法の指定を認めるような場合には、その認定に困難が伴うこと、本国の国際私法が夫の住所地

法としてわが国に反致してくるような場合、これを認めることは両性平等の見地から望ましくないこと、本国の国際私法上密接関連法によるとされる場合にはその認定に困難が伴うこと、段階的連結の方法は今回の改正で初めて導入されたものであり、法例の他の部分との整合性がそれほど問題とはならないこと等が挙げられている。⁽¹⁵⁾

なお、三二条の改正に際して参照された外国法は不明である。

法例三二条については、種々の解釈論上の問題点があるが、同条が但書を採用した趣旨について学説の意見の一致が必ずしも見られないことから、周知の通り、同条の規定の解釈をめぐっては、いくつかの議論の対立がある。

(三) 法例三二条をめぐる解釈論の状況

そこで、わが国の既存の学説が、三二条の本文および但書の趣旨につき、どのような理解を示しているのかを簡略に整理しておく。学説の多くは、三二条但書は、限定列举であり、段階的連結の場合にのみ反致を否定するものと解する。⁽¹⁶⁾ 他方で、三二条但書は、例示列举であり、法例の規定に定められた準拠法指定の趣旨に反するときは反致を認めないことを例示的に表明したものであるとして柔軟に運用しようとする見解がある。⁽¹⁷⁾

両者の立場の違いは様々な場面で問題となりうるが、解釈論として議論の分かれているのは、次の二つである。⁽¹⁸⁾

第一に、選択的連結を採用する抵触規定、すなわち、法例一三条三項本文、一七条、一八条二項、一九条の規定の適用上、反致は認められるのが問題となる。この問題に対する学説は、次の三つの立場、すなわち、反致の適用を無条件に認める立場⁽¹⁹⁾、反致の適用を一律に否定する立場⁽²⁰⁾、実質法的目的に適う限りにおいて反致を認める立場⁽²¹⁾とに分類される。

最後の実質法的目的に適用限りに於いて反致を認める説は、反致を認めることが実質法的目的に適用ということの意味をどのように理解するかによつて、さらに、次の二つの立場に分かれる。第一は、一七条ないし一九条の適用上、その指定は、まず抵触法への指定と理解されるが、反致により適用される日本法が親子関係の成立を否定する場合には、本国法への指定を実質法への指定と考える立場である。⁽¹⁶²⁾第二は、一七条ないし一九条の本国法への指定を実質法への指定と解し、それらの法により親子関係の成立が認められない場合に、日本法への反致を認める立場である。⁽¹⁶³⁾

第三に、法例一八条一項後段、同二項後段および二〇条一項後段のようないわゆるセーフ・ガード条項の適用上、反致が認められるか否かについても議論がされている。学説は、次の二つの説、すなわち、反致を無条件に認める説⁽¹⁶⁴⁾と反致を認めない説⁽¹⁶⁵⁾とに分かれる。反致否定説は、セーフ・ガード条項の場合の準拠法指定の趣旨は、特定の国の実質法の適用を強行するところにあるから、とする。⁽¹⁶⁶⁾

四 結びに代えて

本稿においては、ドイツ国際私法上の反致政策の展開を、とくに一九世紀末のドイツ民法施行法の制定前夜から現在に至るまで辿ってきた。

冒頭で述べたように、明治三十一年法例旧規定二九条の参照条文を見る限り、同条の作成にドイツ法が与えた影響は明瞭であるように思われる。⁽¹⁶⁷⁾しかしながらドイツ民法施行法旧規定二七条の基本的な枠組を受け継いでいるとはいえ、ドイツ民法施行法の採用する反致政策と法例の採用するそれとは必ずしも同一ではなかった。

ここで、法例旧規定二九条とドイツ民法施行法旧規定二七条の基本構造を比較してみよう。

両者は、文言上狭義の反致を認める点において共通しているが、ドイツ民法施行法二七条が属人法上の五つの事項について反致を認めることを規定していたのに対し、⁽¹⁶⁸⁾ 法例旧規定二九条は、準拠外国法の資格を本国法としている。このことは、ドイツ民法施行法旧規定二七条の解釈をめぐる学説のうち、属人法として本国法が指定される全ての場合に狭義の反致が認められべきであると主張した学説が法例の起草者に与えた影響と必ずしも無関係ではないように思われる。⁽¹⁶⁹⁾

ところで、法例旧規定二九条およびドイツ民法施行法旧規定二七条は、条文の構造上は類似点が見られるものの実際の解釈運用の状況は全く異なっていた。わが国においては本国法が指定される場合に狭義の反致を認めるという旧規定二九条の文言に忠実な解釈が行われたのに対して、ドイツ民法施行法旧規定二七条は、その事項的適用範囲の点においても、狭義の反致のみならず転致をも認めるという点においても、判例によって拡張解釈された。⁽¹⁷⁰⁾ わが国と異なり、立法理由書が公表されなかったこともドイツ民法施行法旧規定二七条の拡張解釈が許容される一因となったように思われる。⁽¹⁷¹⁾ そして、そのような判例の立場は、一九八六年のドイツ民法施行法改正法四条一項二項の規定に結実している。

つぎに、現行法例三二条の規定とドイツ民法施行法四条一項二項の規定の基本構造とを比較してみる。

法例三二条本文は旧規定二九条の文言を踏襲し、狭義の反致を認め、反致を考慮すべき外国法の資格を本国法に限る。また、三二条但書で列挙されている段階的連結の抵触規定による準拠法の指定の場合には反致は考慮されない。

それに対し、ドイツ民法施行法四条一項一文は原則として総括指定の立場に立ち、反致または転致を認める。⁽¹⁷²⁾ 反致または転致を考慮すべき外国法の資格については規定していないが、反致を考慮しない例外的場合として、外国抵触規定を考慮することがドイツ国際私法の準拠法指定の趣旨に反する場合、ドイツ国際私法が外国実質規

定を指定する場合（三条一項二文）、当事者による法選択が認められる場合（四条二項）等を挙げることで、一定の場合に反致の適用範囲が制限されている。注目すべきは、原則として反致および転致を認めただうで、ドイツ国際私法上の準拠法指定の趣旨に反する場合には反致または転致を否定するという極めて概括的な例外規則をもつという点である。それでは、何故にドイツ国際私法においてはそのような例外規則が必要とされたのであろうか。この点については、総括指定の原則が常に妥当するわけではないために一定の例外を認める文言を四条一項一文に挿入する必要があったとされている⁽¹⁷⁾。

しかしながら、このように極めて概括的な規則の導入は、改正法の施行後、結果的に、ドイツ民法施行法四条一項一文の「準拠法指定の趣旨に反しない」場合とはいかなる場合を指すのかという解釈論上の争いを生じさせることとなった⁽¹⁷⁴⁾。

もっとも、法例三二条但書のように概括的な例外規則ではなく段階的連結の場合には反致を排除すると明文で規定したような立法にあっても、そのような論争とは無縁ではなかった。

冒頭で述べたようにわが法例三二条の規定は平成元年改正前の法例旧規定二九条に但書を付加し成ったものである。法例三二条については、種々の解釈論上の問題点があるが、同条の但書が採用された立法趣旨、すなわち、本文と但書との関係が基本的かつ重要な問題点ではないかと思われる。この点につき、学説の多くは、三二条但書は段階的連結の場合にのみ反致を否定することを限定的に表明したものと解する⁽¹⁷⁵⁾。他方で、三二条但書は法例の規定に定められた準拠法指定の趣旨に反するときは反致を認めないことを例示的に表明したものととして柔軟に運用しようとする見解がある⁽¹⁷⁶⁾。この点について、いずれの解釈をとるかににより個別具体的な解釈論の枠組みが異なつてこよう。本稿では、さしあたり、以下の二点について検討する。すなわち、選択的連結の抵触規定と反致との関係およびセーフ・ガード条項と反致との関係についてである。

第一に、選択的連結を採用する抵触規定による準拠法の指定と反致との関係についてはどのように考えるか。

まず、法例改正時の議論を参照すると、選択的連結の場合には無条件に反致が認められるとされている。しかしながら、そこで挙げられている理由は必ずしも説得的なものであるとは言えない。⁽¹⁷⁾他方で、国際私法の実質法化の動きと選択的連結の抵触規定の作成との密接な関連性に着目した場合、選択的連結という連結方法の採用は反致という制度になじまないものであるとの指摘もある。⁽¹⁸⁾このような指摘をも考慮した場合、特定の実質法的実現するために複数の適用可能な法律を選択肢として用意するという選択的連結を採用する本来の狙いを実現するためには、選択的連結の場合も反致するとする通説の解釈は疑問なしとしない。⁽¹⁹⁾

あるいは別の道として、法例三二条の規定は、法例の定める準拠法指定の趣旨に反しない限り反致を認めることを例示的に表明するものであるとの解釈をとり、選択的連結の場合には指定の趣旨に反する場合として反致を一律に否定することも考えられる。⁽¹⁸⁾法例の採用する反致政策は、準拠法指定の趣旨に反しない限り反致を認めるものと理解する。このように解すれば、反致により準拠法の選択肢の幅が減少するのを避けることができ、選択的連結という方法を採用した趣旨にかなうことになる。しかし、この解釈は前述の立法趣旨に反することとの説明がつかない。加えて、法的安定性への懸念については依然として問題を残すことになる。⁽¹⁹⁾準拠法指定の趣旨に反する場合とはいかなる場合を指すのか、連結政策ごとに反致の可否を決定するというようなある程度の類型化が可能であるのかが問題となろう。また、この解釈をとる場合、法例旧規定二九条から三二条への移行の過程で法例の採用する反致政策に大幅な変容があったことが前提となるが、この点についての論証が必要となろう。

あるいは第三の道として、法例三二条の規定の枠内で、実質法的目的にかなう限りにおいて反致を認めることも考えられよう。しかし、この解釈にもつぎのような疑問がある。すなわち、選択的連結を採用する目的の実現のために積極的に反致を利用すること、すなわち、実質法上の結果を見ながら反致を選択的に使用することは、

反致の本来的機能とは別の機能を反致規定にもたせることになりはしないか、との疑問である。

第二に、セーフ・ガード条項と反致との関係についてはどう考えるか。

法例一八条一項後段、同二項後段および二〇条一項後段のようないわゆるセーフ・ガード条項の適用上、反致が認められるか否かについても議論されている。

まず、三二条但書が段階的連結の場合にのみ反致を否定するものと解し、セーフ・ガード条項の適用に際して、反致を無条件に認めることも考えうる⁽¹⁸³⁾。しかし、この解釈は明らかに立法理由に反する。

つぎに、セーフ・ガード条項の適用に際して、反致を認めないとする⁽¹⁸⁴⁾ことも考えうる。このような解釈は前述の法例の立法理由にならなっている。しかしながら、セーフ・ガード条項については反致しないとするのが法例の立法趣旨であるとするならば、段階的連結の場合のようにセーフ・ガード条項については反致しないと三二条但書に明記する必要があったように思われる。もともと、この立場に立つ場合、反致を認めない理由として、法例三二条但書を例示列举であると解し、セーフ・ガード条項を設けた趣旨は特定の国の実質法の適用を強行するところにあるから、反致を認めることは法例の準拠法指定の趣旨に反すると考える余地もある⁽¹⁸⁵⁾。しかし、その場合には、前述のような法例三二条但書が例示列举であると理解することへの批判にこたえなければならぬことになる。

右に述べたそれぞれの問題についていずれの立場に立つとしても、重要なことは、平成元年の法例改正時に法例旧規定二九条に但書を付加したことにより改正前の法例が採用していたとされる反致政策、すなわち、準拠法として本国法を指定する場合に狭義の反致を認めるという政策そのものに変容があったのか否か、かりに変容があったとすればその変容はどのような、そして、どの程度のものなのかということであろう。この点について正面から論証することなしに右に述べたそれぞれの問題点についての結論は得られないように思われる。この点に

については、今後の検討課題としたい。

(1) 殊場準一「法例の新規定における反致政策についての小論」川井健他編『講座・現代家族法第一巻』（日本評論社・一九九一年）一〇三頁。

(2) 転致の場合に、外国抵触規定の指定がいわゆる「限りなき循環」に陥ることを避けるために、一定の要件の下に指定の連鎖を遮断し、第三国の抵触規定が自国実質法を指定する場合または第三国の抵触規定が反致をみとめ、その結果として当該第三国の実質法の適用が肯定される場合にのみ、外国抵触規定を考慮する立場もある。「限りなき循環」にこそつなぐ J.-E. LABBÉ, *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause*, *Journal de droit international privé*, 1885, pp. 5-16. Franz KAHN, *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, München/Leipzig*, 1928, S. 20. (以下 KAHN, *Abhandlungen* と略) を参照。

(3) 溜池良夫『国際私法講義 [第二版]』（有斐閣・一九九九年）一四三頁以下。再々致ないし再転致の場合で、最後に指定された法律が法廷地法となる場合は、特に間接反致と呼ばれる。

(4) ギリシア民法（一九四〇年三月一五年成立、一九四六年二月二三日施行、一九八二年七月四日の法律（no. 1250/1982）および一九八三年二月一八日の法律（no. 1329/1983）により改正）

第三二条 準拠外国法のうち、外国国際私法規定は適用されるべきではない。

条文の独語訳として（Hrsg.）Wolfgang RIERING, *IPR-Gesetze in Europa*, München, 1997, S. 26 f.

(5) ポーランド国際私法（一九六五年一月一二日の国際私法に関する法律、一九六六年一月一日施行）

第四条 (1) 本法により適用されるべき外国法がポーランド法に反致するときは、ポーランド法を適用すべきものとする。

(2) 本法により本国法の資格で準拠法とされる外国法が法律関係に別の外国法を指定するときは、その外国法が適用される。

条文の独語訳として RIERING, a. a. O. (4), S. 94 f. 邦訳として、松岡博「ポーランド新国際私法」阪大法学

六一号（一九六七年）三九頁。川上太郎『国際私法の国際的法典化』（神戸大学経済経営研究所・一九六七年）二六四頁。同「ポーランド新国際私法」海外商事法務五四号一四頁。解説とこじ Sewern SZER. La nouvelle loi polonaise sur le droit international privé, Clunet, 1966, pp. 346-352 (350). ポーランド国際私法四条の規定は、法廷地抵触規定の指定する外国法の資格が転致の場合には本国法に制限されているのに対し、狭義の反致の場合には制限がない。

(6) ポルトガル民法（一九六六年一月二五日成立（Decreto-Lei (no. 47-344)）一九六七年六月一日施行、一九七七年一月二五日（Decreto-Lei (no. 496-77)）により改正）

第一六条 抵触規定による外国法の指定は、反対の定めがないかぎり、当該法秩序の実質法の適用のみを定めるものとする。

第一七条 (1)ただし、ポルトガルの抵触規定が指定する外国法の国際私法が他の外国法を指定し、この外国法が自国法の適用を認めるときは、その国の実質法が適用されなければならない。

(2)前項の規定は、ポルトガルの抵触規定が指定する外国法が属人法である場合であつて、当事者がポルトガルの領域に常居所を有しているか、その抵触規定が本国実質法を準拠法とする国に常居所を有しているときは働かない。

(3)ただし、後見および保佐、夫婦財産制、親権、養親子関係ならびに相続の事案は、この抵触規定により指定された本国法が不動産所在地法に転致し、かつ、不動産所在地法が自国法の適用を認めている場合にかぎり、第一項の規律に服する。

第一八条 (1)この抵触規定が指定する法秩序の国際私法がポルトガル実質法へ反致するとき、ポルトガル実質法が適用される。

(2)ただし、属人法上の事項となる場合には、当事者がポルトガルの領域に常居所を有しているか、または、当事者の常居所地国法がポルトガル実質法を指定する場合にのみ、ポルトガル法が適用される。

第一九条 (1)前二条の規定は、その適用の結果として、第一六条に定められた規律にしたがえば適法もしくは有効とされるべき法律行為が違法もしくは無効とされるか、または、そうでない場合において嫡出とされるべき身分が非嫡出とされるときは働かない。

(2) 同様に、前二条の規定は、当事者による外国法の指定の場合には、かかる指定が認められるかぎりにおいて働かない。

条文の独語訳として Rabelsz 32, 1968, S. 513 ff (513 f). 仏語訳として 'Revue critique, 1968, pp. 369-378. 解説として FERRER-CORREIA, La question du renvoi dans le nouveau Code civil portugais, Mélanges Fragasas, 1967, pp. 339-368. Paul Heinrich NEUHAUS/Hans RAU, Das Internationale Privatrecht im neuen portugiesischen Zivilgesetzbuch, Rabelsz 32, 1968, S. 500 ff (505 f). 条文の邦訳および解説として、山内惟介「ポルトガル民法典中の国際私法規定」比較法雑誌一〇巻一号(一九七六年)六六頁以下。法廷地国際私法規定による外国法の指定は、原則として、準拠外国法上の実質法規則への指定と解されている。

(7) オーストリア国際私法(国際私法に関する一九七八年六月一日の連邦法、一九七九年一月一日施行)

第五条 (1) 外国法の指定は、当該法秩序の抵触規定をもふくむ。

(2) 外国法秩序による指定の場合には、オーストリアの実質法規(抵触法規を除いた法規)が適用されなければならない。転致の場合には、指定が引き続くことを考慮して、もはや(他の法秩序を)指定しない法秩序または最初に反致を受けた法秩序の実質法規による。

条文として、参照 Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich (BGBl) No. 304, Rabelsz 43, 1979, S. 375 邦訳として、山内惟介「オーストリアの国際私法典について」法学新報八八巻五二六号一七一頁。オーストリア国際私法は、原則として、総括指定の立場に立つ。

(8) トルコ国際私法(国際私法および国際民事訴訟法に関する法律第二六七五号、一九八二年五月二〇日成立、一九八二年一月二二日施行)

第二条 (3) 準拠外国法秩序の抵触規定が他の法秩序を指定する場合には、その実質規定が適用される。

条文の仏語訳および解説として Nihal ULUOCAK, Turquie.- Droit international privé, Revue critique, 1983, pp. 141-157 (141, 150). 条文の独語訳および解説として Hilmar KRÜGER, Neues internationales Privatrecht in der Türkei, 1982, S. 169 ff (174). 邦訳および解説として、溜池良夫「国友明彦」河野俊行「出口耕自」「一九八二年トルコ国際私法」法学論叢一一五巻四号(一九八四年)九一頁以下。法廷地抵触規定による外国法の指定は、準拠外国法上の国際私法規定への指定と解されている。外国抵触規定による準拠法の指定は、トルコ実質

法または第三国の実質法の範囲に限定される。それにより、反致が継続することで裁判官が複数の外国法を調査しなければならぬという不都合が回避されるとする。本条は、間接反致を否定する趣旨の規定と解される。

- (9) 旧ユーゴスラビア国際私法(一定の關係における他国の規定との法の抵触の解決に関する法律、一九八二年七月一日成立、一九八二年七月二三日公布、一九八三年一月一日施行)

第六条 (1)本法の規定にしたがい外国法が適用されるべきときには、その国の抵触規定が考慮される。

- (2)外国抵触規定がユーゴスラビア社会主義連邦共和国法を指定するときは、抵触規定を考慮することなくユーゴスラビア社会主義連邦共和国法による。

条文の英訳および解説として、Zeljko MATIĆ, *The Yugoslav act concerning private international law*, 30 *Netherlands international law review*, 1983, pp. 220-239 (223). 邦訳および解説として、井之上宜信「ユーゴスラヴィアの国際私法典(一九八三年)について」法学新報九二巻三〇四号(一九八五年)二二頁。法廷地抵触規定による外国法の指定は、原則として、準拠外国法上の抵触規定への指定と解されている。

- (10) ドイツ国際私法(民法施行法、一九八六年七月二五日改正、一九八六年九月一日施行)

第四条 (1)外国法が指定されるときには、指定の趣旨に反しないかぎり、その国の国際私法もまた適用されねばならない。外国法がドイツ法に反致するときは、ドイツの実質規定が適用されなければならない。

- (2)当事者がいずれかある国の法を選択できるときは、当事者は実質規定のみを指定することができる。

条文として、BGBl. I S. 1142-1155 (1143). 法廷地抵触規定による外国法の指定は、原則として、準拠外国法上の抵触規定への指定と解されている。後掲註(127)参照。

- (11) スイス国際私法(国際私法に関する一九八七年十二月一八日の連邦法、一九八九年一月一日施行)

第十四条 (1)準拠法がスイス法への反致または他の外国法への転致を規定する場合には、本法がそれを規定するときに(のみ)、それが認められるものとする。

- (2) (人事または家族の) 身分に関する問題においては、スイス法への反致が認められるものとする。

条文として、BBl(1988-I), SS. 5-60, FF(1988-I), pp. 5-56; FF(1988-I), pp. 5-56. 邦訳として、奥田安弘「一九八七年のスイス連邦国際私法(一)―(六・完)」戸籍時報三七四号(一九八九年)二頁以下、三七五号(一九八九年)一八頁以下、三七六号(一九八九年)四三頁以下、三七七号(一九八九年)五一頁以下、三七八号(一九八九年)五

四頁以下、三七九号（一九八九年）五八頁以下。同法典の解説として、奥田安弘「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（一）（二・完）」北大法学論集四〇巻二号（一九八九年）二九一頁以下、同四〇巻三号（一九九〇年）五九九頁以下（特に、六二二頁以下）。法廷地抵触規定による外国法の指定は、原則として、準拠外国法上の実質法規定への指定と解されている。同条の事項的適用範囲については争いがある。すなわち、第一四条一項の規定については、外国に住所を有する者の氏名および相続の問題についてのみ同条が適用されとする見解（Ivo SCHWANDER, Die Handhabung des neuen IPR-Gesetzes, S. 70.）と同条の適用は他の事項にも及ぶとする見解（Alfred E. von OVERBECK, Die Ermittlung, Anwendung und Überprüfung der richtigen Anwendung des anwendbaren Rechts, S. 97.）とが対立している。

(12) イタリア国際私法（イタリア国際私法の改正に関する一九九五年五月三十一日の法律第二一八号、一九九五年九月一日施行）

第一三条 (1) 以下の規定において外国法が指定されるときには、以下の場合にかぎり、その外国国際私法から他の国への反致は考慮される。

(a) その国の法が反致を認める場合

(b) イタリア法へ反致する場合

(2) ただし、第一項は、以下の場合には、適用されない。

(a) 本法の規定が、当事者による有効な法選択にもとづいて外国法を準拠法として指定する場合

(b) 法律行為の方式に関する規定に関して

(c) 本編第一章の規定に関して

(3) 第三三条ないし第三五条の規定する場合においては、親子関係の成立を認める法の適用を導く場合にのみ反致は考慮される。

(4) 本法が国際条約を準拠法として指定する場合には、反致に関して当該条約が採用する解決にしたがう。

条文の仏語訳として 'Revue critique, 1996, pp. 174-188 (176). 条文の独語訳として 'RIERING, a. a. O. (4), S. 48 f. 解説として 'Andrea GIARDINA, Les caractères généraux de la réforme, Revue critique, 1996, pp. 1-19 (13-16). Tio BALLARINO, Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de

réforme du droit international privé italien, *Revue critique*, 1996, pp. 21 - 40 (36, 39 - 40). Fausto POCAR, Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien, *Revue critique*, 1996, pp. 41 - 65 (46, 49).

(13) これらの立法例のいくつかは、準拠外国法上の抵触規定が内国法を指定するときは内国実質法が適用される旨を定めている。例えば、ポーランド国際私法四条一項、オーストリア国際私法五条二項、トルコ国際私法二条三項、旧ユーゴスラビア国際私法六条二項、ドイツ国際私法四条一項二文、イタリア国際私法一三条一項(b)号等の規定である。これらの規定は準拠法の指定が「限りなき循環」に陥ることを避けようとする目的で定められたものである。しかし、準拠外国法上の抵触規定が反致を肯定しているような場合には、判決の国際的調和という結果が得られないこともありうる。これらの立法とは対照的に、判決の国際的調和の政策を徹底させた規定が、ポルトガル民法一八条一項の規定である。

(14) ハンガリー国際私法(国際私法に関するハンガリー人民共和国最高会議幹部会法規的命令一九七九年第一三号、一九七九年五月三十一日成立、一九七九年七月一日施行)

第四条 本法により外国法が適用されるべき場合には、その問題を直接規律する外国法が適用される。ただし、外国法がその問題に関してハンガリー法を指定する場合には、ハンガリー法を適用する。

条文の英訳(ラジナル語原文が掲載されている)および解説として、Francis A. GABOR, A socialist approach to codification of private international law in hungary: comments and translation, 55 *Tulane Law Review*, 1980, pp. 63-113 (72, 89). 仏語訳および解説として、Ferenc MAJOROS, Hongrie. -Droit international privé, *Revue critique*, 1981, pp. 158-176 (161). 条文の邦訳および解説として、溜池良夫＝国友明彦＝河野俊行＝出口耕自「一九七九年ハンガリー国際私法」法学論叢一一二巻一号(一九七八年)七〇頁以下(七三頁)。解説として、I. VÉKÁS, Zur Kodifikation des ungarischen Internationalen Privatrechts, *Neue Justiz*, 1981, S. 122 f. 四條の規定は、狭義の反致のみを認める。法廷地抵触規定による外国法の指定は、原則として、当該外国法上の実質法規定への指定と解されている。

(15) スペイン民法(一九七四年五月三十一日の Decreto (no. 1836/1974)、一九八一年七月七日の法律、一九八七年一月十一日の法律および一九九〇年一月一日の法律により改正)

- (18) フォン・オッフエルベックは、複数の実定国際私法上の反致規定を利己主義 (Egoïsme) の原則に依拠する規定と利他主義 (Altruïsme) の原則に依拠する規定とに分類する。それによれば、利己主義とは、法廷地法の適用や内国法の適用機会の拡張 (Heimwärtsstreben) を促そうとする立場である。それに対し、利他主義とは、複数の法制度間の調整、関係国間での判決の国際的調和、裁判官が誰であれ同一の法律が適用されることを反致によって実現しようとする立場である。 Alfred E. von OVERBECK, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, 176 Recueil des Cours, 1982 - III, The Hague/Boston/London, pp. 133 - 135.
- (19) ただし、転致を認める立法例にあっても、準拠外国法上の抵触規定が自国法を指定する場合には、自国実質法を指定しているものと解するとする立法の実質に注意する必要がある。
- (20) 南敏文「改正法例の解説 (五・完)」法曹時報四三卷九号 (一九九一年) 五六頁。
- (21) 後掲第三章参照。
- (22) 後掲第三章参照。
- (23) 後掲第三章参照。
- (24) 殊場・前掲註 (1) 一一五頁。
- (25) なお、法例の反致規定の解釈論とは次元の異なる問題として、法例三二条の規定が、比較法的に少数派であることも看過しえない。それは、次の二点においてである。第一に、同条が、外国法が「本国法の資格」を有することを要件としている点である。近時の立法例の多くは、法廷地抵触規定の指定する外国法の資格は問わない。例えば、オーストリア国際私法五条、トルコ国際私法二条三項、旧ユーゴスラビア国際私法六条、ハンガリー国際私法四条、スペイン民法一二条二項、ルーマニア国際私法四条等の規定である。それに対して、法廷地抵触規定の指定する外国法の資格を制限するのが、ポーランド国際私法四条二項・ポルトガル民法一七条二項・一八条二項、スイス国際私法一四條二項 (ただし、同条一項については争いがある) 等の規定である。第二に、法例三二条の規定が狭義の反致のみを認める点である。法例の反致政策がもつこういった特徴が、いかなる根拠に由来し、法例の反致規定をめぐる個別具体的な解釈論の枠組みをどのように規定してゆくのかという点についても今後検討してゆかねばならない。
- (26) 山田録一『国際私法』(有斐閣・一九九二年) 七二頁以下、出口耕自『基本論点国際私法』(法学書院・一九九六

年)二〇二頁、澤木敬郎『道垣内正人『国際私法入門(第四版補訂版)』(有斐閣・一九九八年)四六頁、櫻田嘉章『國際私法(第二版)』(有斐閣・一九九八年)一一二頁以下。

(27) 殊場準一「養子縁組・離縁の準拠法及び国際的管轄」岡垣學・野田愛子編『講座実務家事審判法5』(日本評論社・一九九〇年)二五七頁。

(28) 前掲註(6) 参照。

(29) 前掲註(10) 参照。

(30) 前掲註(12) 参照。

(31) 法例旧規定二九条の成立過程については、拙稿「反致論序説―明治三一年法例二九条成立史―」法学政治学論究(慶應義塾大学)一五号(一九九二年)二六七頁以下を参照。法例修正案理由書では、同条の起草に際し参照した外国の立法例として、「ツーク民」二、グラウブュンデン民一、四號、シャーフハウゼン民二、ツューリヒ民三、四、瑞一九九一年六月二十五日法二八、伊七、匈一九九四年十二月十八日婚姻法一〇八、ゲープハルト案三一、独民二草二二四五、二二四七、同民施二七、一八九四年海牙會議一」等が挙げられている。進化堂編輯部編纂『法例及國籍法附修正案理由書』(進化堂書店・明治三六六年)四七頁以下を参照。

これらのうち、「ツーク民」二、グラウブュンデン民一、四號、シャーフハウゼン民二、ツューリヒ民三、四」とは、それぞれ一八六一年のスイスのツーク(Zug)州(Kanton)民法典二条、一八六二年のグラウブュンデン(Graubünden)州民法典一条四項b、一八六四年のシャーフハウゼン(Schaffhausen)州民法典二条、一八八七年改正のスイスのツューリヒ(Zürich)州民法典の三条および四条(第三条……カントンに居住する外国人の家族関係は、その者の属する国の法がそれを規定する場合にのみ、その者の本国法にしたがい裁判されるものとする。第四条……カントンに居住する外国人の相続関係は、その者の属する国の法律がそれを規定する場合にかぎり、その者の本国法にしたがう。)を指す。「瑞一九九一年六月二十五日法二八」とは、スイスの「定住者および滞在者の民事的法律関係に関する一八九一年六月二五日の連邦法(一般にNAGと呼ばれる)」二八条二項(第二八条(1)……外国に住所を有するスイス人には、つぎの規定が適用される。(2)そのスイス人が外国の法律にしたがい外国法に服しない場合においては、そのスイス人には民籍州の法律が適用されるものとする。)を指す。一八五四年に成立したツューリヒ州民法典の二条一項および三条は反致について規定していた。同民法典は一八八七年に改正されたが、両条は実質的な変更を加えられること

なく改正民法典三条および四条へと引き継がれた。類似の規定は、ツーク、グラウビュンデン、シャーフハウゼンの諸州の民法典、ならびに一八九一年の連邦法中にも存在した。なお、一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけてのスイスの反致規定の歴史的発展については、Émile POTU, *La question du renvoi en droit international privé*, Paris, 1913, pp. 183-192. Friedrich MELL, *Das internationale Civil- und Handelsrecht*, Zürich, 1902, S. 170. が詳しく、これらの規定が外国法の要求を考慮して自国法の適用範囲を確定しようとしていることから、それらの規定が国家間の礼讓 (comitas gentium) または棄権 (desistement) を根拠とする反致論に近いものであることが指摘されている。この点に「き」 POTU, op. cit., p. 185.

また、「伊七」とは、「一八六五年公布のイタリア民法前加編「一般法律の公布、解釈および適用に関する規則」七条(第七条 動産は所有者の本国法にしたがう。ただし、所在地の法律に反対の規定があるときはこの限りではない。)」を、「匈一八九四年十二月十八日婚姻法一〇八」とは、ハンガリーの婚姻を締結する能力に関する一八九四年二月一八日の法律一〇八条(第一〇八条 外国において締結された婚姻の有効性は、夫婦各人の本国法が他の法の適用を規定しているかもしくは本法に別段の定めがないかぎり、年齢および能力に関する事項に関しては、夫婦各人の本国法にしたがってのみ判断されるべきものとする。)」を指す。

さらに、「ゲープハルト案二」、独民二草二二四五、二二四七、同民施二七は、それぞれゲープハルト第一草案第二草案三二条(後掲第二章参照)、ドイツ民法第二草案二二四五条(第二二四五条 婚姻の締結は婚姻締結者の各人につきその属する国の法律による。その国の法が、婚姻締結者の住所地の法律または婚姻挙行地の法律にしたがって婚姻締結者が婚姻を締結することを許容する場合は、その法律を遵守することをもって足りる。))および二二四七条(第二二四七条……本条により自国の法律が適用される国の法にしたがえば、夫の住所地で妥当している法律を適用すべき場合においては、その法律が準拠法となる。)、ドイツ民法施行法二七条(後掲第二章参照)を、「一八九四年海牙會議一」とは、一八九四年の第二回ハーグ国際私法会議で審議された「婚姻に関する法律の抵触を規律するための条約案」第一条の規定(第一条 婚姻を締結する権利は将来の夫婦各人につきその本国法によってこれを定める。ただし、その法律が住所地法または婚姻挙行地法によるべきことを規定するときは、この限りでない。……)を指す。同条に「……」は、Conférence de La Haye de droit international privé, Actes de la deuxième Conférence de la Haye chargée de régler diverses matières de droit international privé (1894), 1894, p. 1.を参照。なお、

ハーグ国際私法条約における反致規定については、拙稿「ハーグ国際私法条約と反致」法学研究七〇卷一二号（一九九七年）四五三頁以下を参照。

(32) 南・前掲註（20）五四頁以下。

(33) 一八九六年八月一日制定当時のドイツ民法施行法旧規定については、RGBl. S. 604. Alexander MAKAROV, *Quellen des internationalen Privatrechts*, Bd. I, 1953. Deutschland の項を参照。邦訳として、川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』（神戸大学経済経営研究所・一九六一年）三〇頁。

(34) 後掲第二章参照。

(35) 後掲第二章参照。

(36) Krebs兄弟対寡婦Rosolino事件における一八六一年三月二日リューベック控訴裁判所(Oberappellationsgericht)判決。Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 14, S. 164 ff. 引用の判決文に加え、裁判所は、さらに、フランス国際私法上、相続が被相続人が最後に国籍を有していた国の法律にしたがうのか、それとも、被相続人の最後の住所地法にしたがうのが問題となるとし、原告の請求が後者の立場に基づいていることから、マインツ法上相続が被相続人の最後の住所地法によらしめられていることを原告は立証しなければならなかった。なお、この判決はドイツで最初に転致を認めた判決とされている。POTU, op. cit. (31), p. 86. Gerhard KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl., München, 1995, S. 283.

(37) ライヒ裁判所一八八五年一〇月一六日判決 (Annalen der Badischen Gerichte, 1, S. 373.) 同一八八八年一月二七日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 20, S. 351 ff.) 等。

前者は、ヴュルテンベルク人がその者が住所を有するバーデンで死亡し、その財産の相続が問題となった事案である。バーデン法が相続を被相続人の本国法によらしめていたのに対し、ヴュルテンベルクでは普通法上の原則にしたがい相続を被相続人の死亡当時の住所地法によらしめていた。原審のカールスルーエ控訴裁判所は、以下のように判示し反致または転致を認めた。すなわち「バーデン法により準拠法とされた法律がバーデンの法律または他の法律を指定する場合にはその法律を適用すべきである。本件においては、ヴュルテンベルク法は裁判官にバーデン法を適用させる」とし、バーデン実質法を適用した。上告理由に対し、ライヒ裁判所は、バーデン法上の「財産は、〔中略〕その者の本国法によって指定された相続人に与えられる」との文言は、「個々の事案におけるヴュルテンベルク法からヴ

ユルテンベルク法でない法規への指定という意味でのヴェルテンベルク法の規定の遵守をも意味しているのである」と判示し上告を棄却した。

後者は、ヘッセン出身の者がベルリンに住所を有したまま、自筆証書遺言を残してベルリンで死亡し、その相続が問題となった事案である。ラインラントではフランス民法典が施行されていた。ライヒ裁判所は、「ラインラントの裁判官にとって(フランス民法典) 第一一〇条はこれらの一般的な法原則に相当する実定法規則を意味する、それによれば、被相続人がその本拠をラインラント内に有するが、それに対して他の法域に住所を有する場合には、他の法域の法律が適用される。しかし、この法は、一八六一年三月二日のリュールベックの控訴裁判所の判決において確かに示されたように、全体として適用されるべきである。すなわち、相続事件は、住所地の裁判所によって判断されねばならないであろうのと全く同様に判断されるべきである。かかる見解が、一八八五年の *Journal de droit international privé* においてラッペ(LABBE) が述べたように、限りなき循環(unlösbarer Circle)に陥るに違ふこということは正当ではない。というのは、国際私法の問題が被相続人の住所地の法律にしたがって解決されねばならないのは一度限りであり、その場合、その法律にしたがって準拠法とされた相続法をただちに適用しなければならぬからである。(中略)ベルリンで開始された相続に関する法律上の争いにおいて上訴されたラインラントの裁判所は、相続に関して管轄を有するベルリンの裁判所が判決を下したように判決を下さねばならない。」と判示し、ベルリンにおいて施行されているプロイセン法にしたがい、被相続人の住所地法たるプロイセン一般ラント法を適用した。カーンは、この判決が「論理的反射鏡(ein logisches Spiegelkabinett)」あるいは「限りなき循環」などの反致主義に対する批判に対して反論している点に注目する。KAHN, *Abhandlungen*. (2), S. 20.

なお、この他に、ライヒ裁判所一八八〇年五月八日判決(*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 2, S. 13 ff.)、一八八二年一月四日判決(*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 7, S. 21 ff.)等を参照。これらの判例はいずれも手形債務の消滅時効に関するアメリカのニューヨーク州法またはテネシー州法上の法性決定とドイツ手形法上の法性決定との抵触が問題となった事案である。ニーマイヤーは、これらの判決を反致を否定した判決と評価するが、ポトウは、それらの判決が準拠外国法上の抵触規定が当該法律関係につき適用されることを意図していないことを理由として、反致の名においてか、あるいは、補充的管轄(*compétence subsidiaire*)の名においてか、ドイツ法を適用したことから、それらの判決を部分的に反致を考慮したものであると評価している。Theodor

NIEMEYER, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationales Privatrecht, 1985, S. 82. POTU, op. cit. (31), pp.87-88.

(38) Hans LEWALD, La théorie du renvoi, 29 Recueil des Cours, 1929-IV, p. 544.

(39) ライヒ裁判所一八八九年五月三十一日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 24, S. 326 ff.)。母の死後、子らの財産に対する父の権利が問題となった事案である。父子ともに、バーデンに住所を有するプロイセン出身の者であった。プロイセン法上、父は子らの親権者となるが、バーデン法上、父は法定後見人となる。原審のカルスルーエ上級地方裁判所は、バーデン法上の抵触規定(バーデンにおいて施行されているフランス民法典第三条)にしたがい父の本国法たるプロイセン実質法を適用し、住所地法を指定するプロイセン抵触規定を考慮せず、原告の請求を認めた。そこで、反致を認めなかったことを理由に被告が上告した。ライヒ裁判所は、「個々の事案において、外国法にどの程度譲歩すべきか調査する任務を内国の裁判官に課すべきではなく、全ての事案について国籍にしたがい属人法を決定することが裁判官に要求される。同様に、内国の裁判官は、同一の法律上の争いについて外国人の本国の裁判官が下すであろうのと同じ判決を下そうとすべきではない。判決の相違は、国際私法上の問題に適用される法規が同一でないことに由来する。バーデンの裁判官はプロイセンに住所を有するバーデン人に対して常にバーデンの身分に関する法律(民法典)を適用するであろうし、プロイセンの裁判官は法の適用について住所を決定的なものとするプロイセンの法律を適用するであろう。」と判示し、上告を棄却した。

(40) POTU, op. cit. (31), p. 90. また、レーワルトはこの判決を反致論に反対する非常に重要かつ、彼によれば決定的な論拠を判例において初めて示したものと評価する。LEWALD, op. cit. (38), p. 545.

(41) ライヒ裁判所一八九四年四月二十四日判決 (Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, 1895, S. 58.)、同一八九六年三月三日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 36, S. 205 f.) 等。

(42) ライヒ裁判所一八九一年九月二十二日判決 (Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, 1892, S. 379.)、同一八九二年二月四日判決 (Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, 1892, S. 469.) 等。前者は、チューリヒに住所を有し同地で死亡したプロイセン出身の者の相続となった事案である。プロイセンのラント法が住所地法を指定するのに対し、チューリヒ州民法典四条は国籍主義に依拠していた。ライヒ裁判所は、チューリヒ州民法典が外国人の相続をその者の属する国の法律によらせるのはその者の本国法が自らを管轄ある法律と

する場合に限ると判示し、反致を否定した。この判決の論拠について、それが外国法の適用意図を問題としているという意味で反致に好意的な判決と解しうるのではないかと指摘もある。POTU, op. cit. (31), p. 92. 後者は、ザクセンに住所を有するプロイセン出身の者の遺言能力が問題となった事案である。プロイセン法によればザクセン民法典が準拠法となるのに対し、ザクセン民法典七条は国籍主義に立脚していた。ライヒ裁判所は、ザクセン法からプロイセン法への反致を認め、プロイセン法を適用した。

(43) LEWALD, op. cit. (38), p. 545.

(44) ドイツ民法施行法の制定過程については、従来その立法関係資料が公表されていなかったため、各委員会における審議内容についてはその大方が暗黒に閉ざされた感があった。我々が披見しうる資料としては、わずかに、ゲープハルトの諸草案およびその理由書を復刻したものである Friedrich MEIL, Geschichte und System des internationalen Privatrechts, Leipzig, 1892. Theodor NIEMEYER, Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, München/Leipzig, 1915. が存在しつゝたにすぎない。しかし Oskar HARTWIEG/Friedrich KORKISCH, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896, Tübingen, 1973. が公開されるにおよび、ドイツ民法施行法の一般的な成立過程について知るものが可能となった。¹⁾ 他²⁾ (Hrsg.) Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des B.G.B., Einführungsgesetz I II, Berlin/New York, 1990. を参照。なお、わが国におつて同法の生成過程につき述べる文献として、川上太郎『現代外国法典叢書(2)国際私法 独逸国際私法』(有斐閣・一九五五年)六五頁、同『国際私法の法典化に関する史的研究』(神戸大学経済経営研究所・一九六一年)一二二頁以下。

(45) 一八七四年に総則部分草案の起草委員に任命されたゲープハルトは一八八一年、民法典の総則中の国際私法規定((Das objective Recht)と題する総則編第一節五条ないし四〇条)の起草を終了しその草案を委員会に提出したが、委員会はいかなる理由からかその審議を後回しにした。この時、委員会に提出されたものがゲープハルト第一準備草案である。ところが、国際私法規定が審議に付されたのは一八八七年になってからであり、その間、ゲープハルトは、委員会での他の部分草案に生じた改訂を織り込みながら最初の草案に修正を加えた。このようにして成立したのがゲープハルト第二準備草案であった。これらの草案は、第一委員会の審議の基礎資料として用いられた。HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 28 ff.

- (46) ゲープハルトについては、HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 28. 平田公夫「ドイツ民法典を創った人びと」(2)(3)岡山大学教育学部研究集録五八号(一九八一年)二三頁、同六〇号(一九八二年)二八一頁、同「一九世紀後半のドイツ社会と民法典」上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』(ミネルヴァ書房・一九八七年)二八六、二九一頁を参照。
- (47) 出典は、NIEMEYER, Zur Vorgeschichte. (44), S. 10. HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 62 ff (66). によった。なお、ゲープハルト第一草案の諸規定の邦訳については、久保岩太郎『国際私法概論』(厳松堂・一九四九年)巻末附録一頁以下(四頁)、川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』(神戸大学経済経営研究所・一九六一年)巻末附録七頁を参照。
- (48) NIEMEYER, Zur Vorgeschichte. (44), S. 20. HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 68 ff (72). 邦訳として、久保・前掲書・巻末附録六頁以下(九一〇頁)、川上・前掲書・巻末附録一二頁を参照。
- (49) 第一草案および第二草案理由書については、NIEMEYER, Zur Vorgeschichte. (44), S. 252, 366. を参照。
- (50) NIEMEYER, Zur Vorgeschichte. (44), S. 39. ゲープハルトは、草案理由書の概説の部分で次のように述べていた。すなわち「法律関係の国際的性質に応じて、内国法が適用されるべきか、あるいは、外国法が適用されるべきかを決定することは内国法秩序に属するものである。場合により考慮する外国法をどこまで広げるべきかについての決定も同様である。〔中略〕外国法が適用されるのは、その外国法が準拠法となることを意図しているからではなく、むしろ、内国法秩序によってその外国法が準拠法であると言明されるからである。」。この記述からすれば、準拠外国法の抵触規則をも考慮する反致という考え方をゲープハルトは原則として否定していたようである。同旨を述べるのは、POTU, op. cit. (31), pp. 169-170. また、カーンはゲープハルトが原則として反致否定論の立場に立つにもかかわらず、「三一条で反致を規定した」と疑問を呈示する。Franz KAHN, Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und auf dem Haager Kongress für internationales Privatrecht, Abhandlungen. (2), S. 127 ff.
- (15) NIEMEYER, Zur Vorgeschichte. (44), S. 252, 366. ゲープハルト第一草案理由書(一八八一年)および第二草案理由書(一八八七年)は、三一条に限って言えば、その実質的内容に差異は見られない。一八八七年の追加理由書は、その間に公表された学説や判例について報告するものであり、三一条の正当化のための第一草案理由書の論拠に

代わるものとはそこには見あたらない。なお、追加理由書の中では、ローラン (LAURENT)・ラッペ (LABBÉ)・フィオーレ (FIORE)らの学説ならびにフォルゴ事件におけるフランス破毀院判決およびベルギー破毀院判決などが挙げられている。

- (52) NIEMEYER, Zur Vorgeschichte. (44), S. 252.
- (53) NIEMEYER, Zur Vorgeschichte. (44), S. 252.
- (54) 698. Sitzung der ersten Kommission vom 26. Sept. 1887, Protokoll, S. 11583 ff. HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 139. JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 250 ff.
- (55) 698. Sitzung der ersten Kommission vom 26. Sept. 1887, Protokoll, S. 11583 ff. HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 139. JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 251. KAHN, Abhandlungen. (2), S. 130 f. なお、提案「二号が、第三国法への転致を認める場合には、第三国法上の指定が準拠外国法上の指定と一致する」とまでをも要求している点が注目される。
- (56) 698. Sitzung der ersten Kommission vom 26. Sept. 1887, Protokoll, S. 11583 ff. HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 139. JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 251.
- (57) 698. Sitzung der ersten Kommission vom 26. Sept. 1887, Protokoll, S. 11583 ff. HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 140. JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 251. KAHN, Abhandlungen. (2), S. 132.
- (58) 698. Sitzung der ersten Kommission vom 26. Sept. 1887, Protokoll, S. 11583 ff. HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 140 f. JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 251 f. KAHN, Abhandlungen. (2), S. 132. 「準拠法である」と言明された外国法は、その外国法の側が適用されるべきを意図しているか否かにかわらず、適用されるべきである。「中略」内国法秩序は、内国法が適用されない法律関係については、内国法自らがその適用を適切なものと考えるところの外国法の〔実質〕規則によって当該法律関係が判断されるべきにつき重大な利益を有している。」
- (59) Protokolle der 2. Kommission, JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 279 ff.
- (60) この間の経過については、HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 38. 『国際私法の法典化に関する史的研究』(神戸大学経済経営研究所・一九六一年)二五頁等を参照。

- (19) それらの規定は「HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 210 ff. JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 305 ff. を参照。
- (62) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 281. 第一委員会の草案「三条の審議に際して、以下の規定を挿入すべきであるとする一般提案が出された。すなわち、「ただし、その者の属する国の法律にしたがってその個人の身分関係について判断することが規定されている場合で、かつ、その国の（国際）法が当該法律関係を他国の法律にしたがって判断することを規定する場合には、その（他国の）法律が適用されねばならない。」また、下位提案は、一般提案に対して、「他国の法律にしたがって」という文言の代わりに、「ドイツの法律にしたがって」との文言を用いることとで、ドイツ法への狭義の反致のみを認めることを提案した。
- (63) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 281.
- (64) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 281. すなわち、「内国法が外国法を指定する場合には、その外国法の実質規則が指定されねばならぬ。」とする。
- (65) それらの規定は「HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 212. JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (44), S. 306 f. を参照。
- (66) 第二委員会は、「婚姻の締結は婚姻締結者の各人につきその属する国の法律による。」と定める「二四五条に以下の文言を付け加えた。すなわち、「その国の法が、婚姻締結者の住所地の法律または婚姻挙行地の法律にしたがって婚姻締結者が婚姻を締結することを許容する場合は、その法律を遵守することをもって足りる。」とした。同様に、「委員会は、婚姻の解消、離婚、別居を夫の本国法にしたがわせる「二四七条一項ないし三項に、四項を付加した。すなわち、「本条により自国の法律が適用される国の法にしたがえば、夫の住所地で妥当している法律を適用すべき場合においては、その法律が準拠法となる。」KAHN, Abhandlungen. (2), S. 135 f. を参照。
- (67) すなわち、「二四五条の規定の委員会による変更は、一八九三年および一八九四年のハーグ国際私法会議の最終議定書中の「婚姻に関する法律の抵触を規律するための条約」草案第一条の規定を考慮の上なされたものであった。この点について参照」Erich ARON, Die Beschlüsse der Kommission der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches hinsichtlich der Vorschriften über das internationale Privatrecht, Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, 6, S. 10, 13. 以下「それらは、いずれも反致を例外的に認める根拠とし

- は不十分であるとされた。これらの条文で反致を認めないことの批判として KAHN, Abhandlungen. (2), S. 134 ff. POTU, op. cit. (31), pp. 177-178. を参照。
- (68) この経緯について HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 48 ff. を参照。
- (69) HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 55 f.
- (70) HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 53, 389. を参照。連邦参議院は「国際私法規定を民法施行法へと移動する際に「10条と11条」を1項「8条1項」「1条1項」「1条1項」1条1項において準拠法となるべき外国法にしたがいドイツ法が適用されるべきときには「ドイツ法を適用する」という規定を挿入した。この規定が最終的に二六条となる。二六条の反致規定に対する批判として KAHN, Abhandlungen. (2), S. 124 f. を参照。同条を挿入することに対するカーンの必死の抗議にもかかわらず、当該論文の審議への影響はなかったとされている。
- (71) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 (RGBl. S. 604.).
- (72) NIEMEYER, Vorschläge. (37), S. 37. 例えは「連邦参議院の国際私法委員会が当時編纂委員であった Sieveking は「我々は「ドイツ法の適用を可能な限り拡張しようとした。」(中略)ドイツの法律への反致の必要を認めようとしたのである。』と述べていたとされる。これについて POTU, op. cit. (31), p. 179. を参照。Sieveking について HARTWIEG/KORKISCH, a. a. O. (44), S. 48. を参照。
- (73) LEWALD, op. cit. (38), pp. 545-546. POTU, op. cit. (31), p. 180.
- (74) POTU, op. cit. (31), p. 180.
- (75) ライト裁判所一九〇六年二月一日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 62, S. 400 ff.)。同一九一二年二月十五日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 78, S. 234 ff.)。
- (76) Julius SCHNELL, Über die Zuständigkeit zum Erlaß von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen, Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, 1895, S. 337. Hugo NEUMANN, Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfs nebst Motiven und Materialien, Ein Beitrag zur Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts, Berlin, 1896, S. 25 ff. Ludwig von BAR, Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht, Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, 1898, S. 177 ff. Heinrich DERNBURG, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, Bd.1, 2.

- Aufl., 1900-1901, S. 96 f. J. KEIDEL, De la théorie du renvoi du droit international privé selon le nouveau Code civil allemand, Journal de droit international, 1901, pp. 82 - 96. Ludwig ENNECCERUS/Heinrich LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 6-8 Aufl., Marburg, 1911, S. 142.
- (72) Otto GIERKE, Deutsches Privatrecht 1, Bd.1, 1895, S. 215 f. Franz KAHN, Abhandlungen, S. 24. Ernst ZITELMANN, Internationales Privatrecht, Bd.1, Leipzig, 1897, S. 238 ff (243). Ludwig KUHLENBECK, Von den Pandekten, zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Berlin, 1898, S. 65. Konrad COSACK, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd.1, 2. Aufl., 1899, S. 43 f. Carl CROME, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd.1, Tübingen/Leipzig, 1900, S. 140. Alexander NIEDNER, Das Einführungsgesetz vom 18 August 1896, Kommentar zum BGB, 2. Aufl., Berlin, 1901, S. 14, 78. Friedrich MEILL, Das internationale Civil- und Handelsrecht, Zürich, 1902, S. 167 ff. Gottlieb PLANCK, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd.6, 3 Aufl., Berlin, 1905, S. 103 ff. Friedrich ENDEMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 9 Aufl., Berlin, 1903, S. 91. Julius von STAUDINGER/WAGNER, Kommentar zum B.G.B. nebst E.G., 2 Aufl., München/Berlin, 1905, S. 89.
- (82) Bernhard MATTHIAS, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, Berlin, 1900, S. 64. Theodor NIEMEYER, Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin, 1901, S. 74 ff. Hermann HABICHT, Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 1907, S. 209 f. Karl NEUMEYER, Internationales Privatrecht, Ein Grundriß, Bd.1, 2 Aufl., München, 1930, S. 412. Gustav WALKER, Internationales Privatrecht, 4 Aufl., 1926, S. 227 ff. 法例に規定「九条は」の第三の見解の影響の下に起草されたものであると考へられる。この点について、拙稿「反致論序説—明治三十二年法例「九条成立史」—」法学政治学論究（慶應義塾大学）一五号（一九九二年）二九九頁以下、三一二頁以下を参照。
- (62) POTU, op. cit. (31), pp. 95-98.
- (86) ライヒ裁判所一九〇一年四月三〇日判決（Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 48, S. 144 ff (145).）同一九〇一年一〇月一一日判決（Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, 1901, S. 439.）

等。前者は、妻が夫（オーストリア国籍）に対し離婚訴訟を提起した事案である。原審が民法施行法一七条一項にしたがい、離婚について離婚の訴の提起時の夫の本国法たるオーストリア法を準拠法としたのに対し、原告である妻が上告した。ライヒ裁判所は、オーストリア国際私法が当該問題について国籍を基準としていることからドイツ法への反致はないとし、上告を棄却した。後者は、バーデンに住所を有し、同地で死亡したアメリカ人女性の財産の相続が問題となった事案である。ライヒ裁判所は、被相続人の住所地法ではなく本国法たるアメリカ合衆国のニューヨーク法を適用したが、ニューヨーク法の抵触規定については言及しなかった。同判決は、民法施行法二七条の適用を意識していなかったのではないかと指摘もある。この点につき、POTU, op. cit. (31), p. 98. を参照。

(81) ライヒ裁判所一九〇六年二月一五日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 62, S. 400 ff.)、同一九〇六年一月三日判決 (Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, 1908, S. 164ff.) 等。前者は、ドイツに住所を有するポルトガル人の妻が同じくドイツに住所をもつポルトガル人の別居中の夫に対し扶養料請求の訴を提起した事案である。ライヒ裁判所は、「本件においては、ポルトガル法が準拠法となり、その実質法の内容を調査しなければならない。〔中略〕しかしながら、ポルトガル法が扶養義務を住所地法によらせることを規定する場合には、その調査は必要なく、ドイツ法が適用されねばならない。すなわち、このような場合は、民法施行法二七条の規定には該当しないが、ドイツ法が準拠法となるであろう。なぜなら、当事者はハンブルクに住み、ポルトガル法はドイツの裁判所によってそれがポルトガルの裁判所によって行われるように適用されねばならないからである。」と判示し、民法施行法二七条で列挙されている五つの事項以外の事項について反致を認めた（事項的適用範囲の拡張）。後者は、プロイセン人の父がロシアで死亡しその財産の相続が問題となった事案である。その相続の前提として、被相続人の非嫡出子（ロシア国籍）が準正子であるかが問題とされた。準正の有効性について判断するために、ライヒ裁判所は、民法施行法ではなく、その施行前（一九〇〇年前）に妥当していた法であるナポレオン法典三条にしたがいプロイセン法を適用した。しかし、一九〇〇年前のプロイセンは統一的な法域ではなく複数の法が妥当していたことから、被相続人の最後の住所地がプロイセン一般ラント法の妥当する法域に存在したとして、当該法が適用されるべきであるとした。そして、以下のように判示した。すなわち、「住所地法が適用される場合、すなわち、その住所地の裁判所によって行われるように事案について判決を下さねばならない場合には、プロイセン一般ラント法が全体として、すなわち、その抵触規則をも含めて適用されねばならない。〔中略〕プロイセン一般ラント法の

観点から、あらゆる場合に、転致が認められるべきである。」そして、一般ラント法上、非嫡出子の準正は婚姻当時の父の住所地法にしたがうとされており、婚姻当時父がロシアに住所を有していたことから、プロイセン一般ラント法からロシア法への転致 (Weiterverweisung) を認め、ロシア法を準拠法とした。この判決は民法施行法二七条で列挙されている事項について転致を認めたものである (転致への拡張)。

(82) ライヒ裁判所一九二二年二月一日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 78, S. 234 ff.)。オーストリア国籍でカトリック教徒の夫がドイツ国籍でプロテスタント教徒の妻に対しドイツで締結された婚姻の無効の訴を提起した事案である。夫婦はいずれもドイツに住所を有している。妻の前婚の夫は生存中であつた。ドイツ民法典によれば本件婚姻は有効とされるが、オーストリア民法典にしたがえば当該婚姻は無効とされる。原審は、夫の本国法たるオーストリア法の抵触規定を考慮し住所地法たるドイツ法への反致を認め、本件婚姻を有効とした。そこで、夫が「外国法が明示的にドイツ法に反致する場合にしか反致は認められない」との理由から上告した。ライヒ裁判所は、つぎのように判示し上告を棄却した。すなわち、「裁判所は、ドイツの裁判官が一般に外国法を適用すべき場合に、原則としてその外国法を全体として、すなわち、その実質規則のみならずその抵触規則をも適用すべきであると述べることを何ら躊躇しない。民法施行法に最終的に挿入された国際的規定の特異な生成過程から解釈の通常の補助手段が役に立たないため、法律の文言および合理的な趣旨からのみ判決は引き出されうる。(中略)二七条は、ドイツの裁判官が外国の抵触規則を適用すべき場合を制限的に定める例外規定ではなく、裁判官が外国法を適用すべき場合には、原則としてその外国法を全体として適用しなければならないとのルールを確認したものである。」

(83) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 78, S. 236.

(84) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 78, S. 236 f.

(85) たとえば、国際契約債務法上の問題について反致が認められたものとして、連邦通常裁判所一九五八年二月一日判決 (NJW, 1958, S. 750 ff.)。売買目的物の瑕疵を理由にイタリア人買主がドイツ人売主に対し解除または代金減額を求めた事案である。売買契約はドイツ国内で締結されたが、当事者による準拠法選択は行われなかった。連邦通常裁判所は、本件では買主の義務すなわち代金支払義務の履行地である買主の住所地の法律によるとして、イタリア法が準拠法となるとした上で、本件につき契約締結地を連結素とするイタリア国際私法からのドイツ実質法への反致を認めた。ただし、本判決は、傍論として、国際契約債務法上の問題については、当事者の明示または黙示意思によ

る法選択が認められる場合には、反致は考慮されなくとする。同様に、Hans Theodor SOERGEL/Gerhard KEGEL, B.G.B., 10. Aufl. 1970, Artikel 27 EGBGB RdNr. 17, 34.を参照。

(86) ライヒ裁判所一九二二年二月一日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 78, S. 236 f.)、同一九一七年十一月八日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 91, S. 139 ff. (141).)。前者については、前掲註(82)を参照。後者は、ロシアに住所を有するベルギー人男性がロシアで死亡し、その者の残した不動産の相続が問題となった事案である。ライヒ裁判所は、外国に住所を有する外国人の相続に関して被相続人の本国法たるベルギー法を適用すべきであるとした。そして、前述のライヒ裁判所の一九二二年の判決を引用しながら、ベルギーの裁判官がするようにベルギー法を適用しなければならないとした。ベルギー国際私法上、不動産の相続については不動産所在地法が適用される。そこで、被相続人の本国法たるベルギー法から不動産所在地法たるロシア法への転致を認めた。

(87) ライヒ裁判所一九三二年六月二日判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 136, S. 361 ff. (366).)、連邦通常裁判所一九五八年二月一日判決 (BGH NJW 1958, S. 750 ff. (751).)等。前者は、アメリカ国籍の夫婦の離婚となった事案である。夫はアメリカ合衆国ミズーリ州に住所を有していた。夫は生来の住所をアメリカのミズーリ州に有していたが、その後ドイツに住所を有していた。ライヒ裁判所は、本件離婚につき、民法施行法一七条一項にしたがい離婚の訴の提起時の夫の本国法としてアメリカ合衆国ミズーリ州法を適用すべきであるとした上で、ミズーリ州法から住所地法たるドイツ法への反致を認めた。そこで、ミズーリ州法からのドイツ法への反致は、ドイツの実質法に対して行われるのか、それとも、ドイツの国際私法規定に対して行われるのが問題となった。裁判所は、この点につき、「外国法からのドイツ法への反致は、二七条によれば、実質規則への反致と理解されるべきであり、ドイツ国際私法規則への反致と理解されるべきではない。」と判示した。ヴォルフはこの立場を支持する。Martin WOLFF, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1954, S. 76. この判決に対しては、ドイツ法への外国法からの指定を実質法指定と理解する、当該外国の国際私法規定が反致を認める場合には、判決の国際的調和が実現されないとの批判がある。この点につき、Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., Berlin, 1996, bearbeitet von Rainer HAUSMANN, S. 248. (以下「STAUDINGER-HAUSMANN」を略) Gunter

KÜHNE, Der Anwendungsbereich des Renvoi im Lichte der Entwicklung des IPR, in: Festschrift Murad Ferid, Frankfurt a. M. 1988, S.253.

(88) 例えは養子縁組に「さっぴ」一九五九年七月二三日のカンデーネー決定(NJW, 1960, S. 248 ff.)、離婚に「さっぴ」一九七九年八月二日のペンペンルク上級地方裁判所判決(FamRZ, 1979, S. 930.)等を参照。前者は「さっぴ」多喜寛「ドイツ国際養子法における『隠れた反致』」民商法雑誌七五巻五号(一九七七年)七九一頁以下に詳しい。

(89) KAHN, Abhandlungen. (2), S. 24.

(90) STAUDINGER-HAUSMANN. (87), S. 249 f.

(91) Paul Heinrich NEUHAUS, Neue Wege im europäischen Internationalen Privatrecht?, RabelsZ 35, 1971, S. 401ff (407 ff). ベナル・ハンリッヒ・ノイハウス(桑田三郎訳)「ヨーロッパ国際私法上新たな道は存在するか」法学新報八一巻九号(一九七四年)一三三頁以下。

(92) KÜHNE, a. a. O. (87), S. 254 f.

(93) Max KELLER/Kurt SIEHR, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, 1986, S. 474 f. Christian von BAR, Internationales Privatrecht, Bd.I., München, 1987, S. 555 ff. KÜHNE, a. a. O. (87), S. 255. Ulrich KARTZKE, Renvoi und Sinn der Verweisung, IPRax, 1988, S. 8 ff (9).

(94) Das Gesetz zur Neuregelung des internationalen Privatrechts vom 25. 7. 1986 (BGBl. I S. 1143.).

(95) テーター・クハリツヨ(桑田三郎訳)「西ドイツ国際私法改正のための諸草案」比較法雑誌一五巻三三三頁以下。

(96) Mitteilungen, RabelsZ 18, 1953, S. 597.

(97) (Hrsg.) Günther BEITZKE, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts, 1981.

(98) Gunther KÜHNE, IPR-Gesetz-Entwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des internationalen Privatrechts und Verfahrensrechts, Heidelberg/Karlsruhe, 1980.

(99) Paul Heinrich NEUHAUS/Jan KROPHOLLER, Entwurf eines Gesetzes über internationales Privatrecht und Verfahrensrecht (IPR-Gesetz), RabelsZ 44, 1980, S. 326 ff. 邦訳「さっぴ」山内惟介「西ドイツ国際私法改正のための諸提案」比較法雑誌一四巻三三三(一九八一年)九五頁以下。

- (10) Peter DOPFFEL/Kurt SIEHR u.a., Thesen zur Reform des internationalen privat- und Verfahrensrecht, RabelsZ 44, 1980, S. 344 ff. 邦訳と「山内惟介」西ドイツ国際私法改正のための諸提案」比較法雑誌一四卷三号（一九八一年）一二五頁以下。
- (11) Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des internationalen Privatrechts, BR - Drucks. 222/83 vom 20. 5. 1983; BT-Drucks 10/504 vom 20. 10. 1983. 同草案の邦訳として「山内惟介」西ドイツ国際私法改正のための政府草案（一）（六・完）」比較法雑誌一七卷三号（一九八三年）一〇七頁、同一七卷四号（一九八四年）四九頁、同一八卷一号（一九八四年）七七頁、同一八卷二号（一九八四年）七九頁、同一八卷三号（一九八四年）一二五頁、同一八卷四号（一九八五年）一二二頁。
- (12) Stellungnahme des Max - Planck - Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983, RabelsZ 47, 1983, S. 595 ff (606 ff.).
- (13) (Hrsg.) BEITZKE, a. a. O. (97), S. 15, 70.
- (14) (Hrsg.) BEITZKE, a. a. O. (97), S. 15, 70.
- (15) Gunther KÜHNE, IPR-Gesetz-Entwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, Heidelberg/Karlsruhe, 1980.
- (16) KÜHNE, IPR-Gesetz-Entwurf. (105), S. 3, 41.

第二条 反致および転致

(1) 第六条、第八条ないし第二十一条ならびに第二十三条ないし第三十一条の規定が外国法を指定するときは、外国の抵触規定を指定するものとする。

(2) 外国法が内国法に反致するときは、その指定は内国の実質規定への指定とする。

(3) 当事者の法選択による指定は指定された国の抵触規則に関わるものではない。

同草案二条一項において、反致または転致が認められるのは、法律行為の方式、権利能力および行為能力、禁治産、死亡宣告、氏、婚姻の実質的成立要件および方式、婚姻の身分的効力、夫婦財産制、婚姻における取引保護、離婚の成立要件および効果、嫡出親子関係、非嫡出親子関係、準正、養子縁組、後見および保護、死亡による権利承継、死因処分等の事項である。

(107) KÜHNE, IPR-Gesetz-Entwurf. (105), S. 41.

(108) NEUHAUS/KROPHOLLER, a. a. O. (99), S. 334.

第二十七条 右の諸規定にしたがって基準とされる外国法が、内国の実質規定またはその外国法の側で基準とみなされる第三の法を指定するときは、この指定が遵守されるものとする。

(109) DOPPEL/SIEHR u.a., a. a. O. (100), S. 348, 355.

テーゼ三 反致および転致

(1) 外国法への指定は、外国の抵触規定をも含む。外国の抵触規定が反致しているときは、原則としてドイツの実質規定が適用されるものとする。

(2) 法選択による指定または選択的連結にもとづく指定は、通例、指定されている法秩序中の抵触規定を含まない。

(110) BT-Drucks 10/504, S. 7, 37. Jörg PIRRUNG, Internationales Privat- und Verfahrensrecht nach dem Inkrafttreten der Neuregelung des IPR, 1987, S. 117.

(111) BT-Drucks 10/504, S. 7, 38. PIRRUNG, a. a. O. (110), S. 118.

(112) 例えば、明示的に草案一一一条および一八条のような実質規定(Sachvorschriften)または草案一一一条および二六条のような実質規則(Sachregelungen)が指定される場合がある。BT-Drucks 10/504, S. 7, 38. PIRRUNG, a. a. O. (110), S. 118.

(113) BT-Drucks 10/504, S. 7, 39. PIRRUNG, a. a. O. (110), S. 118.

(114) BT-Drucks 10/504, S. 7, 39. PIRRUNG, a. a. O. (110), S. 119.

(115) BT-Drucks 10/504, S. 7, 39. PIRRUNG, a. a. O. (110), S. 119.

(116) BT-Drucks 10/504, S. 7, 39. PIRRUNG, a. a. O. (110), S. 119.

第三十五条 (1) 本款にしたがって適用されるいずれかある国の法と解されるのは、その国において行われている実質規定とする。

(2) 〔略〕

(117) 草案一五条二項(夫婦財産制)の規定における準拠法の指定の場合を指す。BT-Drucks 10/504, S. 7, 39. PIRRUNG, a. a. O. (110), S. 119.

- (118) Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts, Stellungnahme des Max - Planck - Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983, RabelsZ 47, 1983, S. 595 ff (607 f., 692 f.).

- (119) BT-Drucks 10/504, S. 35 f. PIRRUNG, a. a. O. (110), S. 115.

第三条 指定の総則

(1) 外国法と関連を有する事実の場合、以下の諸規定が、いかなる法秩序が適用されるべきかを定める（国際私法）。実質規定への指定は、準拠法秩序中の法規に関連し、国際私法上の法規は除かれる。

(2) 〔略〕

(3) 〔略〕

- (120) Stellungnahme, RabelsZ 47, 1983, S. 607. 三条一項一文を反致規定の中ではなく、国際私法の定義に関する規定（三条一項）の中に入れたことは体系的に誤りであるとの批判がある。Hans STOLL, Bemerkungen zu den Vorschriften über den „Allgemeinen Teil“ im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuordnung des IPR (Art. 3-9, 11-12), IPRax, 1984, S. 1. Murad FERID, Internationales Privatrecht, JA-Sonderheft 13, 3. Aufl., 1986, S. 125.

- (121) 同様の考え方は、すでにマックス・プランク研究所の作業グループによるテーゼの中に見出される。前掲註（109）参照。

- (122) Stellungnahme, RabelsZ 47, 1983, S. 607.

- (123) BT-Drucks 10/5632, S. 6, 39. PIRRUNG, a. a. O. (110), S. 119. 政府草案の対案として出されたマックス・プランク研究所による試案の他に、四条一項に追加条項を付加すべきとの見解を主張するものとして、STOLL, a. a. O. (120), S. 2. を参照。

- (124) BT-Drucks 10/5632, S. 39.

- (125) BT-Drucks 10/5632, S. 39. 明示的に外国実質法規定が指定される場合の例として、草案三五条一項が挙げられる。

- (126) 厳密には、考慮される法の全てが同一の法秩序を（再）指定することによって、様々な国家との関連を無視して、

ただ一つの国内法のみが適用され、選択的連結の趣旨(Sinn)が損なわれる場合である。BT-Drucks 10/5632, S. 39. (127) 準拠外国法上の抵触規定が第三国法を指定する場合で、さらに、第三国法の抵触規定が別の外国法を指定する場合には当該外国法を指定するものと解される。また、間接反致についても、それを肯定するようである。この点について BT-Drucks 10/504, S. 38. PIRUNG, a. a. O. (110), S. 118.

(128) フェリットは、「指定の趣旨に反しない限り」この副文の追加について否定的である。FERID, a. a. O. (120), S. 126. リュンベルガーも同様の立場に立ち、四条一項一文後段の採用によって法的安定性が損なわれると懸念する。Peter LICHTENBERGER, Zum Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, DNotZ, 1986, S. 648.

(129) 準拠法指定の趣旨に反する場合として何を検討の対象とするかは論者により異なる。この点では、主として、以下の文献を参考とした。FERID, a. a. O. (120), S. 117 ff. von BAR, a. a. O. (93), S. 532 f. KÜHNE, a. a. O. (87), S. 257 ff. KARTZKE, a. a. O. (93), S. 8 ff. Thomas RAUSCHER, Sachnormverweisungen aus dem Sinn der Verweisung, NJW, 1988, S. 2151 ff. Carsten Thomas EBENROTH/Uwe EYLES, Der Renvoi nach der Novellierung des deutschen Internationalen Privatrechts, IPRax, 1989, S. 1 ff. Alexander LÜDERITZ, Internationales Privatrecht, 1992, S. 74 f. Bernd von HOFFMANN, Internationales Privatrecht begründet von Karl FIRSCHING, 4. Aufl., 1995, § 6 Rz. 113-116. (以下) FIRSCHING-von HOFFMANN (以下) KEGEL, a. a. O. (36), S. 293. Otto PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 55. Aufl., München, 1996, bearbeitet Andreas HELDRICH, S. 2198. (以下) PALANDT-HELDRICH (以下) STAUDINGER-HAUSMANN, (87), S. 264 ff. Jan KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 1997, S. 154 ff. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10: EGBGB (Art. 1 - 38) / IPR, 3. Aufl., München, 1998, bearbeitet von Hans Jürgen SONNENBERGER, S. 325 ff. (以下) MünchKomm-SONNENBERGER (以下)

(130) この他に、「外国抵触規定が両性平等の要請に反する形で反致または転致してくる場合も四条一項一文後段の「指定の趣旨に反する場合」に含まれるのか否かが問題とされている。この点に関して、外国抵触法上の両性平等の要請に反する規定からの反致は、「四条一項一文後段の「指定の趣旨」には反しないとするのが通説的理解である。すなわち、当該外国抵触規定を具体的事案に適用した結果が両性平等の要請に反する場合にのみ、改正法六条の下で公序に

反するとしてその適用を排除すべきものとされる (KARTZKE, a. a. O. (93), S. 11 f. EBENROTH/EYLES, a. a. O. (129), S. 10. KROPHOLLER, a. a. O. (129), S. 150. PALANDT-HELDRIICH. (129), S. 2198. Münch-Komm-Sonnenberger. (129), S. 326 f.)。

さらに、四条一項一文の「指定の趣旨に反しないかぎり」の文言と改正法三条一項二文、四条二項、ならびに三条一項の規定との関係についても議論がある。改正法三条一項二文は、「実質規定への指定は、準拠法秩序中の法規に關連し、国際私法上の法規は除かれる。」と規定する。同条の定めるドイツ国際私法による実質規定への指定とはいかなる場合を指すのが問題となるが、一般に、それは、改正法二二条(契約の相手方の保護)・一八条(扶養義務)の場合、ならびに、一一條(法律行為の方式に關する規定、ただし三項を除く)・二六條(死因処分)の規定にしたがい準拠法が指定される場合を指すと解されている (BT-Drucks 10/504, S. 38. PIRUNG, a. a. O. (110), S. 118)。また、四条二項によれば、当事者による準拠法選択が認められる場合には当事者は特定の国の実質規定のみを指定しうる (PALANDT-HELDRIICH. (129), S. 2198)。例えば、改正法一〇條二項(婚姻後の氏の準拠法についての法選択)・一四條二項および三項(婚姻の効力の準拠法についての法選択)・一五條二項(夫婦財産制に關する法選択)・二五條二項(死亡による權利承継の準拠法についての法選択)等の場合である。特に契約債務關係に關する当事者自治については三五條一項が規定している(同規定については、前掲註(116)を参照。三五條一項を四條二項の特則とする見解もある。FERID, a. a. O. (120), S. 127)。学説の中には、これらの場合に反致が否定されるのは、四條一項一文の準拠法指定の趣旨に反するからではなく、三條一項二文あるいは四條二項、三五條一項を直接の根拠とするためであって、ドイツ国際私法による実質規定への指定の問題を四條一項一文の文脈で理解する必要はないと主張するものがある (FERID, a. a. O. (120), S. 126. LICHTENBERGER, a. a. O. (128), S. 648. PALANDT-HELDRIICH. (129), S. 2194, 2198)。しかし、立法理由書は、四條一項一文の指定の趣旨に反する場合として、草案四條二項の下で当事者の法選択にしたがい実質規則が指定される場合、および明示的に外国実質規定が指定される場合を挙げており (BT-Drucks 10-5632, S. 39. PIRUNG, a. a. O. (110), S. 119)、意見の対立が見られる。

(131) 例えば、ドイツ民法施行法一九條一項二文(嫡出親子關係)・二〇條一項三文(非嫡出親子關係)・二二條一項二文(準正)等の規定が適用される場合である。

(132) 前掲註(126)参照。

- (133) KÜHNE, a. a. O. (87), S. 257 f. 以下に国際家族法における選択的連結について参照, RAUSCHER, a. a. O. (129), S. 2153 f. FIRSCHING-von HOFFMANN. (129), § 6 Rz. 113.
- (134) KÜHNE, a. a. O. (87), S. 257.
- (135) Dieter HENRICH, Internationales Familienrecht, 1989, S. 177 f.
- (136) KARTZKE, a. a. O. (93), S. 9. LÜDERITZ, a. a. O. (129), S. 75. PALANDT - HELDRICH. (129), S. 2198. STAUDINGER - HAUSMANN. (87), S. 267. KROPHOLLER, a. a. O. (129), S. 155 f. MünchKomm - SONNENBERGER. (129), S. 327. 以下見解に対する批判について KÜHNE, a. a. O. (87), S. 257 f. キーネは反致の可否を特定の実質法的目的の実現にゆだねることは、判決の国際的調和の要請とは別の機能を反致に果たさせることになるし、反致は実質法的結果の実現のための手段ではないとする。
- (137) KROPHOLLER, a. a. O. (129), S. 156.
- (138) 例えば、婚姻の身分的効力に関して段階的連結の方法を採用するドイツ民法施行法一四条一項三号の場合である。一四条一項は婚姻の効力の準拠法の決定に際して、同一国籍の夫婦については夫婦の共通国籍(一号)、異国籍の夫婦については、かつて共通国籍を有し現在でも夫婦の一方が当該国籍を保持している場合にはその国籍(二号)、共通常居所(二号)、最後の共通常居所と夫婦の一方の常居所が一致する場合にはその常居所(三号)、最密接関連連地(三号)、これらの連結素を考慮する。さらに、一四条二項で本国法の選択を当事者に許容する。ドイツ国際私法上一四条一項のもとで本国法または常居所地法が準拠法として選択される場合には、原則として外国抵触規則が考慮されると一般に解されている。すなわち、連結の最初の段階で反致または転致が認められることは看過しえない。この点について KÜHNE, a. a. O. (87), S. 261 f. KROPHOLLER, a. a. O. (129), S. 154 f.
- (139) von BAR, a. a. O. (93), S. 533. KÜHNE, a. a. O. (87), S. 262. KARTZKE, a. a. O. (93), S. 9 f. EBENROTH/EYLES, a. a. O. (129), S. 11. FIRSCHING-von HOFFMANN. (129), § 6 Rz. 116. STAUDINGER-HAUSMANN. (87), S. 270 f. KROPHOLLER, a. a. O. (129), S. 154. MünchKomm - SONNENBERGER. (129), S. 328.
- (140) KÜHNE, a. a. O. (87), S. 262. KROPHOLLER, a. a. O. (129), S. 154. von BAR, a. a. O. (93), S. 533.
- (141) STOLL, a. a. O. (120), S. 2. Dieter HENRICH, Lausanner Kolloquium über den deutschen und den

- schweizerischen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, 1984, S. 108. HENRICH, a. a. O. (135), S. 35. Kurt STEHR, Die gemischtnationale Ehe im internationalen Privatrecht, in: Festschrift Murad Ferid, Frankfurt a. M. 1988, S. 441. PALANDT-HELDRIICH. (129), S. 2198. 前掲註(122) 参照。
- (142) 例えば、ドイツ民法施行法一五一条一項(夫婦財産制)・一七一条一項一文(離婚)・一七条三項一文(扶養調整)・一九条一項一文および二項一文(嫡出親子関係)・二二条二文(養子縁組)等の規定である。
- (143) KROPHOLLER, a. a. O. (129), S. 156.
- (144) KÜHNE, a. a. O. (87), S. 262 ff. EBENROTH/EYLES, a. a. O. (129), S. 12. KARTZKE, a. a. O. (129), S. 10 f. MünchKomm - SONNENBERGER. (129), S. 327 f. PALANDT - HELDRICH. (129), S. 2198. RAUSCHER, a. a. O. (129), S. 2154.
- (145) 前掲註(31) 参照。
- (146) 進化学編輯部編纂『法例及國籍法附修正案理由書』(進化学書店・明治三六年) 四七頁以下。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査會法例議事速記録』(商事法務研究会・一九八六年) 一八一頁。立法趣旨の理解として、池原季雄『國際私法総論』(有斐閣・一九七三年) 一二二頁、櫻田嘉章「涉外家族法における本国法主義」『現代家族法体系(1)』(有斐閣・一九八〇年) 二二七頁、多喜寛「國際私法三題―反致、公序、そして離婚事件の國際的裁判管轄権―」法学五一卷三号(一九八七年) 八頁等を参照。
- (147) 跡部定次郎「反致論ノ當否ヲ論シテ法例第二九條ノ適用範圍ニ及フ」京都法学会雑誌六卷一一号(一九一一年) 四一頁以下、田中耕太郎「世界法の理論(第二卷)」(春秋社・一九五四年) 四二頁以下
- (148) 跡部・前掲註(147) 五〇頁、山田(鐐)・前掲註(26) 六五頁、出口・前掲註(26) 二〇〇頁、澤木Ⅱ道垣内・前掲註(26) 四一頁、櫻田・前掲註(26) 一一〇頁、溜池・前掲註(3) 一五三頁。
- (149) 跡部・前掲註(147) 四九頁、江川英文「若干の反致論について」法学協會雑誌六八卷八号(一九五一年) 八二一頁、池原季雄『國際私法総論』(有斐閣・一九七三年) 二〇九頁、山田(鐐)・前掲註(26) 六五頁、出口・前掲註(26) 一九九頁、澤木Ⅱ道垣内・前掲註(26) 四一頁、櫻田・前掲註(26) 一一一頁。
- (150) 須藤次郎「反致論に関する一考察」法学研究二五卷七号(一九五二年) 四三二頁以下、林脇トシ子「反致論をめぐって」法学研究二八卷六号(一九五五年) 五〇一頁。殊場準一「國際私法の現代的課題―反致主義の理論的基礎―

けへの試論——「橋論叢四四卷四号（一九六〇年）五〇七頁、池原季雄『国際私法総論』（有斐閣・一九七三年）二二二頁。また異なる見解として、石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』（東京大学出版会・一九八〇年）二頁、一七三頁以下。

(151) 南・前掲註(20)五六頁。法例改正案は改正前の法例と比較すると各法律関係毎に個別に利害を考えて準拠法を決定しており反致の制度になじみにくいこと、ヘーグ国際私法会議の作成する条約には反致がないこと、諸外国の国際私法の規定が精緻になってきており、これを正確に理解して反致すべきかどうか判断することが困難になってきていること等の理由が挙げられる。

(152) 南・前掲註(20)五六頁。座談会「法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」ジュリスト九四三号（一九八九年）三六頁。婚姻・親子に関する分野についてのみ反致を認めないとすることは立法論的に問題であること、日本の裁判所に訴が提起された場合当事者の本国が日本法によるべきであるとしていることを根拠に勝手知ったる日本民法を適用するほうが裁判に誤りが少なくなること等の理由が挙げられる。

(153) 南・前掲註(20)五六頁以下。段階的連結、選択的連結、単一的指定の場合である。

(154) 段階的連結以外の場合については、従来どおり反致するとされる。南・前掲註(20)五七頁以下を参照。まず、段階的連結の場合には、共通本国法、共通常居所地法、密接関連法のいずれの段階も反致すべきか、共通本国法の場合にのみ反致を認めるべきか、すべての段階にわたって反致を否定すべきかが審議された。つぎに、選択的連結の場合には、反致を認めると適用可能な法律の数が減り、婚姻または親子関係の成立をより易く認めようとする選択的連結の趣旨を損なうおそれがあること、反致を認めると父の住所を理由に反致する等、両性平等の改正の理念・趣旨を損なうおそれがあること等を理由に反致を否定する見解もあった。しかし、反致を認めることで適用可能な法律の数が減る場合があるかもしれないが、それは当事者にとって関係の深い法律が重なったため数が減少したにすぎず、子の福祉を図る改正の理念に反するものではないこと、選択的連結の場合には「共通」という要素や両性平等を特に考慮する必要がなく、段階的連結の場合のように反致を否定する必要はないこと、選択的連結を採用した法律関係は改正前の法例上の準拠法の他に適用可能な法律が増した場合であるが、改正前の法例では反致が認められていたのに今回これを否定するのは妥当ではないこと等を理由に反致は認められるとされた。さらに、単一的指定の場合には、改正前の法例と特に区別すべき構造上の差がないこと、改正の対象とならなかった規定と平仄が合わなくなること、反

致条項廃止論に対する前述の反論を理由に反致を認めることとなった。なお、法例一八条一項後段または二〇条一項後段のいわゆるセーフガード条項の場合に反致を認めるべきか否かも検討された。その結果、セーフガード条項は文理解上準拠法的には規定されておらず三二条が適用されないこと、かりに反致を認めた場合、反致により一八条一項前段または二〇条一項前段の法律と同一の準拠法が指定されることになる。セーフガード条項が無いに等しい結果となりセーフガード条項を設けた趣旨に反すること、セーフガード条項は新制度であり他の規定との整合性をそれほど問題にする必要がないこと等を理由に反致が認められないとされた。また、セーフガード条項の場合には特別の規定を設けなくても、反致しないことは明瞭であるとされた。

(155) 南・前掲註(20) 五七頁。これらの理由のいずれを重視すべきかについては意見が一致しない。段階的連結の場合には、「当事者双方に共通する法律を厳選・精選している」ので、反致を認めず、その法律によることとするのが適当である」との根拠を強調することに疑問を呈示する見解がある。横山潤「米国人たる未成年子につきミシガン州からの隠れた反致に基づいて日本人母を親権者に指定した事例」私法判例リマックス一九九二(下)一六五頁(那覇家裁平成三年四月一日審判評釈)、道垣内正人『ポイント国際私法(総論)』(有斐閣・一九九九年)一二六頁等。さらに、かりに三二条但書の立法趣旨が両性平等の要請に反する外国抵触規定の適用を排除することにあるのなら、外国抵触規定が両性平等の要請に反しない形で反致してくる場合には、反致を認める余地もありうるとの指摘もある。夫婦の共通住所地・共通常居所地として反致してくる場合である。この点につき、横山・前掲評釈一六五頁を参照。

(156) 前掲註(26) 参照。

(157) 前掲註(27) 参照。

(158) この他に、相統統一主義が貫徹されない場合に反致を認めるべきか否かという問題について言及するものとして、出口・前掲註(26)二〇二頁。

(159) 山田(籒)前掲註(26)四一〇頁(一七条について)、四一七頁(一八条二項について)、四二四頁(一九条について)。出口・前掲註(26)二〇二頁、澤木・道垣内・前掲註(26)四二頁。

(160) 法例一七条について、座談会「法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」ジュリスト九四三三号(一九八九年)三六頁(煥場準一発言)。

(161) 木棚照一・松岡博二渡辺惺之『国際私法概論(第三版)』(有斐閣・一九九八年)五五頁。横山潤「涉外認知事件

の裁判管轄権とその準拠法」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法5』（日本評論社・一九九〇年）二四三頁。

(162) 木棚Ⅱ松岡Ⅱ渡辺・前掲註(161) 五五頁。

(163) 横山・前掲註(161) 二四三頁。

(164) 山田(録)・前掲註(26) 四一七、四一九頁。

(165) 南・前掲註(20) 五八頁以下、殊場・前掲註(1) 一〇五頁、澤木Ⅱ道垣内・前掲註(26) 四二頁。

(166) 殊場・前掲註(1) 一〇五頁。

(167) 前掲註(31) 参照。

(168) 前掲第二章参照。

(169) 前掲註(78) 参照。

(170) 前掲第二章参照。

(171) 前掲第二章参照。

(172) ドイツ民法施行法四条一項二文は、外国国際私法によるドイツ法への反致をドイツ実質法への反致と解すると定める。このような規定はドイツ国際私法固有のものではなく、諸国の実定国際私法上も散見される(前掲註(13) 参照)。しかしながら、外国国際私法によるドイツ法への反致をなぜドイツ実質法への反致と解するのか、その理由はあまり説得的なものではない。狭義の反致のみならず転致をも認めるという意味で法例三二条の規定よりも判決の国際的調和にかなっているはずのドイツ民法施行法四条一項一文は、二文において外国国際私法からのドイツ法への指定を実質法的指定と理解することで、かならずしも判決の国際的調和にかなわない結論を導く(前掲第二章参照)。この点に着目すると、利他主義(altruiste)の原則に依拠する規定にも限界はあるように思われる。

(173) 前掲第二章参照。

(174) 前掲第二章参照。法例三二条は、段階的連結の場合に反致を否定するが、ドイツ民法施行法四条一項の下では、段階的連結の場合にも反致を認めることに注目したい。少なくとも、ドイツ国際私法上は、段階的連結を採用したことが準拠法を精選・厳選している、との理解はない。法例三二条が段階的連結の場合に反致を排除した理由の一つである両性平等の要請に反する外国抵触規定からの反致の回避という点についても、ドイツ国際私法上はドイツ民法施行法六条の規定のもとで公序違反として排除すると解する見解が一般的である。

(175) 前掲註(156) 参照。

(176) 前掲註(157) 参照。

(177) 前掲註(154) 参照。まず、反致により適用可能な法律の数が減る場合があるかもしれないが、それは当事者にとって関係の深い法律が重なったため数が減少したにすぎず子の福祉を図る改正の理念に反するものではないこととの理由に對しては、そもそも選択的連結の場合には密接関連性をそれほど重視すべきなのか疑問なしとしない。つぎに、選択的連結の場合には「共通」という要素や両性平等を特に考慮する必要がなく段階的連結の場合のように反致を否定する必要があることとの理由に對しては、そもそも法例の反致政策は、準拠法として本国法が指定された場合で「共通」という要素や両性平等を考慮しなければならない場合にのみ反致を排除する趣旨のものなのか問われることになろう。さらに、選択的連結を採用した法律関係は改正前の法例上の準拠法の他に適用可能な法律が増した場合であるが、改正前の法例では反致が認められていたのに今回これを否定するのは妥当ではないこととの理由に對しては、法例改正の前後で法例の採用する反致政策に変更がなかったのか否か、あったとすれば、その変更はどのような内容のものなのか問題となろう。

(178) 前掲第二章参照。

(179) この問題をめぐるドイツ国際私法上の議論状況をわが国の議論状況と比較した場合、ドイツ国際私法上は、選択的連結の規定の適用上反致を無条件に認める見解はない。これは立法理由書が四条一項一文の指定の趣旨に反する場合として、選択的連結の規定の選択肢とされる法の全てが同一の法に反致する場合を挙げていることによる。

(180) 前掲註(160) 参照。

(181) 同様の批判として、前掲註(128) 参照。

(182) 前掲註(161) 参照。

(183) 前掲註(164) 参照。

(184) 前掲註(165) 参照。

(185) 殊場・前掲註(1) 一〇五頁。

〔付記〕 本稿は平成一一年度慶應義塾大学学事振興資金による研究成果の一部である。