

シュニッツァーの連結理論（その二）

甲南大学名誉教授 櫻田 嘉章

Ⅱ 第二次大戦後の連結論

はじめに

Schnitzerの連結論は、すでにみたように、まず債権的法律行為の連結論を論じること、あるいはそれに触発されて一般連結論を体系的に論じた点にある。従って、Sninitzerの戦後の連結論を論ずるにあたり、まず、債権的法律行為の連結論を見てみよう。

第2次大戦直後の著作に関してはすでに前稿で紹介した所であるが、1950年には国際私法ハンドブック第3版が刊行され、その序文で述べているように、連結論自体には概ね変更がなかったと思われる¹⁾。

また1953年には「契約への法適用」(FS-Lewald)、「契約自由と法選択」(SJZ1953, 285-293)、1954年には「スイス国際私法」(Rev. hell. Droit int. 7 S. 143-163)、1955年には「契約の準拠法」(Rev. Crit. d. i. p. 44 (1955), S. 459-484)、「スイス国際私法は新しい法律を必要とするか」(SJBIR 12 (1955). S.

55ff.)、「国際私法の意義 (Sinn)」(SJZ 51 (1955), S. 289ff.) 等立て続けに、契約の準拠法の問題を中心に論じ、1957年には多くの者が代表作として引用する著作である国際私法ハンドブックの第4版が刊行されている。

そこで戦後のSchnitzerの連結論の中では、契約の準拠法をまず取り上げるが、その中心は、まずは当事者自治である。

1. 当事者自治について

当時の当事者自治の状況について、Vischerは、次のように述べている²⁾。

「抵触法上の当事者自治の大問題は、今日大概の諸国の判例及び立法において、広きに亘る明確なその立位置を示すものとなっている。諸国の実務及び立法の分析は、だが、その発展が2つの異なる方向へ進んでいることを示している。

一方では、強行法を含めた契約の準拠法を定める当事者の自由を原則的に肯定する諸国があり、この

1) 序文「第2版刊行以来世界において生じた大変貌は国際私法に極めて大きな影響を与えた。そこで国籍及び離婚については叙述は全く新たに手を加えなければならなかった。また、たとえば失踪のような個別の部分についても同様である。国有化及び戦争の私法関係への影響に合わせたので、今回は債権法において、スイス法 (OR) の初めの2節に含まれる全事項を取り上げた。それに対して、3節乃至5節 (会社法、商事会社、証券法) を取り上げることはできなかった。なぜなら、これらの範囲はいずれにせよ初版から第2版、第2版から第3版と相当に増えたからである。これらの事項はそれ故1938年刊行の拙著 *Handbuch des Internationalen Handels- und Check-Rechts* が参照されなければならない。この領域における涉外法的発展は、かの叙述が古いものと見なされるような種類のものではなかった。

全章が、新たに練り上げられ、章の細目及び部分的には再編成により難しい素材をできる限り明瞭かつ読みやすくすることに努めた。重要な新たな判例及び文献は考慮され、個々の誤りは訂正された。

主要問題についての基本的な見解は変わっていない。法律関係の特徴的内容への連結、したがって、特徴的給付の債務地法の契約関係全体への適用は次第に認められ、アプリオリなあるいは分析的に分解された解決を克服するように思われる。

第2版が底をついた後で生じた変化の知識を媒介する新版が、法学説及び実務に歓迎されることを期待する。学問的な特別の著作を模範的な形で出版し、普及することに尽力をされた出版社に対しては、この場を借りてその理解ある活動に対して感謝したい。1949年12月ジュネーヴにて」なお、1947年には、「国家及び国際的裁判官による法適用」(ZSR 66, S. 165 ff.) がある。

2) Vischer, Zum Problem der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie bei internationalen Verträgen, SJZ52 (1956), S. 117-122. 引用部分は117頁以下。

立場は、第7回ハーグ会議における国際物品売買に関する条約草案審議に際して議論を制したのである。スイス連邦裁判所は、その判決BGE77II272, 78II74, 79II295以来、フランス、イタリア、スペイン、ドイツ、ギリシャの判例、更に若干の修正を以て英米判例及び立法がずっと前から行っているように、この見解に与している。他方では、国際契約法における抵触法上の当事者自治を原則として否定し、当事者には、客観的基準により定められる一次的契約準拠法の強行規定の枠内でのみ、好きなように法秩序の指定による、法秩序の形成を認める諸国がある。特に、1913年オーストリア草案及び1908年の国際法学会決議³⁾に強く影響されている新しい東ヨーロッパの立法がそうである。すなわち、1948年3月11日のチェコスロヴァキア法9条⁴⁾(これについて

は F. Korkisch, Das neue IPR, ZauslIPR 1952, S. 418) 及び1948年のハンガリー草案⁵⁾(これについては J. Arató, Zur Kodifikationstechnik im IPR, Zausl IPR, 1952, S. 1ff, besS. 12 und Makarov, Die Resolution des Institut de Droit international vom Jahre 1908, FS-H. Lewald, 1952, S. 299ff.) があげられる。しかし、オランダ実務もまた抵触法上の当事者自治を否定した(vgl.Kassationshof, 12. Dezember 1947, Clunet 1950, S. 923ff., H. E. Yntema, Autonomy in the choice of law, AmJCompL, 1952, S. 351)。同様に、第2グループにどちらかといえば属するのは、1951年ベネルクス条約第17条⁶⁾である。たしかに基本的には抵触法的当事者自治は承認されているが、法選択は、契約がすでに1つの法秩序の領分に『主として

3) 1908年フローレンス決議

補充法としての契約債権を規律すべき法律の確定に関する規則

1条 契約債権の効力は、当事者が明示で服する意思を表した法律により規律される。ただし、債権の有効性およびその効力が、その約定を義務的に規律する法律に、特に当事者の能力、方式、契約の本質的有効性、または公序について、反しない限りにおいてである。

2条 当事者がその効力を定めることができる限りにおいて、補充法として、すなわちその約定の欠缺を補充すべき法として、いずれかの法を受け入れる実効的な意思を表明していなかった場合には、補充法として適用されるべき法律の確定は、契約の性質、当事者の関連する事情、物の所在から引き出される。適用されるものは以下の通り：

- a) 取引所、見本市、市場でなされる契約には、契約地の法
- b) 不動産を目的とする契約には、その不動産の所在地法
- c) 無償契約には、慈善または無償サービスを行う者の住所の法律（寄付、無利息貸借、無償委任、無償寄託など）
- d) 商人により非商人または商人となされる商事売買においては、買主のための商事行為が問題でないという条件で、かつa)号に定められた場合を除き、売主の商事施設の地の法律
- e) 役務の賃貸借、請負契約、公共労働請負契約、公共事業、建設、国家、地方公共団体・市町村・地方官庁のための供給契約においては、この国家において、あるいはこれらの地方・市町村・地方官庁の管轄区域に施行されている法律
- f) 保険会社との火災、生命、盗難若しくは事故等に対する保険会社となされた相互保険、若しくは掛け金保険の契約、または他の契約（例えば終身年金）については、この会社の本拠の法
- g) 法定職業（医者、弁護士、司法書士、公証人、執行官等）を営む者またはその職業の行使の部分を行う者との契約については、
- h) 労働者若しくは被傭者によりなされる、商社会社若しくは産業、民社会社と、または商人との労働契約については、商事、産業、民事の事業所の本拠の法律
- i) 為替手形若しくは約束手形については、それぞれの義務の地の法若しくはその地が証書に記載されていない場合には、義務者の住所の法律
- j) 職業の遂行による会社若しくは個人との、運送取扱人若しくは運送人との、鉄道、自動車あるいは船による人又は物の運送の契約事項においては、この会社、運送人、自動車業者、取扱人等の主たる営業所の法律

3条 当事者が沈黙しているときの準拠法の確定が契約の性質、その関係する条件、物の所在に依らない場合には、裁判官はその共通の住所の法を考慮し、共通住所がないときは共通本国法、もし同一国内に住所を有さず、共通国籍もない場合には、契約の地の法律による。

4条 通信による契約（以下略）。

Vgl. Makarov, Die Resolution des «Institut de Droit International» über das Obligationenrecht von 1908 und deren Einfluss auf die nationalen Kodifikationen des Kollisionsrechts, in FS-Lewald (1953), S.299ff.

- 4) 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。

principalment』属していない場合にのみ存続する。この場合にはこの法秩序の強行規定が守られるべきである。

このような、国際取引及び国際的場面での抵触法

の統一化の見込みにとって余り好ましくない状況に鑑み、私見では、両基本的立場を統合するようつとめるべきか、また努めなければならぬかが問題となる。両立場は重大な論拠を主張しうる。」

5) 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。

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 登録された船舶または航空機に関する契約の効力については、その登録地の法律

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者であるかぎり、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。但し、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、検査により明らかになった目的物の受領拒絶、その処分は売主への放任、その一次的法秩序間、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権利義務は、その売買契約の履行として公布された目的物の検査が行なわれるべき値の法律による。

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 雇用契約および請負契約の効力は、その労務が行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。

但し、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、住所を異にするとき又は住所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。

(川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』(昭和38年)附録65頁以下による)。

6) 「第17条 契約が特定の国と密接な関連をもち、主としてその法域に属すると看做される場合には、その契約はその国の法律に依る。但し、当事者がその契約の全部または一部を、ある他の国の法律に依らしている場合はこの限りでない。かかる選択は、右の特定国法の強行規定からその契約を免れしめる効力を有しえない。契約が主として一国の法域に属するか否かについては、契約締結地、契約履行地、当事者の住所及び国籍、その他のすべての事情を考慮することができる。契約が主として特定国の法域に属せず、且つ当事者が準拠法を指定しなかった場合には、その契約は、契約締結地の法律に依る。契約が郵便、電信、電話によって締結されたときには、最初の申込みの発信地の法律に依る。」(「ベネリックス国際私法統一規約」山田鐮一・法協71(1954)418頁)

Vischer 自身は、当事者自治の問題を Batiffol に触発されて、連結点の当事者による選択の問題として捉え、準拠法を指定するのではなく、relevant な連結点の中からのみ選択できるものとして理解する。

2. 「契約自由と法選択」

(1) 概説

このような状況の中で、Schnitzer は、当事者自治について検討するのであるが、「契約自由と法選択」においては、冒頭に次のように述べている。

「国内及び涉外法における当事者自治の問題は、筆者はチューリッヒ法曹協会の講演で検討し (SjZ 35 (1939) 305ff., 323ff.)、さらに HBIPR の総論で当事者意思が制定法及び判例と並んで法源であるかを論じ、各論債権法で当事者意思が連結点としての意義を有するかを論じた⁷⁾。ドイツでは問題についての新たな動きは少ない (Raape, IPR 3. Aufl. S. 282ff.; M. Wolff, IPR 2. Aufl. S. 115ff.)。フランスではそれに対して Batiffol および破毀院がこの問題を再び取り上げ、英国でも学説上の議論がある⁸⁾。議論が論理的よりも感情論、法政策的なので、以下問題状況をできるだけ明確に説明することに努めよう。」

当事者自治の問題は次のように要約される。

国内法をまず見れば、公法上の自治と異なり、私法上は、フランス革命、リソルジメントの理念に基づいた経済的解放が、生得の自由ではなく、法政策的に認められる契約自由を認めるに至った。従って、絶対的自由ではなくフランス民法 1134 条、1135 条が示すように法律に従って結ばれた契約は法律に代わるものとなる。すなわち法秩序により付与されたその範囲でのみ契約自由が認められる。その後、こ

の自由は、社会的理由に基づく新たな制約を受けるようになり、暴利禁止の様に、労働・賃借人・消費者の保護、カルテル禁止等が加わってきた。契約についても支払態様や財貨交通における強行規定が契約自由を法政策的に制限することとなった。「国家法についての結論は、契約自由は法秩序により付与され、その許容性・範囲は法政策的考慮に係っている。」これは、債権法を含む、すべての事項に当てはまるが、債権法においては、契約自由は、100 年前より制約を受けている、と確認される。

涉外要素を含む私人間の TB についても、国家法 (国際私法) によりその法適用が決められるが、

① 渉外的要素が重要ではなく、内国との関係が本質的である場合には、内国法が適用されるが、人事法・親族法、一部相続法のように、その内国国籍あるいは内国住所が重要なものと認められることによることもある。債権法では、場所的な連結により同様に内国法の適用が認められうるが (スイス債権法では特徴的給付が内国で債務を負う場合、イタリアでは締結地が内国にある場合、ドイツ・ライヒ裁判所では履行地が内国にある場合)、これは国際私法による内国法適用である。

② 特定法秩序との関連性をきわめて本質的と認めるときは外国法も適用されうる。a) 法秩序は、その法圏との関係性の故に、事案処理のために最も適切なものとしてその内国法秩序の規定をそのまま適用することがある。b) それに対して法秩序は、密接関連性からその外国法秩序に優先権を与え、どの実質法を適用するかをその法秩序に委ねることが適切であるとも考えることもある。ここから更に三つの可能性が生じる。(1) その外国法秩序がその自国実質法を適用すると決する。(2) 外国法秩序が指定してきた法秩序の実質法を

7) 注 1 特に Moser, Vertragsabschluss, Vertargasgültigkeit und Parteiwille im OR, St. Gallen 1948; Widmer, Die Bestimmung des massgeblichen///1944, Tobler, Der hypothetische Parteiwille im Internationalen Vertragsrecht, Diss. Zürich 1949; BGE78II74ff. (12. 2. 1952) 参照。

8) 注 4 Cheshire, Private International Law, 3. Aufl., S. 311, International Contracts, S. 127. Morris, Mann. の論文 (ILQR1950) 参照。

適用すると決する（反致）、(3) 外国法秩序が第3の法秩序を適用すると決する（転致）。

③国際的TBに対して、外国法も自国法も適切でないと決し、特別法を形成する、例えば外国為替法など支払態様について特別実質法を作る。フランスの国際的TBに対する金約款の許容もこれに属する。

当事者意思については、これは、法を設定する法源ではない⁹⁾。複数国と関係するTBについて、内国法上の契約自由のように任意法の枠内で法選択ができるのと違い、内国強行法をも含む法選択を認め、抵触法上の当事者自治を認めるのである。NAG22条2項のように、外国人にその本国法による相続を認め、スイス遺留分を回避することも認めうる。当事者自治については二つのグループに分かれ、①無制限の法選択を認める立場、①-1 TBと客観的関係を有する法の中からの法選択を認める立場（M. Wolff, Raape, Oser は反対）がある。①-1は当事者がベストの規律を行うと判断した法の適用を認める立場からは、客観的な関係を有するが、ベストでない法の選択を強制される矛盾があり、本来管轄がある法秩序という考え方に反対しているにもかかわらず、本来管轄がある法秩序の適用にこだわる奇妙さがある。

②客観的に管轄のある法秩序の一つだけの強行法による制限がある（Wengler）。これについては、まず国際的TBについては法秩序は国内法上強行的規定をも排除できるうえに、当事者自治否定論者の要請、すなわち準拠法が当事者自治の許容性と範囲を決めるが、連結点は存在するが決定的とされなかった他の法秩序の一つが共同決定するとはまでは言っていない。

問題の核心は、いかに準拠法を決めるかである。

Moser は、本来の準拠法は法廷地法が決めるという。ただし性質決定も法廷地法によるが、例外があり、例えば、リヒテンシュタイン国際私法民法

10条は、動産・不動産の区別を所在地法が決めている。その法秩序への連結が本質的である場合にはそれも認められる。

法廷地が直接に準拠法の決定権を有し、かつ、準拠法によるべき旨の決まりもないのであるから、法廷地法によるべき場合、純論理的には、5つの可能性がある。

- ①無制限な法選択：イタリア国際私法25条、ギリシャ国際私法25条、ベネルクス条約17条
- ②限定的法選択 1926年ポーランド国際私法7条。
- ③法選択の禁止 スイスの連邦裁判所の1951年までの判例、すなわち契約の成立に当事者自治を否定し、契約締結地法による。
- ④契約準拠法をまず決め、それにより許される限りでのみ法選択を許す。
- ⑤1948年チェコスロヴァキア法9条 契約準拠法が当事者自治の許容性・範囲を決めるが、法選択自体を制限する。

結論としては、契約準拠法に委ねるのがベストであり、それは、TBと最も密接な空間的関連性を示している国の法に決めさせることが、内的に正当であるからである。

法廷地法は、差押管轄や財産管轄ではTBとの内的関連性が弱く、また準拠法によることは極端な頭格喪失（capitis diminutio）ではない。けだし、自己決定で準拠法によるからである。これは、有機的（organisch）解決である。結局次のようにまとめられよう。

「当事者は、その関係を、強行的な、この関係に関する準拠法の規定が反対しない限り、ある特定の法に服せしめうる。この定式においては、「この関係に関する」という文言が、国際的事案に対する当該法の強行規定が問題なので、例えば国内的TBにのみ関わるそれが問題ではないことを明らかにするために、挿入されている。」

しかしこれも絶対化すべきではなく、法廷地法自

9) 法選択問題について、混乱を招く誤りとして、①法論理と法政策の混同、②強行法と任意法の区別に帰せしめる考え方、をあげている。

体が、法選択の許容性と範囲を決める余地はある。たとえば、NAG22条2項は、法廷地法が法選択を決める例であるが、多くの連結点の間の選択よりも、二つの原則の妥協の問題である¹⁰⁾。しかし、国際債権法ではこの必要がなく、準拠法により決めて良い。

かくて、準拠法の決定がまず問題となるが、契約準拠法については、一般原則を立てるべきか、あるいは契約カテゴリーを個別化すべきかであるが、前者に属するのがイタリア法及びギリシャ法、ベネルクス条約であり、当事者意思が一般にまず注目されるべきであるという一般原則でよしとしている。当事者によりなら法選択がなされない場合については、イタリア法はまだこれまでどおりに特定の連結点〔締結地、共通国籍〕に連結するが、ギリシャ法およびベネルクス条約は、より現代的に、契約準拠法はすべての事情の考慮のもとで定められるべきであるという。ポーランド法はこれらとは異なり、その7条は直接に法選択を認めながら、その範囲は量的に制限されている。また法選択がないときは、一連の契約カテゴリーにつき、一つの連結点を定めている。以上の諸例では当事者自治を認める点では一致している。しかしチェコスロヴァキア法は、法選択の許容性の問題を契約準拠法に委ねるが、その契約準拠法は自ら定めている。このことを、その法律関係が服している法の強行規定に反しない限りで、法選択は許されるという風に表現しているのである。つまり、契約準拠法である外国法が外国為替・手形交換法の強行規定を有していると、法選択はそれらの強行規定が排除されるようには許されないのである。チェコスロヴァキア法は奇妙なことにTBと本質的な関連性を何ら有しない法の法選択を法廷地法としては何ら承認しないという規定も有しており、いずれにせよ、法廷地法から見れば、法選択の

許容性・範囲の決定を契約準拠法に委ねるか、自ら決するか、あるいはそれらの混じった解決を行う可能性があるということになる。

(2) 当事者自治について

当事者意思は法廷地法の枠内で直接にあるいは契約準拠法の枠内で処理されなければならない。つまり当事者自治の許容性をきめる法秩序が何かということであるが、この法秩序を決める必要がある。

当事者意思はBatiffolのいうように連結点の一つにすぎず、つまり、客観的連結点と並ぶ主観的連結点であり、それを認めるかどうかは論理的には決まらない。その評価は、抽象的、アプリオリになされるのではなく、柔軟になされる必要があり、法律関係の社会的および経済的存在における機能に適合した決め方を要する。従って、法律関係の特徴的内容を確定し、その次に具体的連結を考えるべきである、とする。ここでHBIPR第2章が言及されているが、その趣旨は、結局、準拠法は、法廷地法に限らず、渉外的要素に応じてそれに適切な法に決めるのであるが、抽象的に最良の法ではなく、TBと内国法よりより密接に結びついた法（正しい法）の探求から始めること、つまり従来の固定的規則によるのではなく、生活の無限の多様性に応じた、内的に関連した法の探求という柔軟な方法をとるべきであるが、他方予見可能性とのバランスも必要である。法律関係の本質をまず把握し、特定の法秩序により規律された共同生活とTBの機能的関連性を探究する。つまり取引という法律関係については、機能的に、その本質と最も密接な関連性を有する生活圏を探索し、その生活圏を規律する法に連結するのである。かくて連結点の評価は、密接関連性によりなされるが、法律関係の特徴的内容をまず確定し、それに依じて連結を定めることがここで求められている。

「私見によれば、連結は、法律関係の特徴的内容

10) 「スイス法は相続を最後の住所の法に従って規律する。しかし一連のカントンにおいて、本籍の法の適用が根づいていたので、その法律は個人に、特別の表示によって、その本籍カントンの法に従って相続を規律する権限を与えた。したがって、外国人に、その本国の法の法選択の権利を作り出したのである。その法秩序はそれゆえここに当事者を、それ自身が両解決をありうると認める状況の中で決定の主となし、しかし何らかの第3の相続法を選択する可能性を与えたものではない。」(A.a.O., S. 289f.)

にしたがって行われ、契約については特徴的給付の調査による。適用されるべきは、この給付がその債務を負う場所の法である。その給付は、この給付を求められた人、または企業が、共同体の社会的および経済的な生活の中で、その機能を行使する場所でその債務を負う。それはその者の本拠 [取引本拠] または給付を求められた商人的な居所の本拠であり、個別の場合にその給付が履行される場所ではない¹¹⁾。]

以上の法適用の第一段階に続き当事者意思については、その連結点としての評価を、法廷地法に委ねるか、契約準拠法に委ねるかと言えば、契約の「固有の法律 (Eigengesetz)」に委ねるべきである¹²⁾。

すなわち、法選択問題の決定を「契約の「固有の法律 Eigengesetz」(契約準拠法、ドイツで普及している用語の意味での効果法、あるいはラテン語の *lex obligationis*、ひょっとすると *lex causae*, *proper law of contract*) へ委ねることだけが、内的に正当な解決を確実にする。労働法または賃借法の事案において、契約準拠法として外国法を認めることに決めていたとすると、それにより、法律関係がそこに最も強く根付いていることを認め、その国における社会学および経済的考慮から決められた規定 [労働法、賃借法] を適用しなければならず、弱い当事者に、例えばより強い当事者によって押しつけた法選択によりそれが排除されることを許すことはできない。法廷地法に直接に法選択の許容性について決定させるならば、この重要な問題につい

て、法廷地の自らの了解により外国の契約準拠法を招致することにより TB と本質的な関係を有していない法が決定することになろう。かくて、法廷地法の諸原則は、その法律が準拠法とされることなく、ある事案に無理強いされることであろう。例えば法廷が外国為替法の事案において外国法を契約準拠法と見なす場合には同じことになる。外国の為替法の適用のもと法選択の問題はこれに従って、もちろん認められないものと、決定されなければならない。なぜなら、外国為替法は強行的であり、単純にこの規定を含んでいない別の法を合意することは、その規定のばかげた都合のよい回避であろうからである。¹³⁾]

Schnitzer は契約準拠法が当事者自治を原則的に排除している場合にも、法廷地法が当事者による法選択を考慮すべき場合があることを認めている。例えば、契約締結時の住所が特徴的給付の債務地である場合にも、政治的 pursuit のためにその国を去ろうと決意している者がこの契約を行った場合には、その外為規定等については準拠法とみる必要はなく、法廷はこれを無視して良い。さらに公序の観点から準拠法上の強行規定を無視することはあり得るが事案の法廷との強い関係を前提とする、という。

かくて法論理的には法選択の許容性と範囲は法廷地法によりうるが、事案との密接関連性を考慮すれば、原則として法廷地法がこの決定を契約準拠法に委ねることが妥当である^{13a, 14)}。

11) A.a.O., S. 292. 注 15 「この理論の詳細はハンドブックの特に 571 頁以下、及び、Schnitzer, Rechtsomwendung auf Verträge, in FS Lewalel 参照」

12) 法廷地法が当事者自治問題を決すべきでない理由として、Schnitzer, Der Sinn des IPR, SJZ (1955) S. 291 は、「この場合に問題とされるのはただ、どの法秩序が法選択を認める権限を有するかである。Moser (Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Paretiwillen im internationalen Obligationenrecht, S.189/90) は、法廷地法がこの権限を有することを認める。彼の見解は、法論的に正しく創造的な当事者自治を否定するが、しかし、それを、派生的に、法廷法秩序に係からしめる結果をもたらす。この解決は私見では、それが有機的でないが故に適切ではない。法廷地法は規律されるべき TB と何らの内的関連性をも有しない。それゆえ、当事者に法選択を許す権限、あるいは *lex contractus* (*proper law of contract, Eigengesetz des Vertrages*) に法選択を委ねない権限の方が正しい (詳しくは「契約自由と法選択」(SJZ1953, 288 / 89) 参照)。この見解は、決して反自由なのではない、なぜなら、*lex contractus* は広い範囲で当事者に法の選択を委ねうるからである。それは法律関係の内容及びそれぞれの社会学状況にそれぞれ応じている法政策的問題である。」と述べている。

13) Schnitzer, a.a.O.S. 291. 注 12 当事者自治の支持者さえも、Raape (S.285)、次の点を認めている。すなわち当事者により排除された法秩序のある種の強行規定が考慮に値する事例は確かにあろう。例えば暴利、利息、外為規定等。]

(3) 連邦裁判所判例の動向について

以上で当事者自治の問題は解明されたが、次いで、
契約準拠法を定める連邦裁判所判例の動きが要約さ

れる。

「連邦裁判所は国際的債権法に関する判例を 1952
年2月12日 (BGE78II74ff.) に根本的に変更した。

13a) Schnitzer, Der Sinn des IPR, SJZ 51 (1955) S.291f. (前注12) は、法選択について、次のように述べている。「法創造的な法選択に反対する法論理的理由は、以前に「契約自由と法選択」(SJZ1953, 285ff.) で述べた。しかしその脱稿後公刊前に連邦裁判所は全く反対の意見を1953年8月31日判決において記録した。その判決は、当事者による法選択は、本来の実質的契約とならんで、自衛した抵触法的指定契約であり、これは契約として契約自由の原則に服し、当事者は独自の法を設定することを認める。そのうえ、自由な法選択の原則は出張販売員に関する連邦法3条1項d号で明文で許されている、とする。最後の論拠は不十分であろう、第1に附属法における許容から自由な法選択の一般的許容を引き出すことはできないし、次にしかしまさにこの原則において当事者に、自由な法選択を法律の規定により委ねられ、したがって、原始的にはなく、派生的にである。法選択は契約として契約の自由に服するという論拠は、循環論である。国内法では、契約自由は、法律あるいは慣習により国の法秩序により付与される限りでのみ争いが無い。その範囲は、空間及び時代において、文化的見解、社会学的条件、経済的必要性に従って変わる。連邦裁判所は引用の判決において自らも次のように述べる。「契約自由は当事者に、彼らが主に服する法秩序の枠内で、その法関係を内容的に自由に形成する権限を許している。しかし、続けて、『それに対して、抵触法的当事者自治は、当事者意思に—公的秩序を留保して—、問題となっている法律関係をその全体として服せしめられるべき法秩序を一次的に定めることができることによって、独自の法源の力を認めている。』と述べた。

この文章は、決して、前者の論理的結果ではなく、当事者は国際的に独自に法を設定できることを無法律状態で認めている。この見解は、法秩序による規律とは反対となる。それ故、当事者自治の現代の支持者はこの見解もやめて、法選択の自由を法秩序から引き出そうとしている。」「いずれにせよ、判例は法創造的な法選択を言うべきではない。当事者は、管轄権ある法秩序がこれを当事者に許しているときに、BGにより抵触法的指定契約と呼ばれた合意を締結できるだけである。因みに、その合意を単純に法選択、せいぜい援用契約と呼ぶのがおそらくより正しいであろう。なぜなら、「指定」という言葉で外国法の援用のみを考えるからである。他方、援用契約によっては内外法の適用が望まれているからである。そのうえ、内国法にしたがう単なる当事者の弁論においてそもそもこの法を召致する一致した意思が認められ得るかが探求されるべきである。」

また、結論は次のようになる。「国際私法の趣旨 (Sinn) は、渉外的 TB を正しい法により整序することである。正しい法は、その社会的及び経済的生活と、TB が最も密接に結びついている法である。この結びつきは外部的事情からではなく、法律関係の特徴的内容から生じる。債権については、特にそれゆえ、法律関係を特徴付ける給付が債務を負っている場所の法が適用されるべきである。それによって、法律関係は機能的に分類される。この分類にしたがってそれぞれ内国法あるいは特定の外国法が適用されるべきである。

この検討が、TB が法廷国と最も密接に結びついていることが分かると、裁判官は、安心して内国法を適用できる。これは、それが彼にとって便利だからではなく、それが正しい法だからである。しかし、客観的調査が、その渉外的 TB が、他の国とより密接に結びついていることが分かると、裁判官はかの国の法を適用しなければならない。

当事者側の法選択は、先行する準拠法秩序によって、すなわち *lex contractus* により許されている場合でかつその限りで守られる。当事者が法的紛争中にその事案を内国法に従って主張したときには、手続法規に反しない限りで、裁判官側で、当事者がそれをもってこの法を自覚して適用すると選択しているか、これが *lex contractus* に従い許されているかが解明されなければならない。外国法が適用されるべきときには、裁判官はこれを調査しなければならないが、場合によれば当事者に、その際に協力するよう求めなければならない。外国法の内容が確定できないときには、外国法の指定は空振りとなり、直接に内国法が適用されるべきである。その正しい解釈が、連邦法が問題となっているときには、BGにより事後審査されるであろうが。ただし、残念ながらよく起こることであるが、審級裁判官が真摯な努力なしに、単純に、外国法の内容は確定され得ないことから出発するときには、正しい法を見いだすべき施法の精神にもとるであろう。」

14) 1968年においても Schnitzer はこの見解を改めていないようである。

「どれが準拠法秩序であるかという問題については、今日、法選択の許容性についての決定は、法廷の法に委ねるべきという傾向が続いている。それによっていずれにせよ法選択はある法秩序に依存させられており、ささいなあれではなく、主権を有する法源として承認される。しかしながら法廷はこのようにして、ある一点から連結問題の全体的判断を先取りし、抜き取ることになろう。法論理的には、それゆえ、法廷がまず一般的に、どの法秩序が、特徴的給付の原則に従ってかつその機能に従った法律関係の分類の原則に従って事案を判断しなければならないかを検討し、それから管轄権を有すると決められた法秩序が具体的な法選択が許すか、どの範囲で許すかを一般的に検討する場合により正当なものとなるであろう [注30 準拠国家法秩序がある事件において仲裁を許す場合、その法的取扱いについて、法的審問権が保証され、適正手続の基本的要件が保障されているというコントロールを除き、放手することになる。そうであるとする、法適用に関する無関心さもまた認めることができかつこの理由から仲裁裁判所が当事者自治の許容性と範囲を定めることを許すことができる。] (Schnitzer, Die funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht, in FS-Schönenberger, S. 402ff.)」(後注74、91参照)

なおつけ加えれば、その基本的理由は、Schnitzer が基本的には総括指定主義を採っているところと係わっているものと思われる。すなわち、法律関係との最密接関連性を認められた準拠法秩序 (法と区別されるもの、Schunitzer, SJZ75 (1979) S. 265 参照 (即ち、大陸法においては法と法秩序は区別され、法秩序が指定の対象となるが、指定は総括指定であると推定されるので、準拠法秩序の解釈、法適用は準拠法秩序に委ねられるのが原則である。) が、当事者自治についても原則として裁量を有する。」

それはこの判決で正当にも、ほぼ1906年(BGE32II415)以来支配した、契約の締結と効力の分割された取扱いを放棄した。従来の一正しくない取扱いは、契約の締結についてはいずれにせよ当事者による法選択が排除されるという結果をもたらしていた。けだし、それは締結地の客観的TB要素にのみ連結していたからである。現在、締結と効力は、適切に同じ法に服しており、問題は、法を決める際に、どの法によるか、またどの役割を当事者意思または法選択が演じるかである。連邦裁判所はこれまで契約の効力を、TBが最も密接な関連性を有する法に服せしめていた。この場合に、連邦裁判所は、どの法を当事者が合理的な検討に際して選択していたかを検討した、すなわちいわゆる仮定的当事者意思に頼ったのである。連邦裁判所はこの理由付けを正しく同じ判決で捨てたので、一これまでよりも悪く効力のみならず契約の締結も、仮定的当事者意思により定められる法に服せしめることを心配する必要はない¹⁵⁾。それに対して、現在では、契約の締結の取扱いについて、これまでの当事者意思は第1には守られるべきでないという制約がなくなったのである。締結と効力への統一的な法適用については、いまや正しい解決が実行されなければならない。連邦裁判所は、これまでの契約の効力についての実務を、仮定的当事者意思による法発見という方法を放棄した上で、基礎に置く方向にあるように思われる。それによれば法適用はすべてのTB要素の評価からなされる。連邦裁判所は一連の最近の判決から見て¹⁶⁾、決定的なTB要素として、明らかに当該契約カテゴリーを特徴付けるものを認める用意がある。」まとめとして次のように述べる。

まず仮定的当事者意思と区別される真の当事者意

思の役割について「スイス判例は、契約の効力の法適用について、いくつかの諸国と反対に、契約準拠法をTB要素の客観的検討により確定されることが明らかである。法選択の許容性は、準拠法に係っているのである。当事者意思は、つまり一次的連結ではなく、契約準拠法の客観的確定は真の当事者意思が欠けている場合の二次的なものではない。」「国際的債権法における法廷はまず準拠法を定めなければならないことが最も正当であると思われる。この際に、一般的にTB要素の検討に際して、特徴的給付の債務地への連結が、準拠法を定めることになる。客観的連結が全く明らかでない場合には、当事者意思が契約準拠法を決める際に、はかりにのる一要素であろう。それが検討の第1段階である。第2段階は、契約準拠法として適用されるべき法が当事者意思に、何らかの点において、契約準拠法の適用を他の法の選択によって排除することを許しているかを確定する段階である。準拠法が国際的TBについてそれを許す限り(それと客観的関連性が存在するかあるいはそれを特定の連結点が指示しているか、また例えば因みに契約の構成についてはそうだが、支払方法についてはそうではないのであれ)、法廷地法は公序の限界の中でそれに従わなければならない。契約準拠法が法選択を排除している限りでは、法選択は法廷にとっても守るものではない¹⁷⁾。」

3. 「契約への法適用¹⁸⁾」

(1) 概説 1952年2月12日連邦裁判所判決(BGE78II, 74ff.)。この重要判決以来、問題は、①契約準拠法をアプリアリに決めるか、個別契約カテゴリーに応じて連結点を決めるか、②統一準拠法か、締結と効力を分けるか(大分割)、給付毎に準拠法

15) 注16 これはライヒ裁判所のRGZ68, 203からRGZ161, 298に至るまでの誤った解決であった。Raape S. 292はこれに反対していた。連邦普通裁判所は、この立場の正しさをいささか疑っているようであるが、いずれにせよ、最近、スイス連邦裁判所同様、いわゆる仮定的当事者意思が擬制であることを判決で認めている。

16) 注17 売買についてBGE77II84, 77II272, 消費貸借について78II190, 委任について67II179, 保証契約について76II179, カルテル契約について78II149]。

17) A.a.O.S.292f.

18) FS-Lewald (1953)、S. 382-392.

を決めるか（小分割）、③法選択の自由か、制限があるか、法選択の許否、範囲は本来の準拠法によるか、④本来の準拠法を特定のTBへ連結するか、全TBの考慮により法適用を決めるか、その基準、である。

そして、これらの問題は峻別することは難しいとしながらも、順次検討し、まず、契約の連結論について、アプリアリな連結から契約の個別化へ、更に類型論へと論を進め、1929年ポーランド国際私法8条1号から7号、1948年チェコスロヴァキア法46条、国際売買に関する特別条約草案3条、エイジェント法に関する統一法草案などを挙げている。第2の問題については、契約カテゴリーへの連結に際してスイス判例で特に問題となった大分割、小分割と、連邦裁判所によるその放棄と例外の連結を述べて、第3に当事者自治をあつかい、真の当事者意思のみが当事者自治であり、法選択の許否、範囲は客観的に決まる準拠法秩序に係っていると1948年チェコスロバキア法第9条¹⁹⁾をあげて論じる²⁰⁾。法選択がない場合の客観的連結も論じられる。

最後に「どの原則にしたがって準拠法が客観的に確定されるか」について、「原則はすでにWestlakeによってうち立てられ、例えばD. Wheelr Cookによって、TBが実質的に substantiellあるいは vital に最も強い関連性を有する法を適用するという方向へさらに手を加えられた。連邦裁判所は、ずいぶん前から、この原則を、それがTBのある法と最も密接な関連性を調査するよう探求し、そのためにすべてのTB要素を慎重に検討するという形で適用してきた²¹⁾」

(2) 連邦裁判所の判例 連邦裁判所の判例は、

TBとの最密接関連性原則について、例えば新ギリシャ法及びベネルックス国際私法条約のように、表示された当事者意思の背後にある補足的理論とみなさず、つまり当事者意思が法秩序に優先するという誤った理解をすることなく、「その客観的理論の適用のもと、締結地へのアプリアリな連結と共に履行地への連結も、また契約の様々な部分への様々な法の適用により契約の分断、及びすべての契約を同一の連結点に定型的に服せしめることを克服してきた。そして、それによって、世界の他の大抵の裁判所より遙かに健全な国際契約への法適用の取り扱いを達成してきた。

しかし連邦裁判所はさらに先に進み、最近ではゆっくりハンドルを切るというやりかたで、本稿の著者が立てた「特徴的給付の法律」の理論に向き合い始めた。基礎となる考えは²²⁾、いずれにせよ、どの給付が契約の種類を特徴付けているかを探求することである。経済法全体において、このことは、引き受けられる機能的活動であり、製造する行為、あるいは取引行為（売買する、貸与する、与信する、貯蔵する、運送する、保険する等々）である。今日ほぼすべて金銭でなされる反対給付は、特徴的ではなく、その者が官吏あるいは従業員あるいは著述家であろうとも、顧客の生活内容でもない。商事法上でなく、民事上の債務については、医者、弁護士、建築家の機能は特徴的要素であり、依頼者側の報酬ではない。特徴的給付は、その特徴的給付が契約により請求される者の住所（本拠、利用される営業所）において義務を負っている。なぜなら、企業あるいは自由業の者が問題となろうとも、そこに共同体生活におけるこの者の機能の中心があるからである。

19) チェコスロヴァキア国際私法第9条「(法選択) 当事者は、ある法律関係が選択された法秩序と本質的な関係を有し、かつ本章の諸規定により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限りにおいて、その法律関係を特定の法秩序に服せしめることができる。(川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』〔昭和38年〕附録54頁参照)

20) 法選択については3つの傾向、すなわち (a) 自由な法選択、(b) TBと十分な関係のある法の中からの法選択、(c) 本来の準拠法秩序の権限付与の範囲内における法選択、が挙げられ、結局「当事者による法選択の可能性、その範囲を客観的準拠法秩序による権限付与に係らせるのが正し」く、1948年チェコスロヴァキア国際私法第9条が適切であるとしている (A.a.O., S. 389)。

21) 注19 BGE60II294, 63II385, 65II181, 72II411, 75II57.

22) 注20 特にIPRHB564-575、HBIH201ff (204 / 205) 参照。

かくて特徴的給付の債務地の法が、契約全体へ適用されるべきであるという極めて単純な定式にたどりつく。準拠法の確定は相当に単純である、なぜならすべての重要な経済法及び職業行使の契約においては特徴的給付が明白だからである²³⁾。履行地とは精確に区別されるべきこの債務の地は、はじめから関係者に知られている、なぜなら関係者は請求される者あるいはまた営業所の住所を知っているからである。法適用は、以前はあいまいに重点あるいは法律関係の本拠と称されてきたもの、および、今では契約を特徴付ける給付として具体化されているもの²⁴⁾と有機的に結びついている。法適用は、偶然的な外形的なものへの連結から解放されている。多数の法、特に様々な給付の多数の履行地へ従わせることによる契約の分割は避けられている²⁵⁾。契約は、それがそれにしたがって一般的に作成される法に服しており、特に、今日最も重要な、定型及び普通取引条件に従った、銀行・保険・運送法及び多くの他の経済分野を支配している大量契約の事例²⁶⁾においても同様で、また、自由業に属する者の権利と義務を規律する法に服している。この法は、その者がどこに住んでいようが、どの国籍を有していようが、契約がどこで締結されようが、すべての顧客に対して同様に適用される。

このようにして、統一的な、比較的容易に認識される法適用が達成される。それは契約カテゴリーの特徴をなすものへ連結され、外形的にも恣意的に

もならない。その場合に、その原則は柔軟に、各契約態様の基準に合わされる。特徴的給付の法律の適用が直ちに認識できない結果となる限界事例はあり得る、例えば、それにおいては理論的には同等の給付が対立しているが、實際上重要でない交換という契約類型である。当然、大陸法においては、行為能力及び方式の特別の準拠法、売買において瑕疵の申立の準拠法はそのままである。實際上重要な大部分の契約については、これまで達成されなかった、統一的で有機的な解決をもたらす原則が見出されている。今日の国際私法の構造においては、これは、達成される、比較的ベストの結果である。望むらくは、連邦裁判所が採用された方法を続け、外国の最高裁判所がこの例にならいますように²⁷⁾。」

4. 当時の連邦裁判所の判例について

すでに明らかのように Schnitzer の連結論は、立法の欠缺を埋める裁判官法である²⁸⁾、連邦裁判所判例に大きく依拠している。そこで、つぎに、連邦裁判所における債権的法律行為の準拠法について概観し、まとめておこう。主に実務上大きな影響力を有した Schönerberger/Jäggi は 1961 年の段階で次のようにまとめている²⁹⁾。

(1) 債権的法律行為の連結について

(i) 概説 (N243ff.)

(a) 当事者による法選択 全体をまとめてみれば変遷があるが、当事者による法選択は、契約締

23) 注 21 売買については売上の営業上の住所（現在は BGE7II84, 272 も）、保証契約について保証人の住所 BGE76II32, カルテルについて管理部署 BGE78II145。

24) 注 22 このことがちがいであり、かつ進歩であることを見逃しているのが、Aubin RabelsZ., 16 (1951) 641 である。

25) 注 23 特徴的給付の債務地は、ときに営業所の地あるいは職業行使地とは別の地たりうる固有の履行地とは区別される。そして契約に特徴的でない他の契約給付の履行地とはさらに区別される。

26) 注 24 英国のある判例が、このようにして、より強い当事者の法が適用されると述べているのは、正しいし、かつ、誤っている。正しい点は、顧客に、その者の活動によって特徴的給付を引き受ける者の法に服することを期待することである。それによってこの者に対して、その者が服する法が顧客に過剰な便宜を与えるべきことを決して欲していた訳ではない限りはその批判は間違っている。それに対して、その法は、どこでも、権力的地位の濫用の故に法律による必要な規定を形成する状態にある。この点はすでに Schnitzer, HBIHR, S. 205/263, 331, Anm.1 により指摘されている。

27) なお、Schnitzer, Der Sinn S.291ff. (前注 12 及び 13a 参照)。

28) スイスにおいては制定法である NAG は人事・親族・相続法のみについて規定を置いているので、特に当時の国際取引の中心であった、債権法分野においては、連邦レベルで法創造を行いうるのは連邦裁判所においては存在しなかった。

29) Schönerberger/Jäggi, Das Obligationenrecht, 3.Auf. (1961) Bd.V1a N. 243ff. なお、Wilhelm Schönerberger は Bundesgerichtspräsident in Lausanne ; Peter Jäggi は Professor an der Universität Freiburg/Schweiz

結時の抵触法上の準拠法指定契約として認められる。そして、明示のみならず、黙示の選択も認められる³⁰⁾。契約締結後の指定も認められるが、これは当初認められてきた仮定的意思ではなく、現実の意思に基づくものに限られる、1955年ハーグ売買契約条約2条参照（「明らかに契約の諸規定から判明するもの」。）

b) 客観的連結 当事者による法選択がない場合

(1) 一般的定式による。契約全体について予め決められた連結点による伝統的な方法であるが、実務的に不十分で、例外が多くもうけられる。

(2) 事例的・個別化方法

(3) 契約類型定式

c) 特別連結

これらについて順次述べられているが、以下、特にb)について紹介しよう。

ii) 客観的連結 (a) 契約の分割連結

当事者による法選択がないときの客観的連結は、契約の分割指定との関係で推移してきた。

まずは大契約分割で、連邦裁判所は、1906年以來この方法をとってきたが、契約の締結を契約締結

地法へ、契約の効力を別の法によらしめる。後述のように、これは結局最密接関連法によるが、BGE78II84/85 (1952. 2. 12) は大分割を放棄し、契約は全体として、原則的に同一の法によらしめることとされた。

1885年判決³¹⁾は、いわゆる大契約分割を否定し、成立と効力を同一法に服従せしめたが、1906年6月9日判決 (BGE32II415³²⁾) を始めとして、連邦裁判所はほぼ50年間にわたり契約の大分割を認めてきた。すなわち、契約関係をその締結 (成立) と効力に分け、契約の締結には当事者自治が働かず、締結地法によらしめ、契約の効力については、当事者による準拠法の選択を認めながら、法選択がない場合には、個々の給付の履行地法 (後の判例は契約が最も密接な関連性を示す国の法を準拠法とするが、この点後述) を準拠法としていた。後になって、双務契約では大分割の枠内で、契約の効力について個々の債権の履行地または個々の給付の債務者の住所による (N226/228)。いわゆる小分割が生じた。(N224)。

この大分割は Allg. Einl. N49/51³³⁾ で批判され、BGE56II48 (1930年1月16日判決) はそれに理解を

30) 法選択の時点については、連邦裁判所は、BGE79II285までは、当事者意思は契約締結時に限られており、以後の準拠法合意、とりわけ訴訟中の準拠法の合意は、認められていなかった (Stauffer, FS-Lewald, S. 394 ff 参照)。

31) BGE111357 (364/65) (1885. 7. 18) 「債権的法律行為の有効性と効力は、訴訟地の絶対的に強行的な法律に反していない限り、学説および判例において圧倒的に承認されているように、取引締結に際して準拠あるいは真実と認めたまはたはその適用を当事者が合理的かつ衡平に期待し得かつたはずの国の法律に従って判断されるべきである。……当事者の住所法は取引締結にとって重要であろうとも、それに対して、通例、契約債務の客観的存在と効力については決定的とは見なされない得ない。特に双務契約への、住所法の適用は、両契約当事者の権利と義務が異なる諸法、つまりひょっとすると全く異なり矛盾する風に規律されるという異常性が生じよう。しかし、このことはたしかに合理的な取引意思には合致していないし、実際また、債権的法律行為の客観的存在と効力に関して住所法の原則的適用は学説・実務により圧倒的に批判される。」長田真理「国際契約の法的規律における履行地の意義 (1)」阪大法学49巻766頁以下は、本判決を法選択がない場合に契約の成立と効力を履行地に連結したリーディング・ケースとするが、ベルリンは行為地かつ「履行地」であったので、ミス・リーディングである。契約の成立についても履行地法が準拠法とされたのではないケースである。

32) 1906年6月9日 BG 判決 (BGE32II, S.415) i. S. Raschke gegen Bank für Handel und Industrie in Darmstadt, Filiale Berlin Dietzi は行為地法と仮定的意思の判決とする。

A. カントン・チューリッヒ高裁判決1905年12月9日で、支払時為替レートで4万マルク、1903年9月29日からの利息4%及び14フラン90Ets 訴訟費用の支払を認める。

B. 被告が控訴、BG への上告。原告請求の棄却と予備的に3万マルクのみ認めることを求める。理由「本件においては、まず、法律行為の効力は争われておらず、争われているのは、訴えの元である法律行為、すなわち貸付がそもそも成立したかである。しかしこの問題については、当事者意思にそもそも原則的により得ず、常に客観的に成立地法が適用されるべきである。けだし、この場合には、当事者意思が全く働かないからである。だが、成立地は、そもそもその法律行為が成立していたときは、ドイツ (ベルリン) のみである。両当事者は、法律行為の締結時にはドイツに住所を有していた。それゆえ、債務の本拠もそこにあり、その成立地である。したがって、当事者意思を除けば、その法律関係には、成立時の法が、つまりドイツ法が適用される」。

示しはしたが³⁴⁾、判例は、大分割を引き続き認め、それが変更されたのはようやく20年後であった。しかし、すでに、1950年1月1日、エイジェント契約の節が債権法へ追加され、判例にもかかわらず、第418b条第2項はエイジェントの活動がスイスにある場合、エイジェント契約はスイス法に服する(「委任者とエイジェントの法律関係はスイス法に服する。’)と定め³⁵⁾、一方的抵触規則ではあるが、契約の分割連結が修正された³⁶⁾。

双務契約に関する判例は、契約小分割についても、契約大分割についてと同様の推移を示すが、「諸国の学説及び判例は(おそらく実質法に関しても「債権」を強く前面に出すからであろうが)債権契約の準拠法の確定のために債務者の住所あるいは履行地から出発することを認めてきた。連結手段としての債務者の住所に与する主張は、契約はその重点(Schwerpunkt)を債務者の本人に有する、また、債務者の取引関係の中心(Mittelpunkt)がその住所にあるという点である(特に von Bar 2 S. 3f., S. 25f. Neumeyer, IPR § 33, Fritzsche 253a ff.)。履行地を支持する立場は、「履行は契約の目的であり、履行地は従って債権の本拠と見なされる(Savigny 8 S. 208, ドイツ判例も)というものである。しかし双務契約は少なくとも二つの個別債権を含んでいるので、各契約当事者は両給付の一つについて債務者であるので、上述の連結は、両相互債権が、両債権

債務者の住所、あるいは個々の債権の履行地が同一国内にない場合には、異なる法によって判断されることになる。それは異様な契約分割をもたらすこととなる。大契約分割(N223/25)は、比喩的に言えば、契約の横の分割であるが、この場合(契約の効力の分野では)個々の債権における縦の分割、契約全体の細分化を生じる。それは小契約分割と呼ばれる、なぜなら、それは(連邦裁判所の判例により)大契約分割のシステムの内部でのみその余地があり、それゆえ効力のみに関してであり、契約の締結にふれることはない。またそれは契約関係全体へただ一つの法を適用するという要請を無視している(N222)。³⁷⁾」

連邦裁判所は当初大契約分割のみならず、この小契約分割をも拒否していた(BGE11 I (1885: 9. 12) S.365参照)が、その理由は、住所法は「通例、契約債権の客観的存在及び効力については決定的とは見なされえない。住所法の、特に双方契約への適用については、両契約当事者の権利と義務が異なる法に従い、つまり全く様々な、矛盾しうるように規律されるという異常なことが起こるのである。だが、これは、たしかに理性的な当事者意思には合わないのである。同様の考慮が連結概念としての履行地についてもあてはまる、しかももっと強い程度においてである。なぜなら、住所法とは反対に履行地はより複雑で、実際には簡単に定められ得ない、かつ各

33) Oser/Schönenberger, V. Band, Das Obligationenrecht, 2. Aufl. (1929).

34) 「国際私法にはそもそも、一つの契約から生じるすべての法的関係はただ一つの法へ服せしめる、という論理的要請がある。そしてこの要請は、最近の学説においては再びより頻繁に主張される(Oser, Kommentar, 2. Aufl. Allgemeine Einleitung über Internationales Privatrecht, Note 49ff.)。しかしながら、準拠法の選択のために提案された諸原則の大抵のものはそれ自体が適用されて、なんら内的に正当な解決を保証していないのみならず、しかも、しばしば上述の論理的要請にも反している。履行地法のみ適用もまた、例えば双方向的契約について二つの法の、ただ一つの契約への適用をもたらさう(Oser, a.a.O. Note 49)。本件事案においては、いずれにせよ買主に対するフランス法の排他的適用は不当であろう。さらに、欠陥通知手続は、論理的矛盾なく、かつ実際上の困難なく、他の案件から分離され、かつ Locus regit actum の原則にしたがって判断されう。なぜなら、それは実質的売買法と直接の関連性を有していないからである(ドイツライヒ裁判所判決 RGE i. Civ. S. Bd. 73 Nr. 95 S. 390 参照)。連邦裁判所は未公表の判決 i. S. Buser gegen Kurz vom 2. Oktober 1923 で、欠陥通知は買主の法に従って判断されるべきであるという立場を取った。原告引用の i. S. Jucker-Petitpierre gegen Schmid & Cie vom 5. März 1923 (BGE 49 II S. 70ff.) はそれに反してはいない。けだし、同判決では履行地法が欠陥通知の効果および担保義務の範囲へ適用されると判示したが、苦情申立(Reklamation)の方式へではなかったからである。」

35) Vgl. Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts, 3. Aufl. (1961), S. 213f.

36) Schönenberger/Jäggi, Das Obligationenrecht, 3. Aufl. (1961) Bd. V1a, N297

37) A.a.O., N226.

国法で個々の給付態様についてもっと様々に定められる法概念であるからである。債権法74条参照。』³⁸⁾

しかし後になって、大契約の枠内で小分割を認めるにいたり、契約の効力について、各個別の義務（特に双務契約における）に対する履行地法を準拠法とする（BGE41（1915）II594³⁹⁾（推定的当事者意思としての履行地法への服従）、さらに同一の理由でBGE44II417, 48II393, 50II33, 56II41, 60II300/01⁴⁰⁾が続いた。

この小契約分割、個別の給付毎の履行地（または債務者の住所地）への連結の結果について、すでにOser/Schönenberger（1929）, Allg. Einl. N52-59が反対の立場を取っていた⁴¹⁾。その理由は、「それが双方契約における各法定の当事者の義務の規律に基づいているような、相互の依存性と相互作用が、無視されるからである。けだし、特定の法秩序によって一方当事者に認められた権利が相手方の義務がそれに応じて変えられているので、それに応じて規律されているからである。ある当事者の義務をこれにより、だが相手方の義務は給付と反対給付の依存性を異って規律する第2の法によって定めることは内的に矛盾している。小契約分割には反対したのは、後に、スイス法曹大会1941年で報告者Niedererは、スイス国際債権法における効力についての契約の分割で、またKnappはスイス国際私法における契約の効力の分割（ZSR1941, S. 221a. f., S. 303a. f. 及び S.

387a. f.）を論じた。いずれにせよ記憶されるべきことは、小契約分割はそのやっかいさを伴っており、法秩序において、いわゆる仮定的当事者意思に基づく準拠法の確定によってしばしば回避されたということである（N212及びN240回避条項参照）。』⁴²⁾

他方、双務契約における義務の相互依存性、あるいは相互関係性に対処するためには、両当事者の法の累積適用が主張されたが、両法の矛盾する場合に挫折することなどから、連邦裁判所は、結局、一般定式、事例的解決（個別化方法）、そして契約類型定式へと変遷をたどることとなった。

(b) 分割の克服

小契約分割の克服のために、まずは仮定的意思を用いたが、それが批判されると共に、当事者自治を現実の意思に限定することから、客観的連結を、中間定式によった。すなわち契約の効力が契約関係と最も密接な空間的関連性を示す国の法に従って判断する原則によるのである（BGE78II77/79⁴³⁾（N235）。一見一般的定式であるが、実際には事例的定式で（N216）、契約類型定式へも発展する方法である。

小分割について、BGE60II301（1934. 9. 18）⁴⁴⁾は、履行地への連結に代えて、中間定式により、「債権的法律行為の効力については、連邦裁判所判例によれば、当事者が締結に際して予定した、あるいはその適用を理性的に期待することができ、期待しなければならなかった法が適用される（BGE58II435及び同所引用判例）。準拠法に関する明示の合意を契

38) A.a.O. N227.

39) BGE41 II 594（1915. 10. 22）「連邦裁判所の確立された判例によれば、場所的法適用の問題において、まずは当事者の意思により、その場合に、債権的給付については推定的当事者意思として、反対の解決を支持する優越的理由がない限り、履行地の法への服従が認定されるべきであるからである。しかし履行地としては、被告の係争の義務についてはSt. Ludwigあるいは場合によってはFeldbergが適用される。

2. 場所的法適用に関しては、反訴の申立については、事情は異なる。それによって被告が要求しているのは、すなわち意思の瑕疵に基づく交換契約の取消しあるいは、場合によれば、売買法への変更の意味およびその効果として、売却された時計の返還あるいはそれに代えて65,486フランの損害賠償、引き渡された債務証券の返還、支払に代えた土地の返還および最後に時計の価額減少および所要費用に基づく5000フランである。これらすべての給付について反訴者の住所地（Zürich）及び土地の要求された返還の地がスイス法を指定している。債務証券がドイツで交付されたことは重要ではない、けだし返還請求権は被告のスイスの住所地で主張されるべきで、スイスでの抵当権の抵当権的性質もスイス法の適用を示しているからである。」

40) 60II294（300）（18. September 1934）. この判決で、初めて、契約関係が「最も密接な空間的関連性（den engsten räumlichen Zusammenhang aufweisen）」を有する国の法の準拠性という定式が現れ、そして、この法が客観的に最も近接するもの（das sachlich nächstliegende）として、それゆえ、当事者により黙示で（stillschweigend）欲されたと称される。もっともまだ契約の効力についてのみいえるのであるが。

約当事者は貸付契約についても、また保証契約についても行っていなかった。それゆえ、生じる問題は、どの国と両契約関係が最も密接な空間的関連性を示

しているか (den engsten räumlichen Zusammenhang aufweisen) である。その国の法が、客観的に (sachlich) 最も近接な (das

41) 「N50 連邦裁判所およびそれにしたがってカントン裁判所の実務は、契約の締結と効力を分け、契約の成立と有効性を締結地法に決定する。効力は、契約当事者により選択された法にしたがって判断され、法選択のないときは、履行地法に従う、Homberger, S. 27ff., 30ff.

N51 多数の法の適用については次のことをいっておこう。

一層多くなる数の要素への契約債権の分割およびこれへの様々な法の適用は実際の限界がある。権利追求者、特に取引と交通はできる限り単純な解決への利益を有する。抽象法的概念、あれこれの部分の義務、締結に属するものと履行に属するもの間の区別は、素人にはしばしば難しい。最も良いのは、同一の契約にはできる限り準拠法の統一を生みだす、国際私法の規定であり、そうでないと権利追求者の見通しが失われる。実際の必要性に向けられた解決の目標としてそれゆえ Niboyet S. 79f 同様、原則的に、一つの契約について準拠法の数は最小限に制限されていることが要求される。連邦裁判所実務が行ったように、契約の締結と効力の上述の区別については、いずれにせよ、それがこの要請に、双務契約の留保のもと、少なくとも、それが幾つかの困難を伴うときに、近づくということがいわれてもよい。

b) 相互に義務つけられている契約 しかし、一つの契約に異なる法を適用することに対してはなんら疑問がないとしても、やはり、特定の方向ですなわち権利と義務が相互に依存する関係にあり、関係が形成されている限りにおいて一相互に義務つけられている [双務的] 契約は様々な法により判断されてはならない。今日用いられる連結の多くは、しかし、各契約当事者が同時に債権者かつ債務者である、この種の契約については、統一的契約から生じる関係について、各債務者について様々な法をもたらす。特に、各債務者の本国又は住所の法、あるいは、契約の効力について最近の手續きが連邦裁判所により採られた、各債権の履行地法が決定的であると宣言される場合には、そうである。

ロマンス語文献は、相互に依存関係にある義務について二つの法の適用を拒否している、Weiss 4 S. 359f., 364, Pillet 2 S. 171, Niboyet S. 86, Diena 1 S. 34f. 参照。しかし Walker S. 348f.. 文献の詳細は Neuner S. 108N. 6. ドイツの学説判例は通説で国際私法の解決に問題性を感じていない。Neuner S. 109N. 1, Frankenstein 2 S. 189-195, Niboyet S. 78N. 3.

連邦裁判所はもとも明示的に、相互的契約の各契約当事者へ異なる法を適用することに反対を表明していた、BGE11S. 365: ".....Bei Anwendung des Wohnsitzrechtes insbesondere auf gegenseitige Verträge würde die Anomalie entstehen, dass Rechte und Verpflichtungen der beiden Kontrahenten nach verschiedenem Rechte, also möglicherweise in ganz verschiedener, widersprechender Weise sich regelten. Dies entspricht aber gewiss einem vernünftigen Parteiwille nicht." 以来、連邦裁判所はその立場を変更し、契約の効力について一当事者がある法を準拠法として選択していなかったことを前提として一各契約当事者についてその者が債務を負っている給付の履行地法を適用してきた。たしかに連邦裁判所はそこから生じる困難を無視してはいなかったが、しかし、実際的にというよりより理論的に考えた。BGE34IIS. 648, 42IIS. 594, 48IIS. 393, 50IIS. 32. スイス学説は国際私法の実務にしかしながら疑問を呈し Homberger S. 13ff., 48ff., Fritzsche S. 251a-254a, aber auch N. 1S. 254a, Sauser S. 313a. f., 318a, Pfister (N37) S. 42f. それ故、様々な法の各契約当事者の義務へ適用することの効果はどのようなものか、我が裁判実務の変更が当然であるかを検討すべきである (全体について近著 Dietrich, Die gegenseitig verpflichtenden Verträge im IPR 参照。) なお、「N59 しかし問題は、そもそも契約の締結と契約債権の効力の異なる取扱いが、それが連邦裁判所によって行われるように、放棄されるべきでないかである。しかしこれは、容易に運用される規則をもたらす、同時に契約全体の成立と効力へただ一つの法の内的に根拠づけられた適用をもたらす起点が見つかる場合にのみ勧められるべきであろう。このことは今日用いられている準拠法選択の諸原則の検討および連邦裁判所が契約の締結と効力の述べられた異なる判断にいかに至ったかの問題の解答を強いる。この区別は若干の論者から支持されているがだが圧倒的に学説では否定されている。Fritzsche S. 245a 参照。」大分割の克服には、1929年の段階でなお、客観的連結の内的根拠に沿いながら、運用の容易な原則が要請されていたといえるであろう。

42) A.a.O., N229.

43) 後掲のように、この判決は契約の分割連結をやめ、かつ、契約全体について当事者による法選択がない場合に、中間定式を用いたリーディング・ケースであり、かつ、特徴的給付を用いた判決として知られる。

中間定式は、まず、BGE60II274 (300) (1934. 9. 18) において、契約の効力について、客観的連結の方法として、それまでの判例のようにまず履行地に連結するのではなく、採用された。「債権的法律行為の効力については連邦裁判所の実務に従えば、当事者が締結の際に予定していたあるいはその適用を合理的に期待し得た、あるいは期待しなけりなかつたであろう法 (BGE58II435 および参照判例) が適用される。準拠法に関する明示の合意は契約当事者は、貸付契約の際も、保証契約の際も行わなかった。それゆえ、両契約関係がどの国と最も密接な空間的関連性を示しているかが問題とされる。この国の法が客観的に最も近接している法であり、それゆえ契約当事者がそれに黙示で準拠すると欲している、あるいはいずれにせよ、当事者が問題の規律を考えたとしたら準拠法として欲していたであろうことから立論される。述べられた連邦裁判所による判例に従えば一般的にまず第1に履行地が空間的関係に属する。しかし本件では、それがいつも確定しているわけではなく、契約上、原告により個別の支払毎に好きに定められ得るので、なんら重要性を持たない。さらに、履行地が始めから最終的に確定されている場合であっても履行地と比べて優先するであろう別の事情も存在する。」

44) 前注40参照。

nächstliegende) 法であり、それゆえ契約当事者がそれを黙示的に準拠法として望み、あるいは、問題の規律を想定していた場合には、それをいずれにせよ準拠法として望んでいたであろうことから立論して良いからである。述べられた連邦裁判所による判例に従えば、一般的に、まず第1に履行地が空間的關係に属する。しかし本件では、それがいつも確定しているわけではなく、契約上、原告により個別の支払毎に自由に定められ得るので、なんら重要性を持たない。さらに、履行地が始めから最終的に確定されている場合であっても履行地と比べて優先するであろう別の事情も存在する。……」。当時は、当初まず最も密接で最も強く結びついているものとしては履行地が挙げられていたが (BGE63II44⁴⁵⁾, 307, 385, 72II411, 75II61/62, 77II92, 191, 78II78)、BGE61III82 (19. Juni 1935) では⁴⁶⁾、中間定式が判例として確立され、ただそれ以降もなお、中間定式が仮定的当事者意思の表れとして用いられることが続いた。つまり中間定式では小分割、一つの契約關係の効力について異なる数法が適用される可能性

は廃し得なかった⁴⁷⁾。結局、この小分割は BGE78II77/79 (1952. 2. 12)⁴⁸⁾により初めて放棄されたのであるが、大分割も同判決により放棄されたのである。「この問題は、契約の成立に関わり、現在の判例では (RO64II349; 73III04; 76II36)、契約の締結地の準拠法に照らして解決されるべきはずである。その地は当地ジュネーヴであり、Chevalley が、バーナーのプロトタイプを受け取った態度から見て、契約により確定的に拘束されていたかを決めるために仮契約を解釈しなければならないのは、スイス法による。この問題は、履行の訴え自体とは別の法にも関わっている。

RO73 (1947) II 105; 76 (1950) II36 は、判示はしないが、契約の締結と効果にはただ一つの同一の法を適用することに理由があるという通説をほのめかしていた。RO77 (1955) II 275-276 は、契約の一般的分割 (契約の効力の分割を指定する特別分割または [小分割] に対する [大分割]) の体系へ向けられた学説による批判を原則として認めている。しかしながら、どの範囲においてで、債務へ唯一の

45) BGE63II44 (1937. 3. 2) 「連邦裁判所の判例によれば、係争法律關係が最も密接な空間的關係を示している国の法が、推定的当事者意思と看做されるべきである。けだしこれが実質的に最も近接した法であるからである (BGE60II300f.)。法律關係の空間的關係のなかで履行地におおきな重要性が認められるので、連邦裁判所は通例履行地の法を (連結概念の性質決定が問題であるので、履行地はそれ自体法廷地法にしたがって定められるべきである。Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechtes, 1937, S. 55f.)、推定的当事者意思の法と見なすが、それは事情全体に基づいてその法律行為が他の国とさらに密接に結びついていると思われない限りである。」

46) 明示の準拠法の合意はなかったが、「このような事情のもとでは、定着した判例に従えば、契約關係が最も密接な空間的關係を示す国の法のよられるべきである。けだし、これからは、当事者はそれを黙示的に準拠法と見なしていたか、それがそもそもこの問題の規律を考えていたであろうときに、理性的に見なしていたことを、認められるべきであるからである (BGE60II. 300ff. 及び同所掲記の判例)。

47) つまり、契約の統一連結には中間定式では対処できないのである。つまり、中間定式は、統一的連結にとってはニュートラルなのである。

48) 「連邦裁判所の判例によれば、契約の効力は当事者が明示の合意で従うとした法によるか、決定的な行為から帰結される法により判断される。当事者の確定的な意思が判明しないときは、契約がその場所と最も密接な場所的關係にある国の法を適用しなければならない。場所的關係の中では、履行地が支配的な重要性を有するので、そこで施行されている法が、事案の事情により契約が別の国とより密接に思われない限りは、原則として決定的である (RO62II125; 63II44, 307, 385; 65II80consid. 8; 72II411; 75II61-62; 77II84, 92, 191)。双務契約については、判例は、以降、連結点としては、当該法律關係に特徴的である、二つの債務 (obligations) のうちのそれ、例えば売買については売主の債務を考えている。契約のすべての効力に唯一適用される法は、この債務が最も密接に連結しているように思われる法である (RO67II181; 77II84, 93, 191; 未公開 Stefan Holzer A. G. c./Handjan, du 22 fev. 1949, 理由 1, で、連邦裁判所が、一方の債務や相手方の債務の準拠法を分けて定めることにある契約効果の分割の理論を明示で批判している)。

当該法律關係が属地的に最も密接な關係を有する法の適用の理由としては、連邦裁判所は長い間、この法が、もし当事者が問題を規律することを考えたとすれば指定し忘れたであろう法であったという考えで裁判してきた (RO60II300; 63II43-44, 64II92, 65II80-81, 169, 68II207)。しかしながら同時期に下された多数の判決は仮定的意思に言及せず (特に RO63II385, 67II220)。連邦裁判所は、最近は、古い定式が用いられている二つの判決を除けば、慎重にそれを避けている。いずれにせよ、この基準の放棄は正当である。」

準拠法を適用するのが良いかを定める必要はなかった。ただし、この事件では、契約の効力に近い問題が問題となっており、かつ、その意見では、その効力（仮の契約の当事者が隠された合意により現実に欲したものの定め）と同じ法にいずれにせよ服さなければならぬからである。本件においては、裁判所は判示しなければならない、なぜなら、問題になっているのはまさに契約の成立だからである。

そこで契約の一般的分割の制度は放棄されねばならず、それは、契約関係の一体性を人為的に破壊し、履行の訴えや債務不履行による損害賠償請求が有効な契約の実効的な締結にこのうえなく係っていることを考えれば、双務契約において重大な困難を招きうる。他方、成立に関わるものと契約の効力に関わるものとの間の区別はしばしば微妙で、最高裁に至るまで不確定であり得、これは、法的安定性を重大に危うくする性質のものである。これに加えて、締結地の確定でさえ、不在者間の契約が問題の時は、争いと不確定性を免れない。最後に、契約の成立に関わる問題への契約締結地法の適用はそれ自体内的正当性を欠く。すなわち、この地は往々偶然的である。当事者により欲せられた効力が生じるべき場所と関係がなく、また、その表示が、それぞれの考えのためにその住所地の法を指している、当事者自身ともかわりがない。

それ故、契約の締結と効力と関係するすべての問題にただ一つの法を適用するのが原則として良い。この法は、当該法律関係が場所的に最密接な関係を有する場所のそれであろう。ただし、当事者が、明示の合意によるまたは締結行為から結論される合意による別の法を指定していなかった限りにおいてである。契約の一般的分割を認める判例においては、連邦裁判所は、確かに、債務の成立へ適用される法の選択権を当事者に認めることを否定した（cf. RO32II418）。しかし、意思自治が契約債務の問題における抵触法規定として認められなければならないとすれば、その範囲が契約の効果にふれる問題に限定される理由は分からない。かくて、連邦裁判

所の判例において、契約分割連結（小分割のみならず、大分割も）は克服され、契約の成立と効力はただ一つの法によるという原則が定着し、その連結には中間定式が再び用いられたのであるが、ここでは密接関係地法ももはや仮定的な意思で根拠づけられることもなくなったのである。

(2) 客観的連結の発展

(i) 中間定式の形成 (N236)

中間定式は単に比喩にすぎず、契約の準拠法を確定する方向を示すだけである。法的安定性、解決の予見可能性を有し、実際に役に立つ規則を得るためには、精確な内容を与える、すなわち契約類型定式を形成する必要がある。個別事案においてそれに適合する内容を各自が与える必要がある⁴⁹⁾。

まず BGE60II294 (301) (1934. 9. 18) は、契約の効力について、アプリアリな履行地への連結に代えて、初めて中間定式を導入し、諸事情から最密接関連法を認定しようとした。従って契約の分割を進める方向で中間定式が用いられうるのであるが、その後も相変わらず、履行地がまずは問題とされた⁵⁰⁾。

中間定式は、BGE61 II 182 (1936. 6. 19) で恒常的判例として定着したが、それは仮定的当事者意思の現れとしてであるのが通例である。

BGE65II80 (1939. 2. 24) も中間公式を採用し、「債権的法律行為の効力が問題となっていることから、それについては連邦裁判所の判例によれば当事者が契約の締結の際に予定していた法、あるいは明示の規律がないときは、当事者がこの問題を想定していたとした場合に準拠すると表示していたであろう法が適用される。この推定的当事者意思の法とは、係争法律関係が最も密接な空間的関連性を示している国の法である。なぜなら、これが通例客観的に (sachlich) 近接な法 (das nächstliegende) であるからである。」と述べる。

かくて、まずは判例上要求されてきた「当事者が合理的に期待し、期待すべき法」の発見のために、仮定的に選択される法として、契約と最も密接な空

間的関連性を有する国の法が選定される。その意味で中間定式はまさに連結方法の移行期における中間定式にすぎない。

従って、中間定式の枠内において、従来契約の効力についての連結点として用いられてきた履行地の重要性が、改めて問題とされる。すなわち、BGE63II42 (1937. 3. 2) は中間定式を用いながら、前掲 BGE60 II 294 同様履行地を重視するが、別段の最密接関連法がない場合とする条件が付される。

「連邦裁判所の判例によれば、係争法律関係が最も密接な空間的関連性を示している国の法が、推定的当事者意思とみなされるべきである。けだし、これが客観的に (sachlich) 最も近接した法であるか

らである (BGE60II300f)。法律関係の空間的関係のなかで履行地に大きな重要性が認められるので、連邦裁判所は、通例、履行地の法を (連結概念の性質決定が問題であるので、履行地はそれ自体法廷地法にしたがって定められるべきである。Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechtes, 1937, S. 55f.)、推定的当事者意思の法と見なすが、それは事情全体に基づいてその法律行為が他の国とさらにより密接に結びついていると思われ限りである。

どれが、本件で、原告の係争義務の履行地であるかは未解決である。けだし、判決がどのようにこの点について下されようとも、事情全体によれば当事

49) [N235 連邦裁判所はその概要を述べられた3つの解決の可能性、つまり一般定式、事例的方法、契約類型定式の間で……今日までに原則的にあるいは一般的に、契約類型定式を決してまだ認めただけではないが、重要な契約の種類については実際上この解決にたどり着いた。小 (後に同じ手段をもって大もまた) 契約分割を、遠回りではあるが、いずれにせよいい成果をもたらした中間定式によって克服してきた。それは、当事者による法選択がない場合には契約の効力は、契約関係が最も密接な空間的関連性を示す国の法に従って判断される。と、一見一般定式であるが、実際には事例的定式である。だが、それは最新の判例では契約類型定式として働く (後掲 N236/39)。それは BGE60 (1934) II301 ではじめて履行地 (BGE58II435, 62II142) への連結の代わりに用いられた。当時は……その助けを以て見いだされた法が推定的当事者意思に合致する (もっとも、最も密接で最も強い結合としてはまずはいまだに履行地があげられていた BGE63II44, 307,385, 72II411, 75II61/62, 77II92,191, 78II78) と理由づけられていた。BGE61II182 ですでに中間定式が恒常的判例として定着する。それ以後の判決 BGE63II44, 385, 65II81, 169, 67II181, 72II411, 75II62f. では、大抵は仮定的当事者意思の現れとして (上述 N212) 絶えず繰り返されたが、例えば自律的な判例としてではなかった (自律した判例としては BGE78II77/79)。意識的に小契約分割が放棄されたのは、BGE78 (1952) II77/79 で初めてで、中間定式を用いてであった。同じ判決 83 頁以下で大契約分割も最終的に放棄され、つまり、契約の成立と効力へただ一つの法を適用するという原則への移行が行われたが、再び中間定式を用いてであった (上記 N225)。

N236 g) 客観的連結についての判例の最新の発展; 中間定式の形成; 将来の解決としての契約類型定式

上述の中間定式 (法律関係の最も密接な場所的関連性) については、それでよしとはならない。それは必然的に先に進み、しかも契約類型定式となる。この発展は最近の判例ですでに明瞭に示される。それは2つの理由を言う。すなわち、第1に中間定式の本質から、第2に最も一般的な定式ではやっていけない、法的安定性及び解決の予見可能性という理由から精確で具体的かつ直接に適用される原則を要求する (最後の点については Vischer, SchwJahrb1957S. 43ff., 49f. 参照)、契約実務の聞き流せない要求からである。契約関係が最も密接な空間的関連性を示す国の法による連邦裁判所の中間定式は、しかし準拠法を直接に定めるのではなく (上記 N216)、この特別の意味においても「中間定式」にすぎない。それは結局、有益で役に立つ、法律関係の本拠 (Savigny)、契約の「場所的重点」(Gierke) の調査と同様にであったとしても、単に比喻 (Bild) にすぎない。それは答えと言うより問題である。それは探求者に一般的に、どの観点が個別に問題となるかを明らかにすることなく、方向を示すにすぎない。実際に直接役に立つ規則を得るためには、それに精確な (genau) 内容を与えなければならず、個別の契約の種類にテーラメイドに、つまり契約類型定式に発展形成することによってのみそうなるのである。さらに、個別事案においてそれにまさに適合した意義と内容を各自が与えるのである。」上記で引用されている、Vischer 論文 (Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht) は、冒頭に次のような疑問を掲げている: 「当事者による法選択のないときの国際契約の準拠法の確定に際し裁判官の直面する困難は、明らかに、一部は、特に Lewald が強調する (注1 IPR Deutschlands, 1931, p.197) 法的安定性と個別事案の特性に合った十分に柔軟な連結基準の要求の間の対立に基づいている。この相克は、当然、方法選択の問題へ影響を及ぼす。すなわち、契約は当事者選択のないときに全契約または同じ類型の契約について適用される予決的連結の尊重によりある法秩序に服せしめられるべきか、あるいは、裁判官は、個別事例における連結を、具体的事例のすべての事情の衡量のもとで、専ら最も一般的な連結原則の考慮のもとで行うべく授權されているのか? 言い換えれば、連結は、アプリアオリに、予決的連結点の考慮のもとで、あるいはアポストリオに、具体的法律関係のすべての事情の事後的な評価のもとで実行されるべきか? あるいは中間的方法が採られるべきか?」

50) 前掲 60 頁参照。ただし、履行地はもはや重要ではなく、特に BGE60 II 301 では、絶対的に確定されておらず、契約上、原告が各支払いについて自由に定めることができたからである。また、仮に始めから決められていたとしても、それに優越する特段の事情も指摘されている。

者の法律関係の重点は、第1審が適切に判決したように、明らかにドイツにあり、したがって推定的当事者意思の法としてドイツ法が適用されなければならないからである。」。

BGE67II179 (181) (1941. 10. 21) は、履行地ではなく、端的に最密接関連法を探索し、委任契約へは、受任者が住所を有し、委任が履行されるべき国の法が適用される。

「連邦裁判所の恒常的判例によれば、債権的法律関係の効力は、この問題について当事者の合意がないときは、係争法律関係が最も密接な空間的関連性を示している法に従って判断される。

当事者間で締結された契約は、委任関係 (Auftragsverhältnis) である。その義務が典型的に中心となっている受任者は、プラハに住所を有し、そこで委任もまた履行されるべきであった。法律関係はそれ故同地の法と最も密接な空間的関連性を示している。それ故、法的紛争は、プラハに妥当している法に従って決定されるべきである。」

未公刊判例である *Centrocooperacia A. G. c. Reinhardt* (1945. 2. 27)⁵¹⁾ は、契約の効力についてではあるが、最密接関連法の認定にあたり、初めて特徴的給付にふれた事例である。

「連邦裁判所の判例によれば、……この点について当事者の明示の合意がないときは、契約の効力は、

その法律関係が最も密接な空間的関連性を示す国の法に従って判断される (67II181; 65II80; 63II43; 307, 385)。これは本件ではスイス法である……原告 [買主] は購入価格をスイス通貨で支払わなければならない、その給付をスイスの銀行で設定されるべき信用状により行うべきであった。もっとも売主にとっては履行地は *Hendaye* であった、なぜなら買主は同地でその運送人を通じて購入されたコーヒーを受け取らなければならないからであった。むしろ、商品の引渡しに必要な、被告による存在証明書および引渡文書の作成は同様にスイスで行われるべきであった。存在証明書は被告が D 社に対して *Basel* で出すべきで、商品の引渡文書はスイスの信用状発行銀行に引き渡さなければならないからである。総じて見れば、それゆえ、諸事情は明らかにスイス法を最も密接な空間的結合性の法と思わせる。

法律関係全体を……特徴的給付の債務地の法に服せしめようとする場合にもまたスイス法の適用性が問題となる。なぜなら前述のように、これはスイスの被告の営業本拠に存在しているからである。準拠法を定める方法の基本的問題はそれゆえこの関連性においては決定されないままである。」

中間定式は、法的安定性、解決の予見可能性から、さらに発展する。

BGE77II272 (1951. 7. 14) は統一連結に賛同しな

51) SchwJBIR Bd. 5 (1948), S. 112. この裁判において、被告は契約不成立と抗弁しているが、契約の成立は、連邦裁判所判例によれば、契約の効力とは区別されて、契約締結地法による。ただし、学説上、一応もっともな反対もある、として、本文で引用した判文の前に以下の判示があるので紹介しておこう [契約の成立について、締結地法を準拠法として、中間定式にふれることなく、統一連結の手段として、特徴的給付にふれている]。すなわち、契約の大分割は、「契約関係の分裂を招き、それ故、成立同様効力についても契約の統一的取扱いが望ましいであろう、と。そのような統一的取扱いを行うであろう基準としては、最近、係争法律関係について特徴的給付が認められる。すなわち、法律行為全体が特徴的給付の債務地に服すべきである、と。この問題についても、しかしながら本件では結果は同じなので、一貫した決定はここでも必要ではない。特徴的給付は、売買取引においては売主の給付、商品であるが、他方、買主の金銭である反対給付は典型的なメルクマールを一切欠いている。上述学説の意味における債務地—履行地と混同されてはならない—は、売主の営業所、職業活動の地である。X (スイス) において営業活動をしている被告は、売主の立場であるので、この説に従えば、法律関係全体について、したがってその成立の問題についてもスイス法に準拠されるであろう。

締結地としては、……隔地売買においては、承諾がそれ宛てに発送された地であるべきである。なぜなら、債権法 10 条によればこの時点において契約の効力が生じるからである。ただし、被告の表示は当事者の一致した意思表示をもたらしたものであったからである。ただし、最初の申込みは同様に被告から出されたものであった。被告は原告 S の仲介代理人に契約目的であるコーヒーについての確定申込みを行った。その後の電話で行われた原告側の『確定注文 (Festbeorderung)』はしかし実際にはなんら承諾 (Zusage) ではなく、新たな申込みで、それは契約の成立が、『電話による承諾 (Drahtzusage)』、つまり被告の承諾の電話による表示の到着にかからしめたことによるものである。被告も、相手方の『確定申込 (Festgebot)』と述べている、その書面から分かるように、エイジェント S の電報をそのように理解した。同様に、原告のエイジェントもまた電報による同意を受け取った後に、契約が今や成立したことを文書で確認した。したがって、スイス法に準拠される。」

がら、後に見る BGE76 II 33 同様従来の方法でも結論は変わらないとする。

「これまでの連邦裁判所判例によれば、契約の成立に関する問題については、締結地法が準拠法とされる (BGE76II36, 73II104, 64II104, 64II349 および所掲の判決)。契約の効力については、それに対して、判例は、明示の当事者の合意が欠けるときには、その法律関係が最も密接な空間的関連性 (den engsten räumlichen Zusammenhang) を示す国の法が適用されると認めている (BGE77II84,191 および同所掲記の判決)。準拠法のこの分割に対しては、文献は、それは統一的全体をなしている契約を不自然に引き裂き、したがって契約の成立と効力について原則的に一つの同一の法に準拠させることが勧められる、と反対している。そのような統一的債権準拠法としては一部は契約の場所的重点、本拠 (Sitz) の法が提案され、一部では当該契約に特徴的な (charakteristischen) 給付の法 (vgl. zum Problem als Ganzen: Oser-Schönenberger, Allgemeine Einleitung N. 51, 67ff., Widmer, Die Bestimmung des massgeblichen Rechts im IPR, S. 110ff., Schnitzer, Handbuch des IPR, 3. Aufl. Band II S. 564ff., Raape, IPR 3. Aufl. S. 293ff.) が提案されている。極力、すべての、特定の契約と関連している係争問題をただ一つの法に服せしめるという傾向は、原則的に賛同されうる。なぜなら、一つの同一の契約関係へ多数の法秩序を適用することが不自然と思われることを除けば、締結と効力の間の限界画定は常に難しく、しばしば最終審の判決まで不確実な問題であり、それゆえ、それを保証することがどの法秩序にとっても重要な課題を意味する法的安定性を高度に侵害しているからである。どこまで統一的債権準拠法の努力に個別において負うべきかは、それ

にもかかわらず、今日、一貫して決定される必要はない。いずれにせよ効力類似の性格を有するすべての関係へ本来の契約の効力へと同じように、特別の理由が強行的に、例えば締結地の法のように別の法の準拠性を支持するのではない限り、債務関係が最も密接な空間的関連性を示す国の法が適用されるべきことの確認で十分である。そのような効力類似の性格の関係と本件は関係している。当事者達は当事者間でそもそも真摯な契約関係が作り出されたか、言い換えれば外形的に存在する契約が、表示されたものといささか違うことが望まれていたのかということではなく、純粹の仮装取引を意味するかを争っていない。かえって当事者達は、契約による拘束を両者ともに望んでいたこと、実際に契約が締結されており、実行されたことを合意している。彼らの意見の相違はただ、何が実際に約束されていたのか、契約がどのような内容を持つべきであるのか、つまり、契約が、交換されたやりとりがいうように、82 フランの価格での Hautmehl と関わっていたのか、あるいはこの外形的 TB が原告主張のように仮託されていたか、他方、実際には一致した当事者の意見のように実際に実行された Fleischmehl の取引の対象は 145 フランの統一価格で存在したというのか、が問題であるにすぎない。争いなく行われた合意の枠内で約束されたのは何か、ある取引の内容は何か、この契約に基づいて当事者の権利と義務がどのような種類でどのような範囲であるのかは、それをまさに契約の効力に属せしめようとしなくても、これに少なくともやはり極めて近く類似している問題と関わっている。」⁵²⁾

このように、債権の効力についての個々の履行地の重要性を認める見解から⁵³⁾、小分割時代の、BGE77II83 (84) (1951. 3. 22) は、履行地を脱し、

52) なお、ここでは割愛するが、1954年から1963年に至る債権法に関する連邦裁判所判例の推移については、Moser, RabelsZ (1967) S. 670ff. 参照

53) BGE72II405 (411) (1946. 12. 3) はなお、中間定式を用いながら、履行地を重視する。「特定の当事者意思が決まらないときは、その法律関係が最も密接な空間的関連性を示している国の法が適用される。空間的關係の中では履行地に優越的意義があるので、それ故通例そこで適用されている法が、事案の諸事情から別の国とより近接と思われぬ限りは (BGE63II44, 307, 385)、準拠されるものと見なされる。1946. 12. 3]

1945年2月27日の未公開判例同様、売買契約について契約に特徴的な給付を行うべき当事者の住所の法、つまり売主の住所（営業本拠）に置き換えた。すなわち、債権的法律関係の効力は、法選択がなければ、法律関係が最も密接な空間的関連性を示す国の法が準拠法となる、として次のように述べている。

「債権的法律関係の効力は、当事者が契約締結の際に予定していた法に従って定められる。本件のように、明示の法選択が欠けているときは、その法律関係が最も密接な空間的関連性を示す国の法が適用される。これは、それで、原則的に、統一的にすべての契約の効力について準拠される（BGE67II181及び72II411参照）。

売買についてはこの最も密接な空間的関連性はいつも売主の国の法を示している、なぜならその給付が典型的で（typisch）、その法秩序を特徴付け、従って中心を占めるものであるからである（vgl. auch Herzfeld, Kauf und Darlehen im internationalen Privatrecht, insbesondere S. 96, Oser/Schönenberger, Komm. zum OR, 2. Aufl., Allgemeine Einleitung N.104, sowie Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, 3. Aufl., S.608）。本件では売主の義務はベルギーで履行され、そこで信用状もまた発行されるべきで、さらに購入価格はベルギー通貨で約束されていたので、原則から離れる理由はなんら無い。」

以上を見ると、契約の効力の統一連結を、契約の典型的、特徴的な内容を、関連諸事情の検討により、最も密接に関連している国へ連結していることで行おうとしていることが分かるであろう。

これは売買契約に限らず、一般的な命題へ発展する。BGE74II81（1948. 1. 26）は、運送契約のような大量契約について最近の見解は、運送人の営業所の法に服しめる、として Schnitzer, HBIPR 2. Aufl.（1944）の 514 頁および 515 頁を挙げるが、これはまさに特徴的給付の法律の部分であり、いわゆる中

間定式を前提に、契約の効力を一般に特徴的給付の法律によらしめるが、前掲 BGE78II77/79（1952. 2. 12）による契約分割の否定においても、中間定式が用いられ、特徴的給付が契約全体に適用されることとなった。「すなわち契約の最も密接な空間的関連性の法として、通例、その給付が契約にとって特徴的である当事者の住所の法が問題となる（原則的に Stauffer, a.a.O. も。しかし、履行地について判例からとられた次の追加を伴う、すなわちこれは、特別の事情が強行的にある別の法を指定しない限りでのみ適用される⁵⁴⁾。）」

「N254……特徴的給付の履行地には、中間定式（最も密接な空間的関連性）の枠内でもはや圧倒的な重要性は認められず、個々の契約について通例その給付が契約にとって特徴的である当事者の住所（業務本拠）の法に準拠されると宣言される。あるいは、別の、契約の特に特徴的な事情（契約の目的、契約当事者の一定の特性、締結地、いわゆる大量契約の定型性（Gleichförmigkeit）、融通取引の性格等）によっている。かくて売買では売主の住所地の法が適用され（BGE77II84, 191, 78II78, 79II165/66, 297/98）、委託と代理商契約では受任者の活動の中心の法（418b 条、BGE67II181, 217）、画一的な大量契約（書式契約）には当該企業の営業所の地の法で保険制度（BGE51II409, 71II289f. 79II196）及び貨物運送契約でも同じで、貸付では貸主の住所地法（BGE78II191）、一方的債務の契約では主要義務を負う債務者の住所（一方的債務では BGE65II81, 保証人の居住地 63II308, 担保者の Wohnort 76II36/37）による。

N255 つまり、直近の判例は、中間定式の回り道をして、やはり主要問題において、実際上契約類型定式にたどり着いたが、その個々の契約種類への適用は以下 N258-324 で述べられる。

N256 連邦裁判所判例にしたがう中間定式、及び契約類型定式と、回避条項（N240, N242）が結びつ

54) Schönenberger N. 237

けられるべきである。』

契約の分割(大および小)が放棄されるに当たり、契約関係を全体にわたり統一的に客観的に連結することは、中間定式により実現されることとなる。

すでにBGE76II33(1950. 2. 28)⁵⁵⁾は、保証契約について、その成立は締結地法によるという判例に従いながら、スイス法を準拠法としたが、その傍論において、「因みに、この結果は最近の文献において認められる、債権的法律関係の存在と効力は一つの同一の法により、明示の当事者合意がないときにも当該契約の種類に特徴的な給付の債務地の法による支配されるという傾向(この問題についてOser-Schönenberger, Allgemeine Einleitung N. 67ff.; Widmer, Die Bestimmung des massgeblichen Rechtes im IPR, S. 98ff., insbesondere S. 110ff.; Schnitzer, Handbuch des IPR, 2. Aufl. Band 2 S. 513ff.)を採用しようとも、同じである。ただし、この学説の意味における特徴的給付は、一方的にやっかいな契約である保証契約にあり、約束者の保証約束においてあるからである。かつ本件ではこの給付の債務地としては、約束者の業務上の活動と関連しているので、その営業所の場所、つまりチューリッヒが認められるべきだからである。」と述べていた。

(ii) 分割克服と中間定式

BGE78II74(1952・2・12)は、契約分割をやめ、法選択のないときの契約関係の統一的客観的連結に中間定式を用いたリーディング・ケースであり、同時に契約全体の統一連結において特徴的給付を用いた最初のケースとなった。

「連邦裁判所の判例によれば、契約の効力は、当事者が明示の合意で従うとした法によるか、決定的な行為から帰結される法により判断される。当事者

の確定的な意思が判明しないときは、契約がその土地と最も密接な空間的關係にある国の法を適用しなければならない。場所的關係の中では、履行地が支配的な重要性を有するので、そこで施行されている法が、事案の事情により契約が別の国とより密接に關係していると思われな限りは、原則として決定的である(RO62III25; 63II44, 307, 385; 65II80consid. 8; 72II411; 75II61-62; 77II84, 92, 191)。双務契約については、判例は、以降、連結点としては、当該法律關係に特徴的である、二つの債務(obligations)のうちのそれ、例えば売買については売主の債務を考えている。契約のすべての効力に唯一適用される法は、この債務が最も密接に連結しているように思われる法である(RO67III81; 77II84, 93, 191; 未公判 Stefan Holzer A. G. c./Handjan, du 22 fev. 1949, 理由1で、連邦裁判所は、一方当事者の債務と相手方の債務の準拠法を分けて定めるといふ、契約効力の分割の理論を明示で批判している)。

当該法律關係が属地的に最も密接な關係を有する法の適用の理由としては、連邦裁判所は長い間、この法が、もし当事者が問題を規律することを考えたとすれば指定し忘れたであろう法であったという考えで裁判してきた(RO60II300; 63II43-44, 64II92, 65II80-81, 169, 68II207)。しかしながら同時期に下された多数の判決は仮定的意思に言及せず(特にRO63II385, 67II220)、連邦裁判所は、最近は、古い定式が用いられている二つの判決を除けば、慎重にそれを避けている。いずれにせよ、この基準の放棄は正当である。当事者自治はここでは働かない、ただし、裁判官は、当事者が法抵触を考えていたとすれば対処していたかを問題にする時に、反証の余地のない行為によって表明したであろう現実の意思を参照しているのではないからである。それが証明さ

55) BGE76II33(1950. 2. 28)は、統一的連結の通説をほのめかすが、なおそれを採用はしなかった。「この保証契約は原審判示によると、違法な、場合によれば倫理にもとる内容を示しているので無効である契約がその内容により法あるいは良俗に反するかは恒常的判例によれば玉虫色の異なる当事者意思とは関わりなく締結地法に従って判断される(BGE64II345, 46II493)。本件ではチューリッヒがそれである。ただし、そこで被告が係争保証契約を設定し、かつ、そこで、これが、原告代理人としてのスイス銀行会社により受け取られたからである。保証契約の有効性はしたがってスイス法に従って判断されるべきである。因みに、この結果は(以下本文中に掲げてある)BGE77 II 272(1951. 7. 14)については、本文65頁参照。

れたときでさえ、表に出されることなく、効果の認められないある種の意思を認めているのである。おまけに、裁判官は当事者が、現実にあるものを捉えるとして、具体的に考え、欲し得たものを探究するのではなく、抽象的に、同じ状況におかれた合理的人が考え、欲したであろうもののみに取り組むのである。かくて、当事者の推定された意思は、結局、裁判官が契約を一定の場所へ連結するために用いる客観的基準の総体と重なりあうにすぎない。実際、債務の効果の準拠法に関する判例においては、この概念は、結局、最も密接な場所の関連性のそれと混同されることに終始した。そうであれば、仮定的意思を用いることは、裁判官は当事者が考え得たかも知れないことについての憶測に身を委ねてはならないので、契約の場所付けそれ自体が働くより前にこの分野では、無益である。(この意味では、特に Schnitzer, Handbuch des IPR, 1950, p.560; Tobler, Der hypothetische Parteiwille im internationalen Vertragsrecht, 1949, p.109 sv.; Knapp, Vers la fin de la coupure generale des contrats, Annuaire Suisse de droit international, 1948, pp.99 sv., 104。)] 「1947年12月16日のコンセッションの仮契約が売買契約であるとすれば、別段の事情がなければそのすべての効果において、その給付が法律関係を特徴付ける売主の国の法としてベルギー法に従うであろう (RO77II84)。……それ故、契約の締結と効力と関係するすべての問題にただ一つの法を適用するのが原則として良い。この法は、当該法律関係が場所的に最も密接な関係を有する場所のそれであろう。ただし、当事者が、明示のまたは締結行為から結果する合意による別の法を指定していなかった限りにおいてであるが。」

契約の分割連結の放棄は、BGE77 II 272 (1951. 7. 14)⁵⁶⁾で準備されていたという。(N225参照)⁵⁷⁾。

BGE78II190 (1952. 6. 10) は、以上の中間定式の定着を確認すると共に、留保を付す、すなわち、それを回避条項として用いるのである。「最近の判例によれば、当事者による法選択がないときは、契約

の成立並びに効力は、原則として der engste räumliche Zusammenhang を有する国の法にしたがい定まる (BGE78 II 83ff.)。貸付については、大量契約を除き、die engste räumliche Bindung は通例は、貸付者の住所を指示する。けだし、その給付が特徴的なものであり、その所在 (Lage) が主に危険にさらされているものであり、契約上のその者の地位が支配的であるからである (vgl. Oser/Schönenberger, Komm. zum OR, Allgemeine Einleitung Nr. 117/120; Schnitzer, Handbuch des IPR, 3. Aufl., Bd. II S. 623/4; Herzfeld, Kauf und Darlehen im IPR S. 74ff.)

2. しかしながら、かつての具体的事情は、法律関係の別の国との空間的結合を密接なものとなしうる。連邦裁判所は最近の事件で (Armenrechtsentscheid v. 20.Mai1952 i. S. Hirschler c. Vidoni)、貸付時の貸付者の住所を規準としなかった、なぜなら当時両当事者は、当該国を去ることを決意していたのであり、同時に、少なくとも借主 Borger の将来の住所が分かっており、そこで貸付の返済も行われるべきことになっていたからであり、それ故、この国の法が準拠されるものとみなされていたからである。

類推的考慮がこの事件でも必要とされる。ポーランドからの難民であるスイス人の、貸付者の家族は1945年以来スイスで生活していた。彼自身が一人でコンスタンツに止まっていたのは、専ら、ポーランドから救い出した財産をライヒ・マルクにおいて投資し、ドイツにおいてのみそれを生計の資を賄うために用いることができたからである。控訴に対する抗弁中での彼の主張によれば、専ら民法24条2項の意味での住所をコンスタンツにも有していたのである。その間に、長い間考えていたように、スイスに帰ってきたのであった。他方、コンスタンツの借主 Borger のコンスタンツにおける滞在も長期的な滞在は意図されていなかった。かえって、彼はスイスへの入国許可を待っていたのであり、これまでに、それが付与されたのである。このように、両当

事者は当初からスイスでの貸付の返済を予定していたのであり、後になって、そのような合意がなされたのである。すべての考慮される事情は、法律関係がその国とより偶然的な関連を示すドイツよりは、スイスとのより近密な空間的関連性(貸付者の本国、

両当事者の将来乃至現在の住所国、予定された返済地)を生じているのである。」

中間定式は、結局、事例的、個別的連結となり、基準が曖昧で、実務上 No rule に陥り、法的安定性、結果の予見可能性を損なうこととなる。そこで、契

56) 「これまでの連邦裁判所判例によれば、契約の成立に関する問題については、締結地法が準拠法とされる (BGE76II36, 73II104, 64II104, 64II349 および所掲の判決)。契約の効力については、それに対して、判例は、明示の当事者の合意が欠けるときには、その法律関係が最も密接な場所的関連性 (den engsten räumlichen Zusammenhang) を示す国の法が適用されると見ている (BGE77II84, 191 および同所掲記の判決)。準拠法のこの分割については文献は、段々強く、それは統一的全体をなしている契約を不自然に引き裂き、したがって契約の成立と効力について原則的に一つの同一の法に準拠させることが勧められる、と反対している。そのような統一的債権準拠法としては、一部は契約の場所的重点、本拠 (Sitz) の法が提案され、一部では当該契約に特徴的な (charakteristischen) 給付の法 (vgl. zum Problem als Ganzen: Oser-Schönenberger, Allgemeine Einleitung N.51, 67ff., Widmer, Die Bestimmung des massgeblichen Rechts im IPR, S. 110ff., Schnitzer, Handbuch des IPR, 3. Aufl. Band II S. 564ff., Raape, IPR 3. Aufl. S. 293ff.) が提案されている。極力、すべての、特定の契約と関連している係争問題をただ一つの法に服せしめるという傾向は、原則的に賛同される。なぜなら、一つの同一の契約関係へ多数の法秩序を適用することが不自然と思われることを除けば、締結と効力の間の限界画定は常に難しく、しばしば最終審の判決まで不確実な問題であり、それゆえそれを維持することがどの法秩序にとっても重要な役割を意味する法的安定性を高度に侵害している。どこまで統一的債権準拠法の努力に個別において任せるべきかは、それにもかかわらず、今日では一貫して決定される必要はない。いずれにせよ効力類似の性格を有するすべての関係へ本来の契約の効力へと同じように、特別の理由が強行的に、例えば締結地の法のように別の法の準拠性を支持するのではない限り、債務関係が最も密接な場所的関連性を示す国の法が適用されるべきことの確定で十分である。そのような効力類似の性格の関係と本件は関係している。当事者達は、当事者間でそもそも真剣な契約関係が作り出されたか、言い換えれば外形的に存在する契約が、表示されたものといささか違うことが望まれていたのかということではなく、純粹の仮装取引を意味するかを争っていない。かえって当事者達は、契約による拘束を両者ともに望んでいたこと、実際に契約が締結されており、実行されたことに合意している。彼らの意見の相違はただ、何が実際に約束されていたのか、契約がどのような内容を持つべきであるのか、つまり契約が、交換された表示がいうように 82 フランの価格で Hautmehl を購入したか、あるいはこの外形的 TB が原告主張にしたがって口実にされていただけなのか、他方実際には一致した当事者の意見によれば実際に実行された Fleischmehl の取引の対象は 145 フランの統一価格で存在したというのが、が問題であるにすぎない。争いなく行われた合意の枠内で約束されたのは何か、この契約に基づいて当事者の権利と義務がどのような種類でどの範囲であるか、であり、それをまさに契約の効力に属せしめようとしない場合には、これに少なくとも極めて近く類似している問題に関係しているのである。

所与の事情のもとで、効力準拠法の適用に反対する特別の理由は認められない。それは例えば、契約の方式あるいはある当事者の行為能力が問題とされる場合には、さらに契約締結の外形的 TB の存在あるいはその時点の問題、意思表示の瑕疵の存在の問題、さらにはいづれも契約内容の違法性または倫理違反の観点から問題とされる場合、申込みのあるいは、そのようなものの撤回可能性の拘束性について、最後に契約交渉中の沈黙の意味に対して、問題となる。この種の問題に際して主張されるのは、その判断を、有効な (と想定される) 契約締結のときに係争法律関係を支配するであろう法秩序に基づいて行うことが論理に反する、ということである。この疑問は、しかしながら、専ら、同種の、だが、外に現れたものとは別の内容の契約が、望まれていた場合の、完全に虚偽表示の事例においては考慮されない。

本件においてすべての事情のもとで効力準拠法が適用されると、当事者間で存在している契約関係の締結地がどれかを、虚偽表示と主張されるかあるいは虚偽表示でなかったと主張されようとも、検討するに及ばない。

3. 効力準拠法としては、本件ではハンガリー法が認められ得る。当事者達が特定の法を準拠法として予見したことは、被告の提出した文書 (係争取引および Rohhorngruess/Hornmehl に関する以前の取引に関する領収書) からでも、またその他の文書 (Akten) から明らかでない。したがって、判例にしたがって、もっとも密接な関連性が存在する国の法秩序によるべきである。売買については連邦裁判所が最近常に認めてきたように、最も密接な空間的関連性は通例売主の国の法を指示している。その給付が法律関係にとって典型的であり、それゆえ前面に出てくる。なぜなら、それは、普通の交換手段としての単なる金銭支払に存在する買主の反対給付がその取引を特徴付けるのではない (kennzeichnet) からである (BGE77II84, 191 及び同所掲記の判決)。売主は、先の事例ではその企業がその本拠をハンガリーに有していた原告であった。別の国へのより密接な関係を指示するよう手がかりは存在しない。ハンガリーとの場所的関係は、反対に、売主の義務がハンガリーで履行されるべきであったことによってさらに補強される。なぜなら、すべての先行する契約における当事者同様に、係争売買契約においては、商品が買主の計算と危険において送付されるよう合意された。したがって、買主はハンガリー国境の場所 (Station) から Thayngen 迄のそれぞれ運送費用を支払った。その取引がスイスフランで締結されたことはそれのみではスイスへの関係を債権準拠法としてスイス法を適用すべきほどには密接な関係を生み出し得ない。スイス通貨の選択は、むしろ、特に 1944 年には為替レートの安定性から同様によく説明される (BGE72II411)。

原審が準拠されるハンガリー法ではなくスイス法によったので、その判決は債権法 60 条 1 項 c 号にしたがって取り消されるべきで、事案はハンガリー法に基づく新たな裁判のために原審へ差し戻される。控訴の一部認容において、SchaffhausenOG 判決 v. 22. September 1950 は取消し原審へ差し戻す。」

約の特性を考慮し、「典型的な」契約関係に着目し、それを特徴的給付などにより、類型化へと進む。契約の、この特徴的内容に着目することは、契約の効力の客観的連結においてすでに用いられてきたが、分割廃止と共に契約全体の特徴へとすすむ。さらに類型化は、ハーグ条約などが支えることとなる。この点はさらに検討を要するが、とりあえずは、Schönenberger の要約を紹介しておこう。

〔N232 契約類型定式の最初の具体的提案は Rollin に由来する。(フローレンス、1908年) Institut 決議にそれは表されている⁵⁷⁾。そこでは、契約の有効性(成立)とその効力が区別され(大契約分割)、効力については当事者による法選択がない場合には個別の契約類型(Vertragstypen)について(契約の性質、当事者の諸関係などにしたがって)分けられ、10点のカatalogに確定された、法に準拠されると表示されている。(簡略版 Annuaire 22 (1908) 289f 参照。Makarov, Die resolution des Institut de droit international über das int. Obligationsrecht von 1908 und deren Einfluss auf die nationalen Kodifikationen des Kollisionsrechts, in FS-Lewald, Basel 1953, S. 301/02. フローレンス決議に基づいて注目すべきオーストリアの1913法律案(Walkerにより準備された、Makarov, a. a.O.303/04)は、戦争のため法律とならなかった。Walker, IPR53. このオーストリア草案自身は(それゆえ契約類型システムは)1926年8月2日のポーランド国際私法の基礎となる(Makarov, a.a.O.、ドイツ語及びフランス語のテキストは Makarov,

Quellen des IPR, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin 1953/54, Nr. 44; 債権法の規定は Raape443)。同様に1948年3月11日のチェコスロヴァキア国際及び地際私法にも。(これについては Makarov a.a.O.305/06; ドイツ語及びフランス語のテキストは Makarov, Quellen des IPR, Nr. 55)。——1928年ILA ウィーン会議で採択された売買、サービス、請負契約の準拠法に関するウィーン・ルール、及び1928年ILA ワルシャワで審議された委員会草案(Gutzwiller/Niederer, Beiträge zum Haager IPR 1951, S. 64f., 72f. 及び Niboyet, La theorie de l'autonomie de la volonte, Recueil des Cours de l'Academie de droit international de 1927, Bd. 1, 1928, S. 100f.; dort S. 99, Niboyet 自身の、売買契約に関する提案が公表されている)。さらに Nolde の Institut での新しい草案(Annuaire 33, 1927, S. 940f.)、最後に1928年第6回ハーグ国際私法会議審議及び1951年第7回会議、1955年6月15日動産売買の国際私法に関するハーグ条約をもたらしたものがある。これについては Gutzwiller/Niederer, Beiträge zum Haager IPR 1951, Freiburg/Schweiz 1951 S.3f., A. von Sprecher, Der internationale Kauf (Abkommen und Abkommenentwürfe zur Vereinheitlichung der Kollisionsnormen des Kaufvertrages), Diss. Zürich 1957 (dort der Abkommenstext S. 150), ferner die gedruckten Protokolle (Actes et Documents) der 6. und 7. Haager Konferenz.

N233 Homberger (1925) S. 16f., 49f. によりなされた提案は、契約類型定式のシステムの枠内におけ

57) もっとも、von Knapp により公表された未公判判決(連邦裁判所1945年2月27日判決)は、債権契約全体に対して、特徴的給付の債務地の法が適用されるべきであるとしているという(Schnitzer, 4. Aufl. (1957) 648頁注54参照)(前注51参照)。「注54: Knapp により(JbV1948, 113/114)取り上げられた未公判判決27. 2. 45は、連邦裁判所が初めてこの立場とかかわったものである。裁判所は、「この問題は連邦裁判所判例によれば締結地法に従う、そしてそれはどの法により契約の効力が判断されるべきかと無関係にである」と述べている(64II349及び同所引用の判決)。ただしこの解決にはある種の正当性を以て、それは契約関係の分裂をもたらすが、それゆえ成立同様効力について契約の統一の取扱いが望ましいであろうが、という反論がある。そのような統一の取扱いができる基準として、最近、係争法律行為について特徴的給付が認められている。すなわち、法律行為全体が特徴的給付の債務地法に従うべきである……特徴的給付は売買行為では売主の給付であり、商品であるが、買主の金銭で存在する反対給付はどの典型的メルクマールをも欠いている。上述の説の意味における債務地は一履行地と混同されてはならないが一取引営業所の地、売主の職業活動の地である)。

58) 前注3参照。

る単なるヴァリエーションをなしている。それによればたしかに原則的に履行地にとどまれるであろうが、双方契約の両義務の一つ（双務契約）に重きが置かれ、したがって全契約の効力について「各契約の種類の典型的（特徴的）給付」の履行地のみになおられている、例えば契約については売主の給付の履行地の法、賃貸契約については賃貸人の履行地、サービス契約については被用者の給付の履行地である。同じことが Neuner, Die Beurteilung gegenseitiger Verträge nach dem Rechte des Schuldners, RabelsZ 2 (1928) 108f., 130/33, の提案 (Oser/Schönenberger, Allg. Einl. N57 で再掲) にも当てはまる。かれらは実質法上の履行地から出発せず、(全部ではなく) 主要事項において、契約全体の場所的重点としての、国際私法の必要性に役立つ、独立に刻印された履行地から、出発している。そのことは実際上各契約態様について特に真意をくみ取られるべきいわゆる「債務地」の確定を目的とする。Schnitzer, IPR 2 S. 639f., 646/48, が「特徴的

給付の法律」(特徴的給付の「債務地」に準拠すると述べるときには、基本的になら新しいものではなく、上述の契約類型定式の発展に従って名付けられた事実 Sache を意味している (Gamillscheg, AcP 1958 S.321/22 をも参照)。

N234 1929年公刊の本注釈書の第二版は、原則的に一般的公式に反対で、上述の小契約分割のみならず大契約分割も取り除いた契約類型公式に賛成した。当時知られていた上述の準備作業を用いて、かつ、契約類型公式を基にして将来の債権契約の為の国際私法の統一の国際的努力がさらに進むであろうという見込みのもとで、この注釈において(1929年)同時にすべての個別契約態様に対してただ一つの法の適用のための具体的提案を行っていた。Allg.Einl. N67-70, N58 参照。個別契約態様に対する提案は N101ff.

(3) 判例一覧

以上の連邦裁判所の主要判例をまとめてみると以下のようなだろう。

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結 (特に指定がないとき) | | |
|--------------|----------------------|------------------------|---|--|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 |
| 1885. 7. 18 | BGE11 I 357 | 分割否定 | 債権的法律行為の有効性と効力は、訴訟地の絶対的に強行的な法律に反しない限り、契約締結時の現実の指定、または当事者が合理的かつ公平に期待し得、かつ期待したはずの国の法律に従って判断される。 | 具体的には、履行地法による。 |
| 1903. 4. 3 | BGE29III260 | | 準拠法決定は職権によるが、法律関係の外国法への服従が形式的に主張されない限り、当事者は内国法に服する。 | |
| 1906. 6. 9 | BGE32II415 | 大分割 | 当事者自治はなく、締結地法による。 | 法律行為の効力と当事者の一方又は双方の義務については、当事者の一致した意思により、また外国法の適用主張がない限り内国法による。本件では、法律行為の成立のみが争われているので、行為地法が適用される。 |
| 1915. 10. 22 | BGE41II591 (前注39) | 小分割 | 推定的当事者意思 | 別段の理由がない限り、各給付の履行地法による 売主〔反訴原告〕の時計及び支払に代えて引き渡された債務証書及び土地の返還については、スイス法によるが、連邦法ではなく、各カントンの法による。 |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | | | |
|--------------|-----------------------------|----------------------------|---|---|--|---|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 | | |
| 1930. 1. 16 | BGE56II38 (48) | Allg. Einl.の批判を認めるが、分割改めず。 | Vischer は、大分割の例とする (RdC1974II, p.54, Fn. 7) | | | |
| 1932. 12. 13 | BGE58II433 | 小分割 | | 推定的当事者意思 売買契約の効力：締結時の推定的当事者意思 (BGE32II297) | 反証が別の推定を生じさせない限り、通例履行地の法である。 | |
| 1934. 9. 18 | BGE60II294ff. | 小分割 (本文 56、89 頁参照) | | 推定的当事者意思 (BGE58II435)：契約の効力について、仮定の当事者意思に代えて、最も密接関連性を初めて援用した。諸事情から最密接関連法を認定 (BGE67III181まで) | 貸付契約・保証契約について、「両契約関係が最も密接な空間的関連性を示すのがどの国かが問題となる。この国の法は客観的に (sachlich) 最も近接した (nächstliegend) 法である、けだし、契約締結者はそれを黙示で準拠法として欲した、あるいは問題の規律をばいずれにせよ準拠法として欲していたと考えてよいからである。 | 連邦裁判所判例によれば、一般的にまず履行地が空間的関係に属する。しかし、本件においては履行地は確定していないので重要ではなく、また始めから確定していたとしても、別段の事情がありうる。貸付契約には裁判管轄条項から準拠法を認定、保証契約については場所的関連性 (保証の本質である保証を行う者の住所、債権者の住所、共通住所の企業間の契約、被告が準拠法条項を含む新契約案を承諾) から認定。 |
| 1935. 6. 19 | BGE61III181 (182f.) (前注 46) | | | 推定的当事者意思 契約関係が最も密接な空間的関連性を示す国の法によるべきである。 (BGE 60 II S. 300ff.)」 | いずれも場所的関連性が認定 (BSE 58 II S. 4)。請負契約は、共通住所の企業間の契約締結地かつ両者の履行地による。保証契約の本来の本質 = 保証を行う保証人の住所と最も密接な場所的な関連性がある (注釈書を引用)。 | |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | |
|------------|--------------------------|-----------------------|-------|---|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 |
| 1936. 6. 9 | BGE62III125 (本文 80 頁) | | | <p>契約締結時の推定的当事者意思 (vgl. u.a. BGE11 S.364, 16 S.795. 27 II 215, 36 II 293, 43 II 228, 47 II 550, 48 II 392ff., 53 II 90, 58 II 435, 60 II 300f. 323, 61 II 182f., 245)。訴訟中に当事者により援用される法は、単なる徴表にすぎない。連邦裁判所自身がこの間に訴訟中の当事者指定によった例もあるが (例え ば BGE 27 II 392, 35 II 231, 126 頁 43 II 668, 部分的になお 49II225)、相当前に、当事者意思は取引締結の時に決定され、訴訟中の指定は、当事者が取引締結の当時に準拠法として望んでいたということの徴表にすぎないという原則に立ち戻っている。</p> <p>準拠法は実際には不変更でなければならない。法律関係はそれに基づいて成立した法により存在するかまたはそもそも存在しない。その存在根拠は事後的に別のものによって置き換えられ得ない。準拠法の変更性はせいぜい、当事者により始めから定められていたであろう場合に考慮されるであろう (BGE 42 II 183)。この点について Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, S.17ff., 20ff., u.35f. 参照。ドイツ法と一致して Lewald, Das deutsche international Privatrecht, S.212. 明示の準拠法合意はなく、推定的当事者意思によるが、判例によれば、圧倒的な反対の理由が認められない場合には、履行地法である。本件では履行地法による。</p> |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | |
|-------------|--------------------------------------|-----------------------|-------|--|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 |
| 1937. 3. 2 | BGE 63 II 42 (前注 45) (本文 60 頁) | ○ | | <p>契約締結時の推定的当事者意思（BGE 62 II 142）</p> <p>係争法律関係が最も密接な空間的関連性を示している国の法が、推定的当事者意思とみなされるべきである。ただしこれが客観的に最も近接した法であるからである（BGE 60 II 300f.）。法律関係の空間的関係のなかで履行地に大きな重要性が認められ……通例履行地の法を（連結概念の性質決定が問題であるので、履行地はそれ自体法廷地法にしたがって定められるべきである。Vgl. Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechtes, 1937, S.55f.）、推定的当事者意思の法と見なすが、それは事情全体に基づいてその法律行為が他の国とさにより密接に結びついていると思われない限りである。原告の係争義務の履行地は……事情全体に従えば当事者の法律関係の重点は、……明らかにドイツにあるので、推定的当事者意思の法としてドイツ法が適用される。</p> |
| 1937. 9. 21 | BGE63II303 | ○ | | <p>契約締結時の推定的当事者意思「係争法律関係が最も密接な空間的関連性を示している国の法がそれと認められる。ただし、この法が通例客観的にも sachlich 最も緊密な (das nächstliegende) 法であるからである。法律関係の空間的関係の間では、その効力が問題とされている限り、履行地に圧倒的な重要性が認められるので、通例、履行地が推定的当事者意思とみなされる。」</p> <p>ただし、事案の諸事情が別の国との関係をより密接であると思わせることがない限りで、であるが。(回避条項)</p> |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | |
|--------------|----------------------------------|-----------------------|---|---|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 |
| 1937. 10. 26 | BGE63II383 | | | 当事者の明示の合意が欠けているときは、係争法律関係が最も密接な空間的関連性を示している法にしたがって判断される、けだしこれが通例客観的にも最も近接した法であるからである。一般に契約はその効力について履行地と最も密接な関係を示しているの、履行地の法によるべきであるが、ただし、事案の書事情が他の国との関係をより密接なものと思わせない限りである（BGE63II43等）。 |
| 1938. 7. 12 | BGE 64 II 346 (349) | | 契約の成立問題は、締結地法による（BGE 44 II 180; 49II73; 59II399）。 | |
| 1939. 2. 24 | BGE65II66 | | | 推定的当事者意思によるが、この法は、「係争法律関係が最も密接な空間的関連性を示している国の法である。なぜなら、これが通例客観的に（sachlich）近接な法（das nächstliegende）であるからである。」 一方的契約においては、だが、主な重点は債務者の義務にあり、それゆえ、最も密接な空間的関連性はその住所の法とある（vgl. 例えば同様な片務的、保証の債務義務について BGE63II308）。 |
| 1941. 10. 21 | BGE 67 II 179 (81) (本文61頁) | | | 連邦裁判所の恒常的判例によれば、債権的法律関係の効力は、この問題について当事者の合意がないときは、係争法律関係が最も密接な空間的関連性を示している法に従って判断される。BGE60II300以来、最密接関連法は諸事情から認定される。 委任契約の義務が典型的に中心となるのは受任者の住所であり、その義務の履行地であるので、その法律関係は同地の法と最も密接な空間的関連性を示している。 |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | |
|-------------|---|--|--|--|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 |
| 1945. 2. 27 | SJ b IR 5(1948) S. 114 公式判例集には未登載。最密接関連法の認定に初めて特徴的給付の債務地にふれる。 (本文61頁) | 契約の成立は、その効力の準拠法当事者関係なく、締結地の法による（64 II 349）。反対意見は、契約関係の分裂をさけるために、成立同様効力についても契約の統一が取扱いが望ましい、とする。 | 統一取扱いの基準としては、最近、係争法律関係について特徴的給付が勧められ、法律行為全体が特徴的給付の債務地に服すべきである、とする。しかし本件では結果は同じなので、一貫した決定はここでも必要ではない。「特徴的給付は売買取引においては売主の給付、商品であり、他方、買主の金銭による反対給付は典型的なメルクマールを一切欠いている。上述学説の意味における債務地—履行地と混同されてはならない—は、売主の営業所、職業活動の地である。連邦裁判所の判例によれば、契約の効力は……この点について当事者の明示の合意がないときは、その法律関係が最も密接な空間的関連性を示す国の法に従って判断される（67III181; 65II80; 63II43; 307, 385）。 | 法律関係全体を……特徴的給付の債務地の法に服せしめようとする場合にもまたスイス法の適用性が問題となる。なぜなら前述のように、これはスイスの被告の営業本拠に存在しているからである。準拠法を定める方法の基本的問題はこの関連性においては決定されないままである。 |
| 1946. 12. 3 | BGE 72 II 405. 411 | | | 特定の当事者意思が決まらないときは、その法律関係が最も密接な空間的関連性を示している国の法が適用される。空間的関係の中では履行地に優越的意義があるので、それ故通例そこで適用されている法が、事案の諸事情から別の国とより近接と思われな限りは（BGE 63 II 44, 307, 385）、準拠されるものと見なされる。履行地は、連結概念の性質決定の問題であるので、法廷地法から採られるべきである（BGE 63 II 44）。 |
| 1949. 3. 15 | BGE75II57 (62) | 契約の効力は、推定的意思 = 最も密接な空間的関連性を示している国の法による。 | | 通例履行地法 |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | |
|-------------|---------------------------------|-----------------------|---|---|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 |
| 1950. 2. 28 | BGE 76 II 33 (36) (本文64頁) | | 保証契約の有効性は、「当事者意思とは関わりなく締結地法に従って判断される (BGE 64 II 345, 46 II 493)。」 | この結果は、……最近の……債権的法律関係の存在と効力は一つの同一の法により、明示の当事者合意がないときにも当該契約の種類に特徴的な給付の債務地の法による支配されるという傾向（この問題について Oser-Schönenberg, Allgemeine Einleitung N.67FF.）;Widmer, Die Bestimmung des massgeblichen Rechtes im IPR, S.98ff., insbesondere S.110ff. ; Schnitzer, Handbuch des IPR, 2. Aufl. Band 2 S.513ff.）を採用しようとも、変わりはない。ただし、この学説の意味における特徴的給付は、一方的に義務を負う契約である保証契約にあり、約束者の保証約束においてあるからである。かつ本件ではこの給付の債務地としては、約束者の業務上の活動と関連しているので、その営業所の場所、つまりチューリッヒが認められるべきだからである。 |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | | |
|-------------|---------------------------|-----------------------|-------|---|---|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 | |
| 1951. 3. 22 | BGE77II83 (本文 62-63 頁) | | | 「その法律関係が最も密接な空間的関連性を示す国の法が適用される。これは、それで、原則的に、統一的にすべての契約効力について準拠される(BGE67III81 並びに 72II411 参照)。」 | 売買についてはこの最も密接な空間的関連性はいはつも売主の国の法を示している、なぜならその給付が典型的で typisch、その法秩序を特徴付け、従って中心を占めるものであるからである (vgl. auch Herzfeld, Kauf und Darlehen im internationalen Privatrecht, insbesondere S. 96, Oser/Schönenberger, Komm. zum OR, 2. Aufl., Allgemeine Einleitung N. 104, sowie Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, 3. Aufl., S. 608)。本件では売主の義務はベルギーで履行され、そこで信用状もまた発行されるべきで、さらに購入価格はベルギー通貨で約束されていたので、原則から離れる理由はなんら無い。当事者が訴訟中に一致してスイス法によっていたことは、その他の事情が別の法の適用を近接しているものと思わせない場合には、何らの役割も演じ得ない (vgl. BGE63II44)。 |
| 1951. 4. 23 | BGE77II86 (92) | | | 債権契約の効力はスイス抵触規則によれば、推定的当事者意思により、当事者意思が明らかでないときは、「その法律関係が最も密接な空間的関連性を示している国の法が適用される。空間的關係の中で履行地に圧倒的な重要性が認められるので、通例、同地に妥当している法が準拠されるものと看做されるべきである、但し、事案の諸事情が他の国との関係をより密接であると思わせることがない限り、である。」 | |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | |
|-------------|------------|-----------------------|-------|--|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 |
| 1951. 6. 26 | BGE77II189 | | | <p>準拠法としては、係争法律関係が最も密接な空間的関連性を示している地の法が認められる。このような視点のもとでは、当該契約の種類に特徴的な給付について圧倒的な重要性が与えられる。それゆえ、通例、その地に妥当する法が準拠されるとみなされるが、但し、事案の諸事情が別の国への関係をより密接と思わせることがない限りである（vgl. BGE72II411、並びに未公刊の1951年3月7日判決 i. S. Häusermann c. Mowag）。売買においては特徴的給付は売主の給付である。売主がチェコスロヴァキアに住所を有しており、そこで履行すべきであったので、それ故、原告の売買価格請求権は外国法に服し、清算の許容性の問題並びに清算の要件についても準拠される。</p> |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | | |
|-------------|---------------------------------------|-----------------------|---|---|---|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 | |
| 1951. 7. 14 | BGE77II272 (本文 61-62 頁) (前注 56) | | <p>契約の成立問題は、締結地法が準拠法とされる (BGE 76 II 36, 73 II 104, 64 II 104, 64 II 349)。</p> | <p>契約の効力については、明示の当事者の合意が欠けるときには、その法律関係が最も密接な空間的関連性 (den engsten räumlich Zusammenhang) を示す国の法が適用されると見ている (BGE 77 II 84)。また、契約分割連結に反対する説は、統一的全体をなしている契約を不自然に引き裂き、したがって契約の締結と効力について原則的に一つの同一の法に準拠させることを説く。そのような統一的債権準拠法としてはあるいは契約の場所的重点、本拠 (Sitz) の法が提案され、あるいは当該契約に特徴的な給付の法 (vgl. Oser-Schönenberger, Allg. Einleitung N.51, 67ff., Widmer, Die Bestimmung des massgeblichen Rechts im IPR, S. 110ff., Schnitzer, Handbuch des IPR, 3. Aufl. Band IIS, 564ff., Raape, IPR, Aufl. S.293ff) が提案されている。</p> | <p>極力、すべての、特定の契約と関連している係争問題をただ一つの法に服せしめるという傾向には、原則的に賛同する。なぜなら、一つの同一の契約関係へ多数の法秩序を適用することが不自然と思われることを除けば、締結と効力の間の限界画定は常に難しく、往々最終審の判決まで不確実な事態が示されており、……法上重要な法的安定性を高度に侵害しているからである。どこまで統一的債権準拠法の努力に個別において許すべきかは、……今日では一貫して決定される必要はない。いずれにせよ……特別の理由が強行的に、例えば締結地の法のように別の法の準拠性を支持するのでない限り、債務関係が最も密接な場所的関連性を示す国の法が適用されるべきことの確定で十分である。契約の効力は、最も密接な関連性が存在する国の法秩序による。売買については、最も密接な空間的関連性は通例売主の国の法を指す。その給付が法律関係にとって典型的であり、それゆえ中心となる。……単なる金銭支払という買主の反対給付はその取引を特徴付けるものではない (BGE 77 II 84, 191)。</p> |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | | |
|------------|------------------------|-----------------------|---|--|
| | | 分割連結 | 契約の成立 | 契約の効力 |
| 1952. 2. 5 | BGE 78 II 145 (149) | | 当事者の合意が欠けているときは、準拠法はその契約が最も密接な領域関係にある国の法である、つまり一般に、その契約が他の国とより密接に関係していると思われな限り事案の諸事情に従い履行地に妥当する法である (RO72 II 410f.; 705 III 61; 77 II 84, 92, 191)。 | 双方契約が問題の時には、判例は、当該法律関係にとって特徴的である二つの債務のうち の 債 務 obligation、例えば 売買については売主の債務を、連結を決めるものと見なす。契約の効力に唯一適用されるのは、この債務が最も密接に関連していると思われる法である (RO67 III 181; 77 II 84, 93, 191) |

| 判決年月日 | 出典 | 債権的法律行為の連結（特に指定がないとき） | |
|-------------|-------------------------------------|---|---|
| | | 分割連結 | 契約の効力 |
| 1952. 2. 12 | BGE78II74ff. (前注48) (本文64頁以下) | リーディングケース：分割を放棄し、推定的意思によらずに、中間的正当性を欠く。すなわち、この地は往々偶然的である。当事者により欲せられた効定式によれば、買契約でそれ故、契約の締結と効力と関係するすべての問題にただ一つの法を適用するのが原則として良い。この法は、当該法律関係が場所的に最密接な関係を有する場所のそれらであろう。 | 契約の一般的分割の制度は放棄されねばならず、それは、契約関係の一体性を人為的に破壊し、履行の訴えや債務不履行損害賠償請求が有効な契約の実効的な締結にこのうえなく係っていることを考えれば、双務契約において重大な困難を招きうる。他方、成立に関わるものと契約の効果に関わるものとの間の区別はしばしば微妙で、最高裁に至るまで不確定であり得、これは、法的安定性を重大に危うくする性質のものである。これに加えて、締結地の確定でさえ、不在者間の契約が問題の時は、争いと不確定性を免れない。最後に、契約の成立に関わる問題への契約締結地法の適用はそれ自体内に、中間的正当性を欠く。すなわち、この地は往々偶然的である。当事者により欲せられた効定式によれば、買契約でそれ故、契約の締結と効力と関係するすべての問題にただ一つの法を適用するのが原則として良い。この法は、当該法律関係が場所的に最密接な関係を有する場所のそれらであろう。 |
| 1952. 6. 10 | BGE78II190 | × | 当事者による法選択がないときは、契約の成立並びに効力は、原則として最も密接な空間的関連性を示している国の法により定まる（BGE78 II 83ff.）。貸付については、大量契約を除き、最も密接な空間的結びつきは、通例、貸付者の住所を指す。けだし、その給付が特徴的なものであり、その所在 Lage が主に危険にさらされているものであり、契約上のその者の地位が支配的であるからである（vgl. Oser/Schönenberger, Komm. zum OR, Allgemeine Einleitung Nr. 117/120; Schnitzer, Handbuch des IPR, 3. Aufl., Bd.II S. 623/4; Herzfeld, Kauf und Darlehen im IPR S. 74ff.）。しかしながら、具体的事情からは法律関係の別の国との空間的結合は密接たり得る。連邦裁判所最近の事件で（Armenrechtsentscheid v. 20. Mai1952 i. S. Hirschler c. Vidoni）、貸付時の貸付者の住所を規準としなかった、なぜなら当時両当事者は、当該国を去ることを決意していたのであり、同時に、少なくとも借主の将来の住所が分かっており、そこで貸付の返済も行われるべきことになっていたからであり、それ故、この国の法が準拠されるものとみなされていた。 |
| 1953. 8. 31 | BGE79II295 | 契約の成立にも、当事者自治、特徴的給付 | |

(4) 判例概説（主に客観的連結について）

BGE62II125 (1936. 6. 9) は、債権的法律行為の効力について、連邦裁判所判例に従いながら、契約締結時の明示又は推定的意思による準拠法によることを宣明し、かつ事後の準拠法の合意を認めていない。そして、この点について、Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, S. 17ff., 20ff., u. 35f. 参照。ドイツ法と一致して Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht, S.212 が引用されている。

すなわち、本件では当事者による明示の準拠法合意はなかったので、推定的当事者意思に従うが、「それは、判例によれば、別段の圧倒的な理由が認められない場合には、履行地法である。その場合には、当事者が訴訟中に別の法を援用する様に見られる事情は必要なく、この推定を殺ぐような徴表で十分である (BGE47II551, 48II293, 60II323)」。しかし、訴訟中の当事者指定としてのさらなる反対の徴表は本件では存在していない。したがって、履行地法に留まることになる。なにが履行地かは法廷地法に従い定まる（多数に代えて BGE44II417)。」

興味深いのは、この判決で引用されている2つの文献で、まず、Homberger は、17頁で、契約の統一的連結を擁護しながら次のように述べる。「裁判官はできる限り一つの契約へ統一的な法を適用し、特に一つの契約の関連している効力は異なる法に従って判断されるべきではないということである。その際、履行地の原則を、少なくともスイスの裁判所によって用いられているような意味において、決して、放棄する必要がない。どの契約も、その契約に特徴的である、一つの典型的給付を有している。それは、例えば売買については物の譲渡であり、雇用契約については有償の労務給付である。この主要な債務を取り上げ、すべての契約の効力をそこに妥当している法に服せしめるとしよう。それによってその関係に対して、一つの同一の契約から生じる効力に対して異なる法を招致するよりも押しつけは少

ない。当事者意思はきっと、契約の単一性を破壊し、実際上困難をもたらす異なる法へよりも、この主たる履行地の法の法へ向けられている。」

さらに「第3章 当事者意思による法適用 §4 連邦裁判所の実務」において、次のように述べている点である。「当事者意思にしたがい準拠法は定まるといふ原則は、国際的契約関係においては連邦裁判所実務の中心にある。履行地法は、最近の実務では大きな意義を勝ち得たが、しかし、今日においても、当事者意思の法と並んで同等の意義を有してではなく、履行地法が当事者によって欲せられた法である旨の推定の力により、それによって適用される。

別の点でも原則的意義を勝ち得た判決 BGE11 363 [1885. 7. 18] において、連邦裁判所は初めて当事者意思による原則を認めた。訴訟地の絶対的強行的法律を留保して、かくして言われているのは、契約は『当事者が取引締結の際に準拠すると真に認め、あるいはその適用を合理的にかつ平衡に期待することができた、かつしなければならなかった法に従って審査されるべきである』と、『主導原則』として、BGE16 795 においてこの文言が繰り返された。1894年の判決はこれとの関連においてはすでに裁判所の [恒常的判例 konstante Praxis] として引用した (BGE20 410 [1894. 9. 28])。

それを実質的に変更しないが、いささか違った表現が、BGE20 II 970 [1894. 10. 26] にある。『法律行為の当事者意思に委ねられた効力は、その適用が、取引の信義則、合理的当事者意思に合致している法に服する。』と。ここですでにその原則が法律行為の効力へ意識的に限定されていたかは、疑わしい。いずれにせよ、この限定はすでに翌年 BGE21 I 191 [1895. 2. 15] で認められた。『その存在と効力が問題とされる法律事実はそれゆえ当然にかつ当事者の合理的推定的意図にしたがってスイス法の支配に服する』。後に、この観念にはさらにより明確な表現が与えられた。契約の成立の問題については、当事者意思は全く依拠されないことは、BGE32II415 [1906. 6. 9] で判示され、その見解は

明示的に BGE46II490 [1920. 12. 14] で認められる。]

以上で見れば、契約の効力について明示の準拠法指定がない場合の契約準拠法の決定は、裁判官に委ねられ、当初は、判例は、推定的当事者意思によるが、これは原則として履行地となる (BGE 62 II. 125 [1936. 6. 9] 参照)、すなわち Savigny のいう「任意の服従」に相当する推定的当事者意思にその根拠を有していた。ただし、Savigny のようにア priori に意思を措定するのではなく、諸事情から客観的に履行地を認定しようとする方向へと動いてゆき、やがて BGE60III29 [1934. 9. 18] においては、まずは最密接関連性によるが、その根拠を推定的当事者意思に求めるので、履行地も一つの事情にすぎなくなる。従って BGE63II42 [1937. 3. 2] においては、場所的関連性を問題とし、履行地をなお重要な連結点としながら、密接関連性による限定を付すことになる、すなわち密接関連性が回避条項的な役割を演じることになる⁵⁹⁾。1945年2月27日判決は、契約の効力については最密接関連性原則のいわゆる中間定式を用いながら、「特徴的給付」の連結へと移るが、Homberger はすでに中間定式によることなく、統一の連結のために、当事者の推定的意思に仮託して、典型的な給付、特徴的給付を対象に、それを連結する方法をとっていた。特徴的給付の考え方は客観的連結自体よりも、統一の連結に由来する考え方であることが分かるであろう。特徴的給付は、Schnitzer において、中間定式と結びつき、根拠づけられるのである。

やがて、BGE77II183 (1951. 3. 22) は、小分割をやめる立場から、中間定式を契約の全効力に採用し、同時に特徴的給付理論を採用する。契約の効力の統一の連結のために、典型的給付、特徴的給付に着目し、それを中間定式により連結する。ただし BGE77III86 (1951. 4. 23) では、特徴的給付が最も密接な関係を有する国の法へ連結し、もはや当事者

意思の推定はその根拠としても、また、具体的連結の方法としても用いられず、当事者意思を離れた客観的場所的関連性が問われることとなる。BGE77II271 (1951. 7. 14) は分割をなお維持しながらも、法律関係との最も密接な空間的関連性を連結の基準とする。しかしここでも典型的給付、特徴的給付は、統一の連結の手段として用いられている。Schnitzer は、客観的連結の手段としては最密接関連性を基準とし、しかし諸国の債権法において統一のありうる機能的連結を採用した。すなわち債権法においては、経済的機能に主として着目して連結を行えば、資本主義社会では経済的機能が国際的に統一に捉えられることとなろうからである。なによりも、最密接関連性の具体化、特に最密接関連性の評価対象の特定及び最密接関連性の判断の具体化により予見可能性の確保に努めた点で功績があり、債権法を超えて一般的連結方法としての最密接関連性を基礎づけた点が注目される。この点は後に又ふれることとしたい。

5. Schnitzer, HBIPR 4. Aufl (1957), S.45ff.,633ff.

Schnitzer の国際私法論の代表作として参照されることも多い著作であることに鑑み、重複をいとわず、できるだけ原著どおりに以下紹介したい。

(I) 一般的連結論

(i) 現代理論の基礎

伝統的な図式的構成、ア priori な連結ではなく、現実には存在しない孤立した人間像ではなく現実の社会的ゲマインシャフトの中の間人間関係を対象に、当該 TB⁶⁰⁾ がどの生活関係の中に根を下ろしているかを問題とする。その前提として、まず、TB メルクマールのすべてを吟味してすべての事実により存在する連結点を調査する。もっともサヴィニーの前提とする有機的な国家観を前提とする法抵触と異なり近代的な主権の抵触が問題となりうる渉外的法律

59) 推定的当事者意思とみなされる、最密接空間的関連性を有する国の法のために、法律関係の重点の所在を問題としている。すなわち「事情全体によれば、当事者の法律関係の重点は……明らかにドイツにある……」。

関係において、様々な連結は生じうるが、その異なる準拠法における実質的取り扱いが平等であるので、結果においてなら主権の抵触はなく、したがって抵触規範よりもむしろ招致規範(Heranziehungsnorm)という名称の方が妥当であると考えられる。

その方法は、準拠法を定める連結点による間接的なものであり、国際私法はこの配分の鍵の機能を有する。

もっとも直接的に内国法の適用を命じることでもでき、涉外実質法もあるが、国際私法による指定、招致の方がましである。

特定の内外法の適用を定める、一方的抵触規定は不十分で、仏民3条、ドイツの民法施行法の一方的規定は、双方化される。

事案の処理において、涉外実質法もその一つである[正しい法]を援用する配分機能が国際私法の核である。そのために準拠法の基準となる連結点を定めるのである。

(ii) 連結点の評価

連結点の選択は評価の問題で、全体としてみれば価値判断であり、主観的要素を完全排除はできない。法の形成に影響する経済的、宗教的、政治的事情の観察が必要であるが、全体的観察も肝要である。連結点の評価は法の実質法的判断に依存しているので、TBについても、この実質法的立場の、時代と場所における経済・社会・政治的考慮による変遷に応じて、アプリアリな連結点に固定せず、それぞれの状態にふさわしい対応が要請される。従って、第1に、TB要素の客観的調査がなされるべきで、その多様性を確定しなければならない。

第2に、特定の法秩序への配分(Zuordnung)は主観的評価要素を含む。しかし恣意的判断を避け、国際的TBを個別の法との結合関係においてとらえ、かつTBの特性に応じた配分を行わなければならない。要するに誠実に、自国法優先、特定法への主観的反感という一方的偏見を排する学問的態度を貫くことである。因みに価値判断には一定程度の主観性が含まれており、パスカルの言うように正義も場所により異なり、それぞれが正当である。

生活の無限の多様性に即するために、連結点の評価には硬直した規則を作らないこと、例えば締結地も法律行為がその国の経済と内的関連を有するときは重要であるが、偶然である時は重要ではなく、柔軟に決められる。しかし予見可能性を保証するために、管轄権および法適用について容易に認識できる規則は必要で、各ケースに適した解決という柔軟な基礎とのバランスを取り、国際私法の最もうまい(die günstigste)法形式を見つけるべきである。

(iii) 特徴的給付の法律の理論⁶¹⁾

Savignyは法律関係の本質を調査せず、アプリアリに連結したが、特定法秩序に規律された人間の共同生活とTBの機能的関連性、すなわち、文化的・経済的、それ以外の内的関連性が重要で、それを調査する必要がある。

「私の国際取引・手形小切手法のハンドブックにおいて試みたのは、この関連性を商事債務のより狭い分野について述べることである(特に、S. 211ff., 230ff., 280ff.)。同じことが、契約債務一般について当事者自治に関する研究において求められた(SJZBd. 35, 1938/9, 305ff., 323ff.)。外部からある体系をTBの吟味に用いてはならず、内部から、法律

60) Schwind, geistige und historische Grundlagen des IPR, Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften philosophisch-Historische Klasse 1959, S. 93-113は、その98頁において、Tatbestandについて次のように述べている。

「外国法が適用を見るべき、法秩序により画定された、この生活領域(Lebensbereich)において、すなわちいわゆる‘Tatbestand’または指定概念(Verweisungsbegriffe)において、述べたように、特定の法秩序とその結びつきがある法秩序が具体的ケースで適用されるべきかを決するべき要素が含まれているべきである。それを連結素と呼ぶ。TBにおいて特定法秩序への配分(Zuordnung)を決する基準が含まれているという認識もまた最近の出来事である。数世紀も一後に示すように一実質規定に、その場所的妥当領域に関する言明を得ようと努めてきた。」

61) HBIPIR, 4. Aufl. (1957) S. 52。一般的連結論であるにもかかわらず特徴的依符の法律の理論(Die Theorie des Gesetzes der charakteristischen Leistung)と題されているので、原文どおりに取り上げた。

関係の本質に適合した規範を見いだす「Eigengesetz」を見つけなければならない。法的に評価されるべき複合体の核は偶然のもの、外的なものの中にあるのではなく、それに典型的であるものの中にあるのである。例えば、商事債務にとって特徴的である (kennzeichnend) のは、取引活動が行われることである。取引の基準は、経済学者が教えるように、ある需要を満たすためにある財貨を用意することであり、そのために必要な付随的活動、財貨の持参 (運送)、貯蔵、保険等を行うことである。典型的な給付は、それ故、売却、運送、貯蔵、保険である。個々の法律行為があちこちで締結されようが、顧客の国籍及び住所が様々であれ、それは法律関係の変わらざる核であり続ける。法律関係はそれ故、取引の本質と最も密接に関連する給付が引き受けられる業務上の営業所の生活圏に機能的に属する。売主、運送人、貨物預託人、保険会社の営業上の営業所の地の法がそれ故適用されるべきである。」

「連結点の評価の目盛りは、国際法から得られるものではなく、また、一存在しない—普遍的に拘束力のある私法的 TB の涉外法からでもない。またアプリアリに私法的 TB の統一体系により定められるものでもない。むしろ、どの国際的 TB も法的に具体化されるべきであり、その特徴的内容に従い、特定法秩序に配分されるべきである。それによって、国際私法の規律は、法的現実の多様性に即するために、十分に柔軟であり、また同時に、規律されるべき生活関係に内在する原則に基づく解決にたどり着く。確かに、それによって、国際私法全体において絶対的に統一的な法制は実現されることはない。なぜなら、それについて、様々な法秩序が本質的な関連性について様々な見解を有している法律関係があるからである。その様な事例において主観的に様々な評価が出てくるが、これは、歴史的展開及び、文化的、経済的関係の相違における客観的根拠に基づいている。その様な事例では、様々な評価も私見では正当化されている。けだし、われわれは、抽象的規律を行いたいわけではなく、具体的生活関係を適

合的に、従って、正しく (richtig) 規律したいのである。しかし、法の広い範囲の場面で、特に、経済法全体の極めて重要な分野で、法律関係の特徴的内容の法律がそれぞれ適用される時には、統一的規制が達成される。同じことが非商人の職業活動、例えば弁護士、医者、建築家の非商人的職業活動の行使についても妥当する。その者の活動が法律関係を特徴付ける。すなわち、依頼者、患者、顧客は、支払うが、法律関係を特徴付けない活動である。

国際的な TB を各国の法によって規律することが必要である限り、法律関係がその特徴的内容にしたがってその生活圏へ最も密接な関係 (Fühlung) を有する法を援用することが、相対的にベストな解決である。けだし、それは、法律関係を具体的にかつその総体においてみることなく、TB 要素または連結素にアプリアリに連結するのとは違って、真に、法律関係の本質から生まれるからである。ある TB の個別の要素の分析は、役に立つかも知れない。しかし、それについて統合を忘れると、それはその価値を失う。「概観 (Zusammenschau Synopsis)」のみが典型的なもの、特徴的なもの、法律関係の規律がどこにあるのかを認識させる。各論においては、個々の法律関係について、この新たに得られた認識から、事案を解明する。それによって、債務関係の法における統一的把え方の分裂にもうまく対処することができよう。けだし、当事者の個別の給付に別々に連結することに代えて、どの給付が債務について特徴的であるか (kennzeichnend) を調査する。それによって、特徴的給付の法律のもとで法律関係の統一的服従 (Unterstellung) に至る。」

(iv) 正しい法の基礎としての連結点の相対性理論 (die relativistische Theorie) (168頁以下)

「これまで述べたことから次のような確認を可成とする。

国際私法は、国際的な私法的な TB の法である。それが同一国家の法的主権の中で全てが起きていないか効果を生まないときに、TB は international である。これは、人的高権及び領域高権の権限の範囲

を越えて及び、TBがinternationalであるのは、外国人がそれに関与しているとき、または、それが国家領域の限界を超えて作用するときである。

そのようなTBについて、それが通常の内国(einheimische) (内的(interne))法により正しく(適切に(adäquat)) 整序されてるかという問題がその都度提起されなければならない。けだし、内国法は一国的な(national)生活関係に合わせて作られているからである。国際的TBはそれに対して、**外国的要素**を有している。それにもかかわらず内国法が相対的に最も適切であるのか、あるいは渉外事案に対する特別法が(各国法秩序の)国家法体系の側で形成されるべきか、あるいは外国法またはどの外国法が相対的に最も適切であるものとして適用されるべきかが、検討されるべきである。

この問題に対して、**国際法**は現在何の解答をも与えていない。それはせいぜい、その枠内で個々の国家の法秩序が、国際法違反で行為することなく、それをもってその命令の域外効を失うことなく、国際私法を形成しうるか、という枠を提供しているにすぎない。この枠の中では、その国際私法を特定の原則に従って形成する義務は無い。また、これを一つの原則に従ってアプリアリに規律することが、生活関係の多様性に即することもない。それ故、**条例理論**は、人法と物法の定型的な分類に失敗した。だが、それ故、さまざまな生活関係を一貫して国籍主義や属地主義で規律しようとする、十九世紀の企てもまた挫折した。同様に、TB要素を分析し、アプリアリに定められた要素へ、さらに時に純粹に**外的なもの**へ、法適用を連結することは、個々の法律関係の本質にも即していなかった。TBの分裂は、統一的なTB(生活関係)の取扱いの分裂をもたらしてはならない。

むしろ、TBの慎重な確定はその人的及び客観的要素において行われるべきである。様々な諸国の法秩序の生活圏への、**真の、擬制でない、人的および空間的關係**が解明されるべきである。法律関係が具体化されるべきで、TBの分析の後に、総合

(Syntese)が生じなければならない。全体的把握(Gesamtbetrachtung)は、どの法圏とTBが相対的に最も密接な関係(Fühlung)を有するかを明かにする。そのときに、連結点の評価がアプリアリに確定しており、**外的観点**によるのではなくて、**具体的法律関係の特徴的内容の確定**によって行われる。この内容が機能的に結びついている法が、TBを秩序づけるために援用される、けだし、それは、その生活圏に生じる生活関係を規律するよう作られているからである。

条例理論、法律関係の場所づけあるいはアプリアリな国籍、住所、締結地、履行地への連結に代えて、**具体的な法律関係の特徴的内容の法律の支配**が出てこなくてはならない。何が法律関係の特徴的内容かについては、特に**経済法の全分野**での客観的検討がすべてのカテゴリーと個別事例の多数において**統一的结果**をもたらす。ここでつまり**具体的事例の取扱い**に対する健全な基礎がある。その判断は、空間と時間(Raum und Zeit)において**不変**ではない、けだし、それはそれぞれの**社会学的状況**から行われるからである。連結点の評価はつまり**相対的**である。課題は、その評価をそれぞれ**社会学的事情**に即する様に行うことである。

我々は今日アプリアリな連結の時代にいる。私が**連結点の相対主義的(relativistisch)理論**と呼びたい、新しい時代は、**正しい(richtiges)法**をそれぞれ確定することとなる。」

(v) **自律的連結(die autonome Anknüpfung)**

伝統的な人的高権、領域高権から連結点を考えると、**主権の抵触**がそのメインテーマとなるが、Savignyはすでに法律関係を連結の中心に据えた。Schnitzerも主権の抵触ではなく、**国際的TB**をその固有の態様に応じて分類し、**正しい法**が何か、具体的には法律関係の特徴的内容に応じて連結を考える。そしてその具体化のために、TBと法との**機能的結びつき**を明らかにする。その場合に、古くなったアプリアリな連結を克服する手段として、**場所的結合**につきない、**自律的連結**を提唱し、①**当事者意**

思、②法廷地法、③機能的連結をあげる。①は債権法では重要であるがこれは法と人的関係によってつながっているのではなく、人の服従意思、法選択による者で、人的、領域的結合がない場合にも選択が可能なのである。②は、TBの人的関係による結合を前提とするものではなく、外国人に対しても、また公海上の出来事に対しても、つまりTBが法廷地法と全く場所的關係を持たない場合にも適用される。③は、特定の空間的あるいは人的連結それ自体が基準となるのではなく、TBの機能的内容に応じて配分するもので、準拠法は、法律關係の機能に応じて決まるのである。「当事者意思、法廷地法、取り扱われるべき法律關係の機能へ、という3つの連結は、自律的連結という暫定的名称へまとめられる、けだし、それらは人的または領域的高権に由来するものではないからである。それらは、単純に領域高権や人的高権から法適用を引き出す従来の方法を越えている。国際私法を純粹に外的な連結あるいは連結の定めにおける混乱した不安定不確定さの不満足な今日の状態から救い出すために、何時かひょっとすると法統一によって美しいまま死滅しうるまで、その様にある道が示される。」

①②については、「奇妙なことにこれまで十分に認識されていなかった」ものではあるが、別のところで紹介することもあるので、以下③について紹介することにしよう。

「当事者意思への連結、法廷地法の適用は空間的及び人的連結の観点によらずに法を援用する可能性を示す。当事者意思は、管轄権ある法秩序が、特定の法の適用を実行するに何ら明らかな利益を有さず、それ故その案件をその裁量により規律することを当事者に委ねているときには基準となるとされる。法廷地法の適用はそれを正しく制限するときは、便宜とか内国法の国家的優先にではなく、そもそも法により判断する必要性に基づいている。これら二つの例は一般に純粹に空間的及び人的連結の観点から離れること、ある法秩序へのTBの機能的連結を基本的に提案することを正当化する。すでに条例理

論及びその克服後も普通であったし、今日なおしばしば好まれるアプリオリな連結の批判において、この点について一般的な指針が展開されてきた。すべてのその要素の評価のもとでTBとある法秩序との最密接関連性を見つけることが、新しい見解をもたらすのである。法律關係の特徴的内容及び債務法において、特徴的給付の債務地による場合には、連結の一層の具体化」となることが、幾つかの例で論じられる。

「機能的連結は広く例証される。ドイツ語の表現 *Kindesannahme* あるいはスイスで用いられた表現 *Ankind* が明確に示すように、養子縁組の親子關係を創出するという趣旨もそうである。つまり相続権を導入することはこれらの制度の趣旨ではなく、むしろ、法律關係の創出の付随的 (*eventuell*) 効果にすぎず、因みにどの法でも全く必然的ではない。養子縁組の正しい機能的考察からは、相続準拠法は、養子縁組がその法から許されるかを検討しなければならないのではなく、養子縁組の準拠法にしたがって有効に行われた *Kindesannahme* (常に公序の制限内で) を認めることとなる。

死亡宣告の趣旨は、公的死亡証書の欠如に代えることである。このようにして遺産の処理、生き残り配偶者の再婚を可能とし、また、そこから後見法及び養子縁組の規律における効果が引き出される、子どもが孤児であることの確認が可能となるのである。

当局の死亡証明書は、死者の住所または国籍にかかわらず、死亡した場所で発行される。死亡宣告についても死亡地がまず既定の連結となろう。しかし、それは屢々確定できない。残された者にその案件の規律を可能とすることが死亡宣告の趣旨なので、法秩序は合目的的には、死亡宣告に管轄ある裁判所にアクセス可能とするためにまた別の連結を許すので、最後の住所地あるいは居所地の裁判所、または本国の裁判所、または近い親族が問題の時は申立人の居住地の裁判所がある。最後に、死亡宣告が、被相続人の特定の財産を存続人に対して処分可能とす

ると云う目的のみを有するときは、その地区に財産が所在する裁判所を、この財産への効果を伴う限定された死亡宣告を下すための管轄あるものと宣言することもまた趣旨に即している。

債務法からは、現代金銭法を指示しうる。ここでは、制定法による規定があるかあるいは準拠法として通貨の法を用いる判決がある。この連結一般が適切でないにもかかわらず（この点について後掲債務法の金銭法の章を参照）、法律の属地的効力範囲や当事者の国籍、住所によらずに連結する可能性が示されている。その様なケースでは、ある国の通貨システムが合意により用いられるときには、通貨の保護のために、その法律が常に適用される。それは機能的連結である。さらに例えば、解釈上争われているブレトンウッズ条約の規定（8条）は、しばしば、当事国の裁判機関が判決を下してはならず、一当事国の為替規定が侵害されるような判決を執行してはならないというように解釈される。この場合には、当該通貨が契約準拠法かどうかは決して問題にならない。

適応の節の叙述は、定められた連結は正しい法の不完全な表現に過ぎないことを示している。多数の事例ではそれで充分である。しかし、例えば寡婦に有利に財産法的規定を使うという考えられた規律の機能が二国の規定の瑕疵ある協働により満たされない場合には、法理念から正しい規律が行われなければならないのである。

このように考えれば、素朴な物質的な観念にこだわること、つまり、ある出来事を常に一つの法へ服せしめるということは克服される、なぜなら、なんら内的関連性が存在せず、したがって法律関係の機能的分類が失敗したときでさえ、より外形的な連結があったからである。」

(vi) 二重機能性 国際法における二重機能性の議論を国際私法に持ち込むべきか。

「法律関係の連結がその機能的結合に従って行われるときには、この関連で、最近の国際法上の見解を指摘すべきである。これによれば、国家機関は、

国際的 TB に関わる際には、本来国の制度としてではなく、存在しない国際的機関の補充として作用する。それらは二重の機能を有する。この考え方を国際私法に持ち込もうとしてきた。国際法と国際私法の中に、両方とも普遍的基礎を有し、両方とも国際的 TB を規律し、したがって両方とも各国法に対する国際法の優位性の結果、その任務を、国際的 TB を国際法共同体の意味において秩序づけるという方向で捉えなければならない、二つの法分野を認めようとするものである。国際私法の今日の混乱した状態は、一層これによることで、できる限りすべての国の間での拘束力ある約束により克服され、少なくとも、国際的 TB の統一的法的取扱いをこの精神においてもたすために、最上位の国際的裁判所が創設されるべきである、という。

この理論には、既存の法と望ましい規律の間に、さらに社会学的と法律的考察の間に、十分にシャープな境界を引いていないのではあるが、確かに一つの正しい点がある。国際私法の趣旨は、国際的 TB を秩序づけることである。それ故、その取扱いが国家的機関に課せられるとしても、国際的要素が尊重されなければならない。既述のように、それが一方的に法廷地法を優先するときには、国際私法の精神に反するのである。上述の国際私法を専ら領域高権及び人的高権の観点からのみ考察せず、当該法律関係の機能に応じてこれを客観的に個別国家法秩序の一つに配分するという見解は、二重機能性の理論と、国家機関は、それが国際的 TB を取り扱うときには、精神的に、国際法共同体に結びついていると感じるべきであるという点において、見解を同じくする。

我々ここでは存在しない若しくはまだ存在していない超国家的な国際私法の法制から出発するのではなく、立法、司法、行政が、国際私法において、各国の事項であるという既存の状態を前提としている。しかし我々も、国際的 TB が国家法によっては適切に規律されないことには常に思いを致すことを要求する。条約上の規律が、下されるべき決定の基礎であるときは、当然、それだけ、一方的な国によ

るその適用における解釈と運用が遵守されてはならない。」

(vii) 法的安定性と法交通の容易化 (円滑?)

「国際的 TB の役に立つ規律においては、最後に、国際的 TB について国家的 TB よりはさらに重要な 2 つの一般原則を考えなければならない。すなわち法的安定性と法交通の容易化の顧慮である。法が秩序付けの原則であれば、この秩序は実際的でなければならない。

法的安定性に属するのは、法状態の可視性である。確かに内部的には、所有権留保は売主と買主の間で合意されることで充分である。しかし、所有権が信用 Kredit に対する基礎であることを顧慮すれば、所有関係が目に見えるという利益が存在する。それ故、法秩序が登記を行えば、所有権留保を援用しようとする地域へ目的物が持ち込まれるときにこれへの登記が要求される。

法交通の負担軽減のためには、特に迅速に済まされなければならない事が問題となっているときには、これに検査を課さないことが必要である。つまり機能的に、本国が個人の成熟を最もよく判断したという措置において、行為能力は国籍の法に服するとしても、やはり、日常の交通においては、顧客にその国籍や住所を尋ね。それから、その者の行為能力の法的検討に立ち入ることは、可能ではない。行為がなされる場所の法に従いその者が行為能力があるということによしとしなければならない。ここに NAG 7b 条、EGBGB 7 条及びこの規定に倣ったすべての他の規定に応じた規定の基礎がある。商事会社との交通においては、内外の商業登記により証明されるある機関がどのような権限を有しているかに信を置くことができなければならない。個別事案では、商業登記から認められていない権限の制限が生じたかを吟味するに及ばない。手形法では、権利外観法理が働く。権利は、流通に定められた紙について、証明されないあるいは特に迅速に証明され得な

い契約の基礎が必要である。

最後に述べておきたいのは、本章の趣旨は、TB の外的要素への連結は国際私法の趣旨にそぐわないということ、法律関係の機能的結合を認識し、それにしたがって TB を分類するために、それぞれすべてがなされなければならないということの証明である。

この検討を国際私法における問題と個々の事例の検討の基礎に置くと、過去の誤りが避けられ、健全な解決が得られる。外国法及び反致の適用、適応、認められるべき当事者自治の範囲が問題となろうとも。これまで非常に軽視されてきた国際管轄権の秩序もまた、配分にとって法律関係の機能的重要性が基準たるべきであることが自覚されるときにのみ、得られうる。常に求められるべきは、どの法圏へ TB がその特徴的内容にしたがって属しているかである。それをもって、外的要素への連結が克服される。Savigny が既に視野に置いていた、TB を法律関係の本質に従って配分するということが達成される。今日の学問の状態は、感覚により認められる空間への連結からますます離れることを許している。掴みうる物ではなくて、提示された法関係が問題になるときに特に要請される。精確な学問が今日、世界像を外的に、外観的に anschaulich にではなく、より鋭く把握するように、社会科学もまたその中でも法学は、人間的関係のより深化した見解に挑まなければならない。」

(2) 債権法における連結論

(i) 当事者自治 当事者自治については、前掲の諸論文で展開された立場、すなわち当事者自治の許容性およびその範囲は、客観的準拠法によるを原則とし、法廷地法によっても制限を受けるという主張が述べられているが、Moser は、第 4 版の書評において、次のように述べ、結局、実務においても、学説においてもこの点は受け入れられなかったことを確認している⁶²⁾。

62) Moser, SJZ 54 (1958)、S. 141-142.

「特に当事者意思への連結に関しては、一部は総論で (Bd.I S.170f.)、一部は国際債権法で (Bd.II S.627f.) 述べられている。Schnitzer は、(すでに SJZ1953, S. 383f., Jg. 49, S. 285f. 及び Festschrift für Hans Lewald 1953, S. 383f. においてのように)、当事者側の法選択を Lex fori によるほか、客観的に定められた法秩序によっても授權せしめること、すなわち、これら両方の法が同意するという条件でのみ許すことを提案する。筆者の見解によれば、しかし、これは「当事者自治」の運用において無意味な紛糾をもたらす、論理的にも正しくない。なぜなら、[本来] 準拠される法秩序は実効的には全く存在しないからである。当事者意思は、(明示又は黙示で) 存在する場合、常に TB にも属しているので、Schnitzer が法選択の許容性を係らしめようとする客観的準拠法は、純粹の無因の存在 (Abstraktion) である。連邦裁判所はいずれにせよ (BGE79II300 の 1953 年 8 月 31 日判決で) 明らかかつ明確に [指定契約] を Lex fori にのみ服従せしめており、余程のことがなければ私見ではこのやっとなされた明瞭性をすてるべきではないだろう。この点について、Niederer, Einführung, S.193 und 197 参照。指定契約の代わりに招致契約という、Schnitzer の提案は (Bd.IS.176/77)、現在の連邦裁判所の用語例から見て同様に適当ではない。」

しかし、既に前注 14 で述べたように 1968 年においても Schnitzer は当事者自治の許否・範囲を原則として客観的な契約準拠法によらしめる見解を改めていない。そしてさらにいう。

「長い間準拠されてきた客観的理論が今日立法および学説、判例において広く、当事者意思に準拠法の確定において優先される傾向があることは、もちろん黙しておかれるべきではない。それによって判例は、そのビジネスの実行においてできるだけ自由

でありたいという商人の希望に歩み寄る。しかし私見によれば、それが当事者意思が原始的法源であるという誤った見解をもたらしてはならない。我々の見解は当事者意思に対する敵対的な立場の表明ではない。準拠法秩序は当事者意思を法秩序が望む範囲で許すが、決して忘れてはならないことは、このことは、準拠法秩序に属する法政策的決定であるということである。今日よく使われる言い回し、すなわち抵触法上の指定契約の問題である、は、それも管轄権を有する法秩序により規制されなければならないということを法的には何も変えられないのである。どれが準拠法秩序であるかという問題においては、今日、法選択の許容性についての決定は、法廷の法に委ねるべきという傾向が続いている。それによっていずれにせよ法選択はある法秩序に係らしめられており、どうでもよいことではなく、主権を有する法源として承認される。しかしながら法廷はこのようにして、ある一点から連結問題の全体的判断を先取りし、抜き取りすることになろう。法論理的には、それゆえ、法廷がまず一般的に、どの法秩序が、特徴的給付の原則に従ってかつその機能に従った法律関係の分配の原則に従って事案を判断しなければならないかを検討し、それから管轄権を有すると決められた法秩序が具体的な法選択が許すか、どの範囲で許すかを一般的に検討する場合により正しいものとなるであろう」。^{63, 64)}

(ii) 客観的連結

債権的法律行為の連結論、ことに当事者による法選択がない場合の準拠法決定について、最密接関連性の理論 (633 頁以下) は以下のとおりである⁶⁵⁾。

連邦裁判所は他の証拠が別段の意思を立証しない場合にのみ履行地への連結を認め、やがて当事者意思の客観化を進め、契約関係が空間的に最も密接な関連性を有する国の法によらしめることで、

63) Schnitzer, Die funktionelle Anknüpfungen im internationalen Vertragsrecht, in Festgabe für Schöenberger (1968), S.402f.

64) 注 30 準拠国家法秩序が、ある事件において仲裁を許す場合、その法的取扱いについて、法的審問権が保証され、適正手続の基本的要件が保障されているというコントロールを除き、手放すことになる。そうであるとする、法適用に関する無関心さもまた認めることができ、かつ、この理由から仲裁裁判所が当事者自治の許容性と範囲を定めることを許すことができる。

Savignyを越え、BGE60II294 (1934. 9. 18) で明確にこれによった。すなわち、契約者が準拠法を考えていたとしたら黙示的に準拠法としようと考えた法、それゆえ客観的に最も密接な法を導入したのである。

「スイス連邦裁判所はまず履行地連結への絶対的拘束から解放された。最初は、若干の判決は、他の証拠が別段の意思を立証しないときにのみ、履行地は通例基準となるとした。それは、履行地のみを定める代わりに、TB 要素の一般的検討をもたらした。かくて、履行地は場合によればまだ1つの重要な空間的連結点となったが、排他的連結点の地位を失った。裁判所は、むしろ、当事者が契約締結の際に予定していた法を調べることを求めた。裁判所の見解

によれば、これは、その適用を当事者が理性的に期待することができかつしなければならなかった法である。つまりそれをもって、もはや具体的な当事者の意思ではなくて、当事者の合理的 (vernünftig) 意思を探求したのである。一種の当事者意思の客観化が登場する。それにしたがって、裁判所は、どの国と契約関係が最も密接に空間的に関連性を有するかを問うのである。この考え方は、BGE60II294 (34. 9. 18) で最も明確に表現されている。すなわち、この国の法律は、それ故、契約者が、その問題の規律に思い至っていたときには、黙示的にそれを準拠されるものと欲していたであろうこととされるが故に、客観的に最も密接な法である⁶⁶⁾。

連邦裁判所は履行地の相対的重要性の明確化に

65) Schnitzer は、その前に次の説明を加えている。「フランス破産院は、問題の満足のゆく取扱いには至らなかった、なぜなら、真の、推定された、擬制された意思が問題となろうとも事実審の確定に拘束されていたからである。ドイツライヒ裁判所は、それにたいしてその判断を再審査した。

5. 当事者意思及び履行地

実務では、当事者意思への連結と履行地への連結の間の独特の共生が生まれた。ドイツのライヒ裁判所はまさにある Skala を提示した。これによれば、まず明示の、次いで黙示の、それから推定の当事者意思が基準となり、その際履行地法の適用が推定される。

連邦裁判所はライヒ裁判所判例に従い、その際、履行地を推定による基準 TB 要素と見なした。債務法74条が一定の役割を演じていた。この規定によれば、履行地は明示または推定されるべき当事者意思への事情から読み取られる。ここですでに法律において履行地と当事者意思の結び付きが生じていた。従って、当事者意思から履行地が引き出され、この非常に主観的に確定された履行地がその後連結として用いられていた。74条はしかし国際私法の規定では何らなく、単に履行地を定める規定に過ぎない。スイス国際私法はつまりこの規定によつては履行地を専ら基準となる連結点として尊重するよう拘束されていない。

フランス破産院もまた、19世紀に到るまでの判例が締結地への連結の理由付けのためにのみ当事者意思を用いた後に、真実の当事者意思と推定の当事者意思に決定させてきた (注32 Batiffol, FS Lewald, Cass.5.12.1910//)。イタリアでは法状態は、旧法9条及び現行法25条により明確に定められている。当事者意思はすべての他の連結に優先する。英国では19世紀におそらくベンサムの影響で、また、真実の当事者意思あるいは推定の当事者意思が基準となった。Dicey は (注33 最終版 Rule136) 代表者と見做され、判例は今日なおほぼこの方向にある。

6. 最密接関連の理論

当事者意思、特にその推定の当事者意思への連結に対して、法政策的な疑念が既に詳細に総論で述べられた。契約法では特に推定の当事者意思について検討されるべきである。Dicey はこれを契約の proper law (ある限定付きではあるが) とみなしていたが、Westlake が恐らく初めて客観説を唱え、すでに個々の TB 要素、締結地、への一方的なアプリオリな連結に反対してであった。” the legal system with which a contract has the most real connection governs the essential validity of a contract” (S.302)。この立場は、今日では Cheshire 及び Dicey-Morris によって主張されているが、まず合理的人としての当事者の推定的意思、その契約を、それが最も密接に関連している法に服せしめるよう求める、と認められる。後に法学説は推定的意思による理由付けを放棄し、判例においても時として、当事者は法適用に全く思いを致さなかったということが認められている。注34 Mount Albert Borough Council v. Australian Temperance (1938) A. C. 240……

アメリカ学説では Beale とその Restatement はまだ締結地へ連結していたが、Lorenzen は当事者による法選択に対して、これは司法によるこの権限の移譲を前提とすると述べ、Cook は一連の著作で契約における当事者意思と法適用について述べ、the substantial connection, the most vital or substantial connection として、当事者意思は3条件のもとで許されるという。意思は明示で表示されなければならず、推定的意思は排除される、当事者の選択は、substantial connection を有する国へ限定され、客観的 TB 要素への連結が実現される、さらに当事者意思は公序に反しないこと。」

66) 注38 この判決ではしたがって、債務者がドイツに住所を有し、そこへ貸付金が振り込まれ、そこで信用がドイツ法的方式で抵当権で担保されたことを決定的と看做した。61II245 では、同じ原則が繰り返された。63II44 (1947. 3. 2) では、裁判所は履行地をあっさり決めなかった。72II411 ではたしかに履行地の圧倒的な重要性についてはなお述べられているが、しかしより密接な他の国との関係が別の連結をもたらしようと述べていた。1937年2月2日連邦裁判所判決 Sem. jud. 1937, 307 をも参照。

よって、Savigny の説を乗り越え、最初の裁判所として、最密接関連性の理論を導入した。この際に、主観的及び客観的 TB 要素が検討された。すなわち、当事者の住所、締結地、履行地、言語、合意の法的形式、義務の担保の場所、などである。

この最密接関連性の調査のために、もちろん連邦裁判所はまず仮定的当事者意思の調査の方法を用いたが、その際にもはや具体的な当事者の意思ではなく、この状況において存在していたであろう当事者の合理的意思を採求したのである。具体的な当事者が場合により全く考えていなかったことが認められるときには、当事者意思の純粹な擬制が問題とされるのであり、具体的な当事者達の意味では決してなかった。当事者はその知性とモラルにしたがって恐らく全く合理的な法適用を欲していたのではなく、自分たちがまさに知っていたもの、あるいは全く正当でない動機によるべきもの、例えば自分たちができる限り義務が少ない法を欲するのである。非常に多くの事例では、両当事者が同一の法を考えていたというのはいささかありそうもない。裁判官は、実際には、TB が関係を有する法域、それらのうちから最も密接なものとして評価されるべき、すべての主観的及び客観的 TB 要素の実質的検討において検討する。裁判官はつまり当事者意思を解釈するのではなく、契約を補充して解釈するのである。学説はそれ故仮定的当事者意思の調査をしようとする。連邦裁判所はそのリーディング・ケースである 1952 年 2 月 12 日判決 (78II74ff.) 以来、推定的当事者意思の調査をしなくなった。それによれば、当事者の明示あるいは立証されうる意思が調査され、存在しない当事者意思の擬制はない。そのほかでは客観的な TB 要素が検討された。⁶⁷⁾

次いで、現状の概観として、諸国の立法を概観し、「大抵の法律はまだアプリオリに一つ又は多数の連

結点を法適用のために用いているが、ギリシャ民法 25 条はより現代的で、より柔軟である。すなわち契約上の債務関係は、契約締結者が服従した法による。それがなくなるときには、すべての特別の事情を鑑みて契約に最も適切である (am angemessensten) 法が適用される。」⁶⁸⁾

(iii) 特徴的給付の法律

「特徴的給付の債務地 (Schuldort) への連結……偶然的でそれゆえ債権と内的関係のない事情に基づいて連結するべきではない。さらに、初めから一般的にある事情を連結点として固定すべきではない。それは二重の関連であてはまる。特定の連結点が、空間的であれ人的であれ権限野に由来するものが、常に基準となるわけではなく、また締結や履行という TB の展開における特定の要素が絶対的に唯一可能な連結点とはならない。むしろ、それぞれ TB のある国との最密接関連性が調べられるべきである。この柔軟な方法は、個々の法関係の特有性だけに合っている。特定の TB 要素へのあるいは特定の原則への硬直した連結は、決して単純な結果をもたらさなかった、例えば、連結概念自体が性質決定に難しかったし、あるいは様々な法の TB の個別の部分への適用が統一的な生活関係を切り裂き、その部分が様々な法に服従させられたのである。それは最悪の紛糾をもたらしたし、その結果は決して予見できなかった。新たな方法で結果を柔軟に形成するため、しかし予見を極力単純にするためには、個々の法律関係に対する最密接関連性を具体化することに努めなければならない。これがうまくゆけば、一方では、個々のカテゴリーに対する連結がある原則に押し込められないことにより解決の柔軟性が保たれ、他方では決定の予見可能性はるかに高められるのである。

Savigny は、偶然的なものから離れ、債務の本質

67) 「客観的法適用は、スイス以外のところでも広がり始める。ドイツ連邦通常裁判所は、ライヒ裁判所の敷いたレールを外形的には全くはずれたわけではなかったが、当事者自らが法適用を行わなかった場合には、客観的に補充的な法認定の方が当事者意思の調査にまさると再三にわたって述べていた (A.a.O., S. 636)。

68) A.a.o., S.639.

を基準として指定したときに正しい道を取った。だが、彼の誤りは、精神的産物である契約を、場所付けしようとしたことであり、どの契約に対しても履行地を連結点として固定しようとしたことは更なる誤りであった。契約締結者達は様々な空間的関連性の中にいる。共通国籍のような人的関係もまた時にある役割を演じうる。社会の秩序としての法にとっては、当事者達は、孤立したものと見れば、判断されるべき法的関係が有している関連性よりは注目に値しない。”Natur der Sache” (v. Bar)、法律関係の Schwergewicht (v. Gierke) は、つまり TB 要素の地理的関係、例えば関係する人や物の所在、から、大まかに物質主義的に単純にくみ取られ得ないものである。むしろどの法的に規律された生活圏において、当該の関係が、その機能に従えば主に役割を演じるかが検討されるべきである。そのためには個々の契約カテゴリーを吟味することが必要である。

すでに実際の経験がこの方向でなされてきた。最近のドクトリンは、現代の経済生活においては全契約グループが、もはや個々に異なった契約の形態においてではなく、定型に則して締結されるという事実からある結論を得ている。それは、運送企業や保険会社との契約のような大量契約をこれらの法制度の営業所の場所の法に服せしめている。例えば弁護士、医者、建築家の職業的活動の利用に際しては、彼等との関係は職業が恒常的に行われる場所の法に従い判断される。最近の法律はすでにその先を行っており、特定のカテゴリーの契約に対してはそれぞれ特別の連結を定めてきた。まずこの方法を採用したのは1926年ポーランド法であったが、その後、学術団体により詳細な提案がなされた。例えばチェコスロヴァキアの1948年法46条はそれを応用したものである。

この実際の解決は、理論的に基礎付けられ、広められるべきである。個々の法律関係について、『何が本質的であり、何が幾度も規律を要するのか、何が他方で一方当事者にとって偶然的な状況であるので、彼にとって一般の規律が必要でない』(IHR

S.204) のかが確認されなければならない。取引法においては取引債務にとって典型的な給付がどの点にあるのかを、商品の売却、運送による商品の引渡し、貯蔵、仲介者の行為による需要の充足において、示すことができた。本書総論では(第3章)、これまでの考察から結論を引き出すことができたのであるが、法適用は、法律関係の特徴的内容へ連結すべきである。債権法では、個々の債務の特徴的内容が定められるべきで、そこで法適用はそれぞれ法関係の特性に従って決められるべきである。

懸賞広告のような比較的稀な債権については、債権の基準は最も容易に認められ得る。懸賞広告者の一方的に拘束力のある約束にそれは認められる。一方が無償で給付する双方向的契約においても、すなわち贈与、使用貸借では、特徴的なものは確定に難しくはない。所有権引渡し(Eigentumsüberlassung)、ないし無償の使用貸借(Gebrauchüberlassung ohne Entgelt)は法律関係を特徴付ける。主要給付が一方側にのみ給付される限り、誰でもこの者を法関係で最も重要なものとして認めるであろう。道徳的にも、そのように一方的に受益する相手方は、与える側の法によることを恐らく期待されるであろう。實際上最も重要な債権はしかし両当事者のうち主要給付を引き受ける者の側にある。それ故、その者に全範囲において、どの給付が特徴的なものかの問いがなされるのである。

昔の交換経済では、提起された問題は極めて難しかったであろう。武器と着物との交換では、誰が特徴的給付を実行するかを言うことはできない。誰かが労務を給付し、そのために食事を給されると、ある決定にたどり着く。食料提供は様々な理由によりなされうる、例えば親族法的義務から、友情から、労務提供のご褒美として、別のサービスに対して、など。それによれば、食料提供が保証されている基準が個別の法律関係について存在している。現代金銭経済では、コロンブスの卵のように解決が示される。金銭は一段とすぐれた対価となった。すべての法的に重要な TB の圧倒的な大多数で、給付に対す

る代償は金銭である。反対給付としてのこの金銭支払い、それゆえ、何ら特徴的なものを含んでいない。それを区別するメルクマールはむしろ別の側にある。これは金銭に対して、所有権あるいは利用、補償されたサービスを移譲する。それをもって我々は真の“Natur der Sache”、真の「法律関係の重点」、真の法律関係の本質にたどり着く。契約の偶然の締結地でなく、履行地でもなく、各個別の主、従の給付でもなく、複合的な債権の中に、この本質が反映している。むしろ、各債権について、**特定の給付が特徴的**なのである。そのことによって、各債権の特徴的内容を今や原則として具体化することができる。この認識をもって、人法または物法への人為的配分に代えて、締結地や履行地のようなすべての債権に対するあるTBへのアプリオリな連結に代えて、また、それをもってはすべての、それ故、何も証明され得ない、推定的当事者意思の使用に代えて、個別債権の特性に見あった評価を我々が行うのである。

我々は債権に特徴的な給付へ連結する。それは、カテゴリーを各々別異に区別する。それは、逆に、カテゴリーのどの個別事例においても、このカテゴリーに対する典型的給付として存在している。単に支払う者は、法律関係に対して何も特徴的なものを給付しない。他方が、その契約態様に対して典型的な給付を引き受けるのである。その言葉は、非常に繊細な感覚をそれについて有している。それが語るのは、「請求される」者についてである。顧客は商人を、依頼人は弁護士を、患者は医者、旅行者は運送会社を利用する。だれも、鉄道が公衆を、また、倉庫の窓をきれいにする窓ふき業者が公衆を利用するとはいわない。ドイツ語で前置詞 *ver-* は一般に基準となる活動を表す。これは売却する、貸す、賃借する、加工する、賃貸するに認められる。

債権を特徴的給付の法律へ服せしめることは、うちから連結を最終的に具体化することをもたらす。それは同時に非常な簡略化である。もはや、この給付の相手方がたまたまどこに住んでいるか、どの国

籍を有しているかは重要ではない。各当事者の給付がその者の法に従い、例えば同一の当事者の様々な給付が異なる法に服するような分裂は避けられる。もはや、行為時に隔地者間の取引についての概念法学の絶望的な実験である、締結地がどこかに気を使う必要はない。様々な履行地とその性質決定の探求は不要である。各々の契約カテゴリーについて、それに典型的な給付が基準となる。その判断は、顧客が銀行員にあるいは銀行員が顧客に電話したのか、どこから個々の通知が發送されたかとかかわりなく、全く統一的である。個々の債権を述べるに当たって、特徴的給付の確定がいかに簡単か、法適用が今やいかに簡単かが示されるであろう。

どの法律が特徴的給付のそれであるかは、債権法においてさらに具体化されることができる。債権の典型的内容にとって重要でない国籍は問題となり得ない。国籍は、それ故、当事者がその関係をその法に本当に服従させようとし、特徴的給付の法律に基づいて基準となると見なされた法秩序がこの法選択を許した時にのみ重要となる。締結地や法廷のような外形的なものは特徴的給付の法律ではあり得ない。けだし、各債権は、その締結地、ないし履行地を有し、各係争債権はその法廷を有するからである。債権は、むしろそれが人間 (*Mensnheit*) の存在において一つの機能を行使するところと内的にしっかりと結びついている。商法では、その典型的給付が利用される営業所の地がそれである。その様な給付の恒常的引き受け、例えば運送すること、信用を供与すること、賃貸借すること、が、履行されるべき経済的任務である。民法では、容易にそのパラレルが見いだされるであろう。職業人、医者、弁護士、建築家の機能は、その者が職業活動の場所 (*Stätte seiner Berufsoetätigkeit*) を有している場所で具体化される。個々に働いている職人については、それは常に繰り返され、その者にとって典型的な給付が引き受けられる作業場である。労働者の集団的な活動においては、それに対して、営業地 (*Betriebsstätte*) は、個人の協働からのみ生じる全体的給付が引き受

けられ、その詳細は賃金協約や就業規則により決められている場所である。特別事情から別の連結が生じない限り、結局、民法法では、特徴的給付の義務を負う者の住所が基準となる。

この、法律関係の真の本質から見いだされ、それ故、理論的に正しい連結は、同時に、誰に対しても同様の法適用をもたらす、さらにすべての関係者に始めから知られた点へ連結する実際的な単純化をもたらす。すべての顧客、従業員、労働者、その他の契約の相手方にとって、すべての者に知られた営業所、事業地、自由業の従事者の事務所の法、すなわち、同一の法が適用される。普通取引約款、従業員規則、商業的慣行は、その成立を育んだ法によって解釈され、偶然的な締結地や個々の相手方契約者の国籍や住所の法というそれになじみのない法の概念が関係の法的判断において押しつけられることなしに、解釈される。つまり理論的根拠と実際の長所が結びついているのである。それがこの解決の正しさを示している。けだし、理論的に正しい解決は、それが規律されるべきTBの本質に適合しているので、実際的にも単純であるからである。」⁶⁹⁾

Schnitzer はここで契約の伝統的連結点である締結地と履行地について、連結点としての評価をしているが、「締結地への連結と履行地への連結は決して混同されてはなら」ず、「締結地は、純粋に地理的に約束がなされた地であり、例えば職場の外で会合の場合とか途中での手紙交換によるとか」で、「履行地は個々の給付が実行される地であり、例えば、チューリッヒの銀行家によるパリ取引所での取引委託の実行、計画を設計し、作定したベルンの建築家によるチロルでの家の建設とかである。したがって、われわれは、職業上、営業上、特徴的給付が引き受けられる場所を基準として確定するのであり、それは、つまり、チューリッヒの銀行家の事業所(Geschäftslokal)、ベルンの建築家の事務所である。委任がそのほかのところで行き受けられたとして

も、ほかのところで行き受けられたとしても、一般性から見れば、職業活動、営業(Gewerb)の地が常に中心なのである。そこで、経済的に本質的な活動が恒常的に行使される。しかし、個人から見ても、この地に、いわば引き受けられた給付の管理が行われる。その地で通信が行われ、請求書が作成され、賃金袋が用意される。その地で、材料が保管される。個々的には別のところで働くものとしても、落ち着く中心は(der ruhende Pol)、この所(Stelle)にある。それゆえ次のような原則を立てることになり、すなわち、債権法的契約は、特徴的給付を引き受ける者がその活動の中心(Mittelpunkt)を有する場所の法に従って判断されるべきものと推定される、となる。

iv) 履行地と債務地

締結地への連結との画定は、従って十分に明らかになった。履行地については用語上の精密化が望ましい。企業の本拠の外での活動の実行に際しては、個々の仕事が行われる地が給付地と呼ばれ、だが、法学的にはこの場所は、給付が義務づけられるものではなく、法律関係の態様に従い、または特別の合意に従って、実行される地にすぎない。給付の実行の地は、それが債務づけられる地とは区別されるべきである。Leonhard (Erfüllungsort und Schuldort, 1917) は、それを適切にも債務地(Schuldort)と呼んだ。その違いは、この場合、schulden と vollziehen の間の違いである。チューリッヒで営業している銀行家はパリの取引所での売買の委任を受ける。契約はスイス法によっている。フランス法は、特にその取引所慣行は、委託の実行において役割を果たすのみである。外国で設置されるべき建物に対する建設委託を受諾した建設会社は内国法の原則に従って債務を負う。つまり、例えば、過失、技術瑕疵(Kunstfehler)の責任の問題がそれに従う。外国で執行が行われることは単に事実上の意味しかなく、実際技術瑕疵が存在するかは、も

69) A.a.o., S.639-648.

もちろん、外国取引所慣行、外国建築法を基礎として画定されるべきである。そもそも重過失か軽過失に対する責任があるかその程度は、内国債務地の法に従って判断されるべきである。この表現を使うとすれば、履行地への連結に対する区別は用語的にもより明らかになる。その規則は次のようにまとめることができ、すなわち、債権契約は、特徴的給付を引き受けた者がその債務を負った場所の法に従って判断されるべきである、となる。

以上を簡潔に表せば、債権契約へは、特徴的給付の債務地の法が適用されるべきである。」⁷⁰⁾

「法律関係の統一的取扱い

特徴的給付の債務地の法は、原則的に契約の全過程へ適用されるべきである⁷¹⁾。もはや、契約の、大または小、一般的または特別の、分割もない。連邦裁判所が、すでに以前に二法理論（小または特別分割）、そしていまや契約の締結と効力への異なる法適用を放棄した後では、特徴的給付の債務地の法を契約関係全体へ適用することになんら困難はない。締結を当事者意思に服従させることに対して正当にも存在していた、また連邦裁判所側での締結と効力の統一的取扱いを妨げていた懸念は、特徴的給付の債務地法の適用については存在しない。この連結は客観的であり、もはや、主観的な、場合によれば許されるべきでない、場合によれば不正確でもある当事者意思に依存していない。

契約の固有の法（Eigengesetz）（proper law of contract）の適用は、いまや一般的に行われている。それにしたがえば、契約の履行義務に対する抗弁もこの法に従って取り扱われるべきであり、例えば留

置権の許容性や、履行に代わる供託権、変更された事情による保全の請求権である。同じことが契約の不履行の効果についても当てはまる。遅滞、遅延利息、不履行による契約解除及び損害賠償請求権、部分責任、全部責任がその準拠法に服されるべきである。

履行態様については履行地法が本質的であり得るし、単なる支払地さえそうである。何が給付されるべきか（何が in obligatione であるか）といかにこの給付義務が履行されるべきかが明らかに区別されなければならない。それは上級裁判所における判決においてもしばしば正しく区別されていない。

(3) 当事者意思と特徴的給付の債務地法への連結との関係

契約に基づいて行われるべき最も重要な給付又は契約にとって典型的な給付の意義については、判例上後に成果が得られることはなかったものの、もちろん早くから、時には考えられてきた。結局、その考えは、Savigny がすでに、曰く、法律関係の本質を極め、従ってその本拠を確定しようとしたことに遡る。契約カテゴリーに従ったこの具体化は、だが、彼によっては実行されず、すべての契約がアプリアリに選ばれた履行地の連結点へ服せしめられた。最近の法律がようやく個々の契約カテゴリーについて連結の精緻化（Spezifizierung）をもたらしした。法理論的に有用な根拠はしかし与えられなかった。一貫して、給付の履行地と債務地を精確に区別し、したがって、原則を定式化することがおざなりにされた。それに対して、原則が、より一般的で、同時により柔軟なものとしての原則が、ここにおいてすべ

70) A.a.o., S.645f. 注54 Knappにより（JbV1948, 113/114）取り上げられた1945年2月27日の未公開判決は、連邦裁判所が初めてこの立場とかわったものである。裁判所は、「この問題は連邦裁判所判例によれば締結地法に従う、そしてそれはどの法により契約の効力が判断されるべきかと無関係にである」と述べている（64II349及び同所引用の判決）。ただしこの解決にはある種の正当性を以て、それは契約関係の分裂をもたらすが、それゆえ成立同様効力について契約の統一的取扱いが望ましいであろうが、という反論がある。そのような統一的取扱いができる基準として、最近、係争法律行為について特徴的給付が勧められている。すなわち、法律行為全体が特徴的給付の債務地法に従うべきである……特徴的給付は売買行為では売主の給付であり、商品であるが、買主の金銭で存在する反対給付はどの典型的メルクマールをも欠いている。上述の説の意味における債務地は一履行地と混同されてはならないが一取引営業所の地、売主の職業活動の地である。）

71) 注55 問題について Schönnenberger, Nr. 57/8, BarbeyCl. 1936. 803, Niboyet V, Nr. 1385, Lerebours-Pigeonnière, Nr.251, Neuner RabelsZ 1927, 108; 1932, 850. フランス、ベルギー、ドイツ、イタリア判例は契約全体に同一の法を適用する）

ての契約カテゴリーに適用され、したがって、国際私法の今日の状況にしたがえば、私見によれば、国際契約法において最もよい連結が達成される。

スイスの判例は、すでに述べたように、連結をTBの最も密接な関連性に即して規律してきており、その際、すでに時に契約に典型的な給付にもふれてきた。いまや、それは、最密接関連性を特徴的給付の債務地に具体化する方向へ移り変わっている。

他の諸国の判例がこの理論に従うことが望まれる。」⁷²⁾

当事者自治については、すでに述べられていたように、原則は「国際契約へは特徴的給付の債務地法が適用されるべきである。これが当事者に法選択を許す限り、明示又は推論的 (konkludent) 当事者意思が守られるべきであるが、しかし、推定的 (仮定的) 当事者意思は擬制されるべきはない。」ということになる。これは1948年チェコスロバキア法9条に⁷³⁾近く、「当事者は、法律関係が選択された法秩序と本質的な関係を示し、その法律関係が本章の規定によれば本来服する法秩序の強行法に反しない限り、その法律関係を特定の法秩序に服せしめることができる。この規定に従ってチェコ法の44条以下による準拠法秩序が、当事者が別の法を選択できるかについて決定する。その規定はさらに法選択を、TBが本質的な関係を有する法秩序の間からの選択 (Auswahl) へも限定する。この制限を空間的又は人的にではなく、機能的に解釈すれば、それは妥当である。」ドクトリンは、法秩序が当事者自治を規定するという立場から、「特にNiboyet及びCalebの叙述及びCass.civ.24.4.52へのMotulskyの

Note、ドイツでは von Bar, Zitelmann, Frankenstein, Leonhard, Lewald、英国では Westlake, Cheshire, Morris、アメリカでは W. W. Cook の論説が比較されるべきである。当事者自治は他方では、特にドイツについて Melchior, Raape, M. Wolff、英国の Mann, 合衆国の Yntema によって主張されている。この見解の支持者によれば、当事者意思と特徴的給付給付の債務地の法の関係がひっくりかえり、次の原則となる。すなわち、国際契約へは、明示又は推論の、当事者意思によって選択された法が適用されるべきである。推定的 (又は仮定的) 当事者意思は擬制されるべきではない。当事者が準拠法を定めなるときは、特徴的給付の債務地法が準拠される。

連邦裁判所はその重要な判決 BG79II295 (1953. 8. 31) でこの立場をとった。当事者意思の優遇は外国判例でも見られる広く普及している傾向に合っており、国際売買条約の草案の審議においても多数決で採用された (これについては売買の節参照)。

様々な理論的見解にもかかわらず、一方では当事者自治の支持者達が、当事者意思は独自の法源であるという主張をしない場合には、ある種の了解が可能である⁷⁴⁾。

(4) 訴訟における当事者の態度

これとの関連において……当事者が訴訟において外国法を援用することなく国際的的事件を申し立てる場合に、それがどのような意義を有するかという問題がある。連邦裁判所の古い判決において、それにはスイス法が適用された。しかしながら長い間契約締結後及び訴訟中の当事者の態度は、裁判所を拘束する内国法への連結がこの点に見られることなく、間接証拠としてのみ評価されたにすぎない。最

72) A.a.O., S.648ff.

73) 前注19参照。

74) 「逆に、反対集団は、法秩序は制定法又は慣習法 (判例) によって当事者に法選択の権限をそれにより好きな範囲で許容しうということ認めるべきであろう。」注63 Moser は、法廷地法からその権限を引き出すが、本書の著者は法律関係に適用されるべき法秩序からそれを引き出す。連邦裁判所は、私見によれば不当にも前掲判決において独自の法源という概念を用いた。スイス判例は、制定法の規定がないときは、当事者にその者達の望む法を選択する権限を付与すると十分に説明すべきであったであろう。それはそこで法秩序から付与された、つまり法選択の派生的権限である。これによって当事者はいわゆる抵触法的指定契約を授權される、うまく言えば、特定の法を招致することが可能となる。一方的行為においては、そもそも契約は問題とならない。

新の判例においては、連邦裁判所は訴訟中の当事者申立に裁判所を拘束する内国法への抵触法的指定契約を認定する。この一般性においては、それには同意できない。まず、当事者が当該紛争関係について法の適用を定める権限を持っているかがその都度検討されるべきである。それは極めて頻繁にそうであろうし、特に債権法における法選択の広い許容性についてそうであろう。しかしその都度検討を要するので、……問題は、単なる当事者申立がスイス法の適用の合意と直ちに見なされなければならないかである。私見では、それは解釈問題である。極めて頻繁に当事者とその弁護士はそもそも法適用の問題について考えてこなかった。つまり当事者がその陳述で外国法を招致していなかった場合には、そこにはなお、事案を内国法に従って処理すると見ようとする、両当事者のなんら積極的な意思の表明がない。外国の裁判官が同じことをすれば、それが妥当で、したがってスイスの利益にあっていであろう事案において、スイス法の適用が排除されうるのである。それゆえ、裁判所は当事者に、国際的事案においては、事情によっては外国法が問題となり、それ故、当事者がそれにもかかわらずスイス法の適用を一致して望んでいるかを表示すべきであることに注意を喚起することが妥当である。

当事者が訴訟物について法選択を行いうる場合、かつ当事者がそれを表明したいということがこのようにして明らかにされている場合には、この要求に合わせることはなんら懸念はない。契約の準拠法は不変ではない。どの他の契約条件も当事者間において意思の一致によって変更されうるように、当事者は、事後的に別の法適用を、あるいはそれが以前には起こらなかった場合にはそもそも特定の法適用を合意することはできる。」⁷⁵⁾

なお、Moserは、本書で述べられた、最密接関連性原則、特徴的給付の理論について、次のような指摘を行っている⁷⁶⁾。

「最密接関連性および特徴的給付への機能的連結、すなわちこの最近の連邦裁判所判例により従われた方法の主張はSchnitzerの歴史的功績である。しかしその際に、特徴的給付の「債務地」を語るのは(Bd. I S. 183, Bd. II S.649/50)、誤っておりかつ危険であるように思われる。なぜなら、それによって国際私法においてついに克服された履行地へ再び近づくことになるからである。誤っている理由は、連邦裁判所はどこにおいてもそのような「地」へ連結しないからである。連邦裁判所は特徴的給付を給付しなければならない当事者の法、「二つの債務のうちの当該法律関係に特徴的であるそれを考慮しなければならない」(BGE82II554)とだけである。そして、Schnitzer自らの見解によれば(Bd. I S. 645, S. 1041のS.619への注とは反対に)それは通例当該当事者の住所または営業所に落ち着く。」

6. HBIPR 第4版以降のSchnitzerの連結論

(1) スイス国際私法の法典化について

Schnitzerは、1955年と1959年にはスイスにおける国際私法の法典化について論じている⁷⁷⁾。

1959年の法適用法草案は、「既存のものへ連結すること、しかしそれがもはや時代に合わずあるいは十分でない限りにおいて置き換えあるいは補充することを出発点とする」がゆえに、連結論に直接関わるものは、わずかに債権法に関する第50条契約、第51条法選択、第52条不動産および登録された物に関する契約にとどまる。第50条は以下のとおり：

1項 契約へは一般に、その特徴的内容にしたがって最も密接に結びついている(am engsten

75) A.a.O., S651f.

76) Moser, a.a.O. (本文87頁、前注62参照)

77) Schnitzer, Bedarf das schweizerische internationale Privatrecht eines neuen Gesetzes? JBIR (1955), S.55-74; Schnitzer, Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes, FS-Gutzwiller (1959), S.429-443. (Vgl. Bundesgesetz über das internationales Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf (1979) S.14)

verbunden) 法が適用される。

2項 営業所と締結された契約へは、一般に、利用された営業所の法が、人の職業活動に関する契約へは、その職業活動の地の法が適用される。

3項 市場、見本市、取引所で行われた締結は、これら施設の地の法に服する。

第51条 契約締結者が明示又は諸事情のもと別の法の適用を選択していたときには、その選択が権利濫用とならない限り、この法が適用される。

第52条 不動産の処分又は負担に関する契約へは、物の所在の法が、船舶及び飛行船についてはその登録地の法が適用される。他の法の選択は許されない。

因みに1980年のスイス国際私法の対案(SJZ 1980, 309-316)は、総則として、第2条 原則この事案[2以上の法秩序と外国の、空間的あるいは人的要素を含む私法的事案]は、それがその特徴的内容にしたがって最も密接な関連性を有する法秩序に服する。

第3条 回避条項 例外的に事案の諸事情が他の法秩序とより強い関係を示すときには、その諸規定が適用される。

第57条 一方的行為および一方的に義務を負う契約は義務者の常居所の法に従う。

第57条以下が債権法として、

「第57条 契約及び一方的行為

一方的行為および一方的に義務を負う契約は義務者の常居所の法に従う。

第58条 双方向的契約

1. 双方向的契約は、契約を特徴付ける給付が債務を引き受ける地の法に従う。

2. この給付は、一般に、利用された営業所が所在する地、若しくは恒常的な職業活動の地、若しくはこの債務を負っている者の住所あるいは常居所の地において、債務づけられる。

3. 第3条が留保される。

第59条

1. 銀行取引は利用された営業所の地の法に服す

る。

2. 取引所、市場、見本市における取引および競売は、これらの施設の法に服する。

3. 保険取引は、保険者の利用された営業所の法に服する。

4. 売買契約

a) 有体動産に関する売買契約は、有体動産に関する国際的売買契約に関する1955年6月15日のハーグ条約に服する。

b) 土地に関する売買契約はその所在地の法に服する。

c) その他において、譲渡契約は、売主の営業所または常居所の法に服する。

5. 利用供与契約は、利用を条許する者の常居所地の法に服する、ただし、土地又は土地の構成部分の利用供与はその所在地法による。

6. 保管契約(Verwahrungsvertrag)は、保管者の常居所地の法に服する。

7. 保証(Bürgschaft)、担保(Garantie)その他の担保(Sicherung)は、これらを与える者の常居所の法に服する。しかし、この給付が当事者間の一般的関係と密接に関連しているときは、これらの関係の法に服する。

8. 労働契約は、労働が暫定的という以上に給付される地の法に服する。

9. 人的目的のために使用または利用と関わる契約は、その合意の地の法による。使用者のための準拠法の保護措置は、法選択によって排除または減少させられない。

第60条 不在者間の契約

不在者間の契約については、当事者の個々の意思表示は、表示者の営業所若しくは常居所の地の法に適合している場合に有効である。

そして1979年にスイス国際私法草案についての論考においては、一般的連結方法として、次のように述べている⁷⁸⁾。

[体系自体について述べられるべきは、一般的規定が各論部分と比べて比較的にきわめて慎ましいと

いうことである。オーストリア法第1条が行ったように、冒頭に基本的一般規定を置く方が良かったのではないかと問われる。この規定は、例えば、次のようになる。すなわち「外国関係を伴う事案(Sachverhalt)は、その特徴的内容にしたがって最も密接な接点を有している(die engste Berührung haben)法秩序に配分される(zuordnen)べきである」、と。

さらに、相続法秩序の特徴、物権法の特徴をあげ、この方法論の適用を各論的に論じている点が注目される。

Schnitzerの関心は、特に比較法や法の違い、法の接近、法統一に向かってゆくが、いわゆる機能的連結について述べよう。

(2) 機能的連結論について

(i) 「国際契約における機能的連結」

国際契約法における機能的連結(FG-Schönenberger(1968), S. 387ff.)およびRdC(1968)で機能的連結論を論じ、まずはSavignyの方法論についてふれ、当事者自治に仮託した契約の履行地への連結、次いで、それに代わるWestlakeの客観的連結について述べているが、ここでは、便宜、1968年の「国際契約法における機能的連結」に即して、その連結論を紹介したい。

「Savignyは契約法については周知のように別の解決⁷⁹⁾[締結地法主義とは異なる]、すなわち履行地法への服従を提案した。なぜなら、契約の意義は履行地へ向かっており、それ故、当事者は履行地の法へ服従していたと考えられうるからである。この認定は、一つの純粹な擬制である、なぜなら当事者は大抵法適用について全く考えていなかったし、考えていたとしても、その国籍や住所に応じて異なる法を考えていたであろうからである。Savignyの考えは

長い間全世界で大きな影響力を持っていた。だが履行地は契約締結時に時に全く決まっておらず、契約の個々の給付は様々な地で履行されなければならない。履行地の性質決定は難しかったし、個別の部分給付の異なる法への服従は契約の統一性の完全な引き裂きをもたらした。ドイツ・ライヒ裁判所の判例、また連邦普通裁判所の判例においてさえ、この説がなお働いたが、スイス連邦裁判所は契約の効力についても、判例が契約の締結と効力への法適用の分割を、また当事者の個々の給付への法適用の分割をも維持してきた限りで、履行地に依拠してきた。

アメリカの判例も、契約の有効性について締結地への連結、効力について履行地への連結を最近まで続けてきた。

英国の判例では、だが、すでにWestlakeが、TBが「most real connection」を有する国への連結を行うことにより客観的連結を提案していた⁸⁰⁾。」

同様に、合衆国では、W. W. Cookがmost significant factorを論じ、ニュー・ヨーク州控訴裁判所のリーディング・ケースは、the place having the most significant contact with the matter in disputeの法へ連結する。

スイス連邦裁判所は、分割の放棄による、契約の統一的連結のための契約類型の特性への連結を導入した。「スイス連邦裁判所は、1930年1月16日の判決で(56II38ff)、それがしたがってきた分割理論に対して、一つの契約から生じるすべての関係を唯一の法へ服従させることが論理的な要請であること、だが提案されてきた諸原則は何ら内的に正当化される解決を保証しないことを認めた。外形的なTB要素への連結が解決として提案されている限りはそれは正しかった。BGE73III02ff(3. Juni 1947)において裁判所は、契約の締結と効力へ統一的な法を適

78) Zum Entwurf eines neuen schweizerischen IPR-Gesetz, SJZ 75 (1979), S. 265-268, bes. S.266.

79) すなわち、条例理論以来の契約締結地への連結とは別の連結、を指す。

80) 注3 vgl. A. Treatise on Private International Law, 5. Aufl. S. 212, 7. Aufl. S. 302 合衆国では同様にW. W. Cookが「most substantial factor」と語っており、NYCAのリーディングケースは[of the place having the most significant contact with the matter in dispute]の法へ連結している(注 Autenv/Auten 308N. Y. 155, 124N. E. 2d99 (1954)).]

用するという学説の希望にふれた。締結地や履行地という外形的連結点を拒否し、契約関係全体に対して統一的な解決を探すとすると、これは別の所、つまり、Savigny がすでに述べていたように法律関係の固有の性質に応じて連結することに見出されるべきであった。だがすると法領域のアプリオリな連結を続けることは拒絶され、まさに各契約類型の特性が引き出されなければならないことだろう。」

かくて、Schnitzer によれば、契約の統一的連結として「最も密接な空間的関連性を示している国の法」の指定が導入されるが、これは、問題をはらむ。

(ii) 最密接空間的関連性による連結

「その理論はそれ故 Savigny を超えなければならなかった。ある種の改善が、法律関係の *Natur der Sache* や重点を言う点にすでに認められていたが、ここでも、どこに個々の法律関係の *Natur der Sache* や重点があるかの具体化が欠けていた⁸¹⁾。

それに対して、スイス連邦裁判所が、契約の締結を締結地へ、効力を履行地へ連結することを放棄して、TB のすべての要素の検討に際して、最も密接な空間的関連性を有する国の法に統一的に契約を服せしめる場合には一層の発展があった⁸²⁾。TB のこの取り扱い、たしかにはるかに昔の条例理論に対してのみならず、債権法における締結地や履行地への純粹に外形的な連結をも超えたものであった。だがまさに Schönerberger が指摘しているように、連邦裁判所の定式 (Formel) は回答というより問いにすぎない⁸³⁾。実際に、それは二重の方向において改善が必要である。第1に、いつも場所的関連性が問題でなければならないというのは全く不適切である。債権法においてさえも、例えば、時に共通国籍の法が連結として用いられてきた。だがさらにより重要なのは、この定式は、どこに TB の法秩序

との最密接関連性があるのかがいかに調査されるべきかについて何も述べていないことである。この場合に、量的基準が問題であり、つまり、特定の法秩序を指示する TB 要素の数が決定的であるとするのか、あるいは、個々の TB 要素の質的評価が問題であるとするのか、この場合には、いかなる観点に従って性質評価を行うべきかが述べられていないのである。ときに center of gravity 理論から出発するアメリカの判例は、Grouping of Contacts 理論とも言うが、より量的判断を意味する。アメリカの理論は、だが、適切にも、空間的関連性を避けている。ある NY 判決は紛争事件と最も significant な contacts を有する地の法と述べる。別の判決は、the law of that state with which the facts are in the most intimate contact という。上述の *Auten v. Auten* はリーディング・ケースであり、NY 州に本拠を有する連邦裁判所をもこの新しい理論を適用するようし、つまり締結地や履行地への連結から解放するのである。だが、スイスの連邦裁判所の定式には、裁判官がある法秩序との TB の最密接関連性を認識しうる基準が欠けているのである。

法選択が欠けているときに契約をすべての事情を考慮して契約に最も適切である法に服せしめるギリシャ民法25条の条文も、TB 要素、すなわち法律関係の内容へ立ち戻ることによって、アプリオリなあるいは外形的な連結と比べれば一つの進歩には違いないが、この法文も裁判官に、どの法が最も適切であるかをいかに認識すべきかの何らのガイドラインをも与えていない。その限りでは、国際私法の歴史から知られている、1200年頃に裁判官は *melior vel potior* である法を適用すべきと勧めた法務官 Aldricus の昔の言葉に近い。」

そして、契約の統一的連結のために契約全体の典

81) 注8 アメリカ判例の center of gravity についても同じことが言える

82) 注9 BGE78II84/5; 29II297/8; 80II49; 81II393; 82II552; 87II273; 88II199; 88II280

83) 注10 Vgl. Schönerberger N 236, Kegel, FS-Lewald (1953), S.261 はすでに、事案に最も近接した法秩序、事案がその重点あるいは本拠を有する法秩序、事物の本性により事案に最も適した法秩序を適用するという原則は、比喩にすぎず、「それはゴールであった、方法ではない (Das Ziel wird gewiesen, nicht der Weg)」と述べていた。

型的要素、特徴的給付に着目し、その確定の後に、客観的連結を模索する。

(iii) 特徴的給付の法律

アプリアリな連結、擬制の使用を避けるためには契約カテゴリー毎にその典型的要素を具体化しなければならないが、国際商取引法ハンドブックでは、国際契約についてのこの具体化のために商事債権についてその特徴的給付の法律を提案し、これを債権法全体に適用してきた。特徴的給付を引き受ける当事者の確定は簡単で、商取引行為を引き受ける者であり、相手方は金銭給付を行うのみでカテゴリーの特徴を示す者ではない。このようにして、事物の本質や重点という債権の本質を探究する方法に新たなものを加え、裁判官には精確な法適用ができる法発見の具体化を提供する。連邦裁判所は、未公開の1945年2月27日の判決によって詳しくこの理論を述べ、その後の判決がこれに続くこととなった。連邦裁判官 Stauffer は、ZbJV 1953, 393⁸⁴⁾で、最密接関連性の定式と特徴的給付の理論の関連性をまとめているが、特徴的給付理論は、Frank Vischer が論じたように (Jahrbuch 1957, 57)、最密接関連性定式の比喩性を克服し、特に裁判官に説得力ある簡単な問題を突きつけ、連結の具体化をより明瞭に示した点で、重要な進歩である。かくて国際契約の法適用は、この方法により著しく簡単になり、かつ統一され、締結地や履行地の調査、個々のTB要素の調査・評価がいらなくなる。契約の特徴的給付の調査だけが必要であるが、どの契約カテゴリーも、これによりお互いに区別されるのであるから、事案の大多数で全く簡単である。その給付は、その当事者がその住所又は営業所の地で引き受けられる。このようにして、営業上または職業上そのような活動を行う者にとっても、すべてその行為は統一的に同じ法に服するのである。

したがって、個別の事案でその契約が、取引または職業活動の行使の地で締結されるか、また引き受けられた給付がこの土地とは別の場所で行われるかも、問題とならない。その意味では国際動産売買に関するハーグ条約⁸⁵⁾において、買主の住所で売主の受託者または代理人により締結される契約が、買主の居所の法に服せしめられるのは不適切である。この事実は売買の本質とは無関係であるからである。商品を大量に生産する大企業は、重要な締結についてはその幹部または代理人を外国へ送ることができる。その普通引渡条件により取引を行うことを常とし、かつこれを統一的処理のためにもそうしなければならない企業は、多くの国で締結されるその契約を決してバラバラに、買手国の法、しばしば余り知られていない未発達な法を有するエキゾチックな国の法に服せしめようとは決してしないものである。これは、当然売主の法に則して作られている普通引渡条件をそれぞれ異なる法により解釈させ、それに外国法の概念を押しつけることになるであろう。それゆえ、この規定は、ハーグ条約を批准する諸国において、売主は明文で売主の国の法の適用を合意しなければならないこととなろうが、それはやっかいな結果を招く。なぜなら、一般に企業は売買をするときにこの法問題にふれることを好まないからである。

この連結は契約カテゴリーの本質をはっきりと認識させ、例えば売買契約と独占販売契約を区別する。独占的販売契約は継続的契約であり、販売者は日頃から様々な販売活動を行うので、これが法律関係を特徴付ける。個々の引渡しなどを特徴付けるものではない。従って、個々の売買の法、すなわち売主の営業所の法ではなく、独占的販売権者の営業所の法が準拠法であり、エージェントに準じて連結することになる。他に交換、古物契約も例に挙げられてい

84) この論文は残念ながら未見である。

85) 1955年有体動産の国際的性質を有する売買の準拠法に関する条約第3条第2項「売買は、前項の規定にかかわらず、買主が常居所を有する国の国内法、又は買主が注文をした事務所を有する国において、売主またはその代表者、代理人若しくは注文取が注文を受領したときは、その国の国内法によって規律される。」(川上太郎『国際私法条約集』[昭和41年] 141頁による)

るが、ここでは割愛する。

かくて、結果の予見可能性が保たれかつ正しい法が準拠法となる。法律関係の本拠、重点のような決まり文句ではなく、契約類型の特性に応じた方法であり、特徴的給付の法律によって、Savignyの原則である（ただし実際には実行することのなかった）、各法律関係の「特有の性質に従って属しあるいは服している」「法秩序に連結し、法的に規律されるべきTBのJherig以来の社会学的関連性にしたがって、『法律及び判例を、それが規律されるべき経済・社会生活に正しい法を提供するよう、形成する』のである。

(iv) 機能的連結について

国際私法、特に国際契約法の役割⁸⁶⁾は、国際的TBについて、一つの法体系への正しい連結を行うことであるが、現代的概念である機能を用い、特徴的給付への連結に一般的裏付けを与える。すなわち「特徴的給付は特定の法圏の枠内における法律関係の機能を指示している」ので、個々の契約類型に基づいて具体化されたものが一般的基礎に埋め込まれるのである。支払をする顧客はその社会における機能を使用するのではない。職業人であることがその機能であって、支払は機能の特徴付けていない個々の行為にすぎない。職業人の法律行為へはその法圏においてその者がその活動を行行使する法、事務所・営業所の法が適用される。

1938年の国際商法ハンドブックでは（204頁および211頁）、この機能概念を用いずに、取引の本質から連結の判断がなされること、又国際取引については、最密接関連性を、その活動が利用された営業所に認め、その国の法とそれが存在するという風に具体化した。「商法の外には、例えば、部屋の賃貸について、居住又は取引目的の部屋を自由に使用することが特徴であり、経済・社会生活における機

能であるであること、また従って、契約締結時の賃貸者あるいは賃借者の住所が他所にあったとしても、部屋が利用に供される場所の法が正しい連結であることは明らかである。」

『比較法』（426頁）でふれたように、Ihering以来、権利の解釈に関する社会的関連性の考慮が導入されてきたが、「現代的に表現し、Duguitの考え方に即して、ここでは、機能概念が、経済社会秩序の枠内でこの権限が有する機能に即して個人がその者に付与された権利を行行使しなければならない限りで、機能概念が権利に適用されるべきである。それ故権利行使は法秩序により想定された枠内にとどめなければならない。このことが権利について適切なのであれば、国際私法についてそこから帰結されうことは、ある特定の法に配分されるべき個々の法律関係について、ふたたびこの法律関係の機能がその配分について決定的である、なぜならある法律関係は、機能的に配分されなければならない人々の間の権利と義務を規律するのであるからである。」機能概念については次のように述べる。「著者は、IPR, 2. Aufl. S. 518, FS-Lewald S. 385, 319, Rev. Crit. dip1955 S. 459ff.以来、機能概念を詳細に論じてきた（S. 475, 482-484）。機能概念は、最近ではVischerにより、法律関係の配分をその機能的関連性に従って要求することで用いられた⁸⁷⁾。彼は、地理的な場所付けではなく—適切にSitzに反対して、あるいはこの意味における場所付けに反対して—社会的類型への帰属が問題であると指摘した。これは言い換えれば、ある国の経済・社会生活への所属の問題である。

特徴的給付の法と機能的連結の間の関連性は、Vischerが述べているように、個別の抵触規定はある国際的法律関係を分類するという基本的考えをその機能的関連性に従って実行しようとするものであ

86) 機能的連結については、Schwind, Die funktionelle Anknüpfung im IPR, in: FS-Müller-Freienfels (1986), S. 547-558が、示唆に富む考察をしている。

87) 注22 Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im Internationalen Vertragsrecht, Schweizer JBIRXIV (19057) S. 47ff.)

り、その際に、立法者である裁判官は、個別の契約類型 (Vertragstypen) について確定された、法律関係の本質的な社会的機能及び特徴的内容により導かれる。」このように法律関係の機能から出発すると、締結地、履行地のような外形的連結点は重要ではなくなる。例えば、「建築家が外国の顧客から、来るようにと頼まれる場合、これは、その者が病気のため、あるいは職業上、またその地位に従って—例えば君主は—自分は建築家のもとへ来れないこともかも知れず、この全く外形的な事情は、建築家がその活動をその事務所で行い、またそこで経済生活の要素を形成することとは全く関係がない。同様に、それゆえ契約締結と契約効果への法適用に対しても、建築家が個々の場合に建築を外国で行うよう引き受けるかは重要ではない。弁護士が、外国顧客の依頼で活動する場合に、たとえ彼が話し合いのために依頼者のところに外国へ赴く場合でも、同様である。」もっとも、機能的連結には限界もあり、例えば輸入取引では、需要のある自ら製造しない財貨を調達することでその国の経済生活である機能を行っている。しかし相手方から見ればこれはまた別の相手国における機能を果たす、輸出入取引である。その解決は、輸入国への輸入ではなく、輸入国内での販売によって初めて財貨の供給が生じる。輸入行為はこの準備行為にすぎない。輸入の目的、輸入者の機能は転売によって初めて輸入として性質決定される。輸入は売主の法、転売は輸入国国内法による。

従属的労働関係の連結も、機能的に分類され、労働者個人の活動は企業全体の組織の枠内でのみ意義を有するので、企業の営業所の法が適用され⁸⁸⁾、市場、見本市、証券取引所については、その国の経済制度であり、取引の機能的展開には、そこで行われる取引を行為地の法に服せしめることが要請される。

(v) 当事者自治 当事者意思は、原始的法源ではないが、機能的連結が基準となり、当事者自治の許否は法政策の問題で、抵触法上の指定契約の問題である。国際的 TB がどの国の法秩序に準拠するかは国際私法によるが、その役割は、「法秩序は、その法律関係を、それが、その経済および社会生活において機能を行っている法秩序に服せしめること」によるので、「この法秩序が、当事者に、他の法の選択を委ねる場合、またその限りで、だが、そのときにのみ、この選択された法は適用される。まさに機能的連結の観点から、この場合に、このようにして決められた法秩序は、法選択の許容性の要件および範囲を決める完全な自由がある。特に選択された法がまさに TB との空間的関連性を有することも必要ではない。その限りでは法選択の許容性について合理的利益で足るとする⁸⁹⁾最新の連邦裁判所判決⁹⁰⁾には同意できる。この見解は権利濫用的な法選択を排除するためにも十分であり、機能的配分は、自らは必ずしも TB の空間的関連性に依拠するものではない。機能的連結の原則は、つまり、当事者による法選択のそのような制限を要求するものではない。特定の法圏での法律関係の機能は、当然、法的に規律されるべき TB から生じる。当事者はその TB を設定するのであるから、その限りでは、法的分類に対するその意思が重要である。Batiffol は、当事者は、契約を場所付し得ると言うが、たしかに、これは、当事者が TB を設定し、それによって連結点の調査の基礎をなす基準となる要素を作り出すという限りは、適切である。ただし、場所付けという呼び方はここではふたたび余りに狭く空間的關係を想起する可能性がある。だが、Batiffol が、当事者は、フランス、あるいはドイツ、あるいは英国の契約としてその契約を行うという場合には、おそらくそれによってなんら地理的な場所付けを指しているの

88) 企業の営業所の法が、個人が一次的に労働のために派遣される場合であっても、適用される。(注231948年チェコ法46条4号；1926年8月1日ポーランド法8条7号；1965年ポーランド法27条3項参照)。

89) 注26 Vgl. BGE91II144ff.

90) 注27 すでに Schönnenberger, No.199

はなく、当事者がその契約を挙げられた法圏に属すると考えていることである。つまり当事者の方ではそれにより機能的配分を行っているのである。これは客観的分配にとって1つの貴重な証拠である。だが、それは必ずしも説得的ではなく、けだし、当事者はひょっとすると、ある契約を、それが客観的検討においてはそれに属していない場合であろうとも、例えば客観的な準拠法秩序において規定されている責任制限の禁止、たとえば Harter Act を排除するために、特定の法圏に属すると主張する権利を有しているかも知れないからである。当事者がTBの実態に即した構成からは正当化されないTB要素を人為的に導入する場合、そのような要素は、TBの配分へはなんら影響を有すべきではない。しかしながらこの場合には、どの国粹主義も避けられるべきである。当事者がある社団、財団を外国で設立する場合、なぜならその地の法律上あるいは課税上の条件が、企業の発展または財団目的の履行にとって有利であるからとすると、その設立を、その属人法である外国法に服せしめることは一般に文句をつけられるべきではない。」「以上の論述により、いわゆる当事者自治の問題についての我々の立場は明らかになった。勿論、長い間標準的であった客観的理論に対して、今日、立法、学説、判例において、当事者意思に準拠法を決める際に優先権を与える傾向が広く存在することは黙しておくべきではない。それにより判例は、特に商人層の、ビジネスにおいてできるだけ自由でありたいとする望みに歩み寄るのである。しかし、私見によれば、それは、当事者意思が原始的法源であるという誤った認識 (Annahme) をもたらしてはならない。我々の見解は、なんら当事者意思に対する敵対的な立場を表明するものではない。準拠される法秩序は、それが望む限りでそれを許すことができるが、決して忘れてはならないのは、準拠法秩序に属している法政策的決定であるということである。今日よく用いられる表現、それは

抵触法的指定契約の問題である、は、法的には、そのような契約もまた管轄ある法秩序により規制されなければならないことをなんら変えることはできないのである。」⁹¹⁾

(v) 結論

この論述でわれわれは、この研究の枠内でその概説がされうる限りで、国際契約への法適用の発展に関する概観を終え、我々の見解を次のようにまとめることができる。

a) 規範の性格が法適用を定めるという条例理論の考えは、Savigny 以来死んでしまった。問題は、規律されるべき法律関係の性格である。Savigny は、各法律関係について、この法律関係がその性質に従って帰属しあるいは服従している法域が探されることを認めたが、しかしながら Savigny はその原則 (Prinzip) を具体的には適用しなかった。

b) 国際的 TB のアプリオリな連結で、その外形的な、締結地や履行地への連結は、まだ死んでいない。それはまだ多くの国の判例、学説、立法において維持されている。それは外形的 TB 要素への連結ではなく、規律されるべき TB の内容の検討のもとで行われるべきという見解に道を譲るべきであろう。

c) さらに、まずは法律関係の固有の性質、Natur der Sache、Schwerpunkt ということが、どのような基準に従ってこの基準が認識されうるかを挙げることなく、いわれている。

d) より精確にはすでに、TB の最も密接な空間的関連性を探求するスイスの定式であった。その関連性が常に空間的であるとは限らないことを除けば、だが、この場合でも、何によって認識されうるか、どの関連性が最も密接であるかの指針が欠けている。

e) この欠陥は、裁判官がどの契約カテゴリーにおいても特徴的給付を調査しなければならない、すなわち、それによりこのカテゴリーが他のものから

91) 以上の続きについては、前注 14 参照。

区別されるものである。この具体化は比較的単純で、統一的であり、事案の大多数において比較的容易に予見可能な結果をもたらす。この具体化により、同時に特定の法圏の経済・社会生活における法律関係の機能が解明される。

f) 国際契約のこの機能的連結によって、その特定の法秩序への配分が内的に正当な仕方で行われる。いかなる範囲で当事者が法選択の権限を有するかは準拠されると認識された法秩序から取り出されるべきである。最も密接な空間的関連性の移行定式は、それがその役目を終えた後の今ではなくなりうるであろう。

g) ここで特に国際債権法のために展開された機能的連結の理論はこの狭い枠を越えて役に立ち得るであろう。」

(vi) 小括—当事者意思、最密接関連性原則、特徴的給付の法（機能的連結）

ここで、連結論のまとめとして、当事者意思、機能的（特徴的）連結、最密接関連性原則についてまとめておこう。債権契約の伝統的連結に代わる統一的連結としては、まず当事者意思によることが考えられる。従って、その統一的連結はBGE111357(1885. 7. 18) が初めて当事者自治を認め、「訴訟地の絶対的強行的な法律に反しないかぎり、契約締結時の現実の指定、または当事者が合理的かつ衡平に期待しえ、かつ期待していたはずの国の法律に従う」ことになる。しかし債権関係の大分割が認められてからは(BGH32II415) [1906. 6. 9]、債権の効力についてのみ当事者意思は統一的連結を行いうるのであって、契約の成立は締結地法による。Hombergerは、ここにおいて統一的連結を求めている。「裁判官はできる限り一つの契約へ統一的な法を適用し、特に一つの契約の関連している効力は異なる法に従って判断されるべきではないということである。その際、履行地の原則を、少なくともスイスの裁判所によって用いられているような意味において、決

して、放棄する必要がない。どの契約も、その契約に特徴的である、一つの典型的給付を有している。それは、例えば売買については物の譲渡であり、雇用契約については有償の労務給付である。この主要な債務を取り上げ、すべての契約の効力をそこに妥当している法に服せしめるとしよう。それによってその関係に対して、一つの同一の契約から生じる効力に対して異なる法を招致するよりも押しつけは少ない。当事者意思はきつと、契約の単一性を破壊し、実際上困難をもたらす異なる法へよりも、この主たる履行地の法の法へ向けられている。」⁹²⁾

すなわちここに、契約の効力についての統一的連結の基準として契約の特徴を示す典型的給付が取り上げられており、その連結を当事者意思により基礎づけようとする。BGE41II591 (1915. 10. 22) は小分割をも認め、推定的当事者意思として各給付の履行地によるが、これは意思に「任意の服従」の機能を認め、履行地へ連結するもので、統一連結を放棄している。BGE60II294 (1934. 9. 18) は、契約の効力について推定的当事者意思に代えて、客観的連結の方法として最密接関連性原則を初めて導入する。意思を根拠として客観的に最も近接した法と指定するのである。BGE61III181 (1935. 6. 19) は、仮定的意思によりながら、中間定式を採用し、密接関連性によって、請負契約については住所が共通の企業間の契約であり、締結地かつ履行地を基準とし、保証契約については、その「本来の本質」は保証行為であり、保証人の住所と最密接関連性があるという。BGE62II125 (1936. 6. 9) は、推定的当事者意思によりながら、履行地によるので結局「任意の服従」構成に準じた客観連結といえるであろう。BGE63II42 (1937. 3. 2) も推定的当事者意思によるが、中間定式によるので意思に代わる客観連結として、なお、履行地を重視している。BGE63II303(1939. 2. 24) も同旨だが、諸事情から密接関連性を認定できる場合には履行地によらない(BGE63II383は同

92) Hombergerについては、すでに本文39頁でふれたところであるが、便宜、引用部分を再掲する。

旨)。BGE65II66は推定的当事者意思を根拠としながら、中間定式により、一方的契約の主たる重点は債務者の義務にあり、最密接関連性はその住所の法とある、とする。客観的連結の手がかりに契約の重心を援用する。未公開の1945年2月27日判決は、統一的連結を紹介しつつ（特徴的給付に初めてふれて）契約の効力は中間定式により客観的連結による。もはや「任意の服従」構成は採られておらず、特徴的給付は統一的連結の基準とされる。BGE76II33（1950. 2. 28）も統一的連結の基準として特徴的給付をあげるが、なおこれに従うものではない。BGE77II83（1951. 3. 29）は、法律関係と最密接関連性を示す国の法によるとしながら、これで原則として契約の効力が統一的に連結されるとし、典型的、特徴的、中心を占める給付を行う売主の国の法をあげ、更に補強する事情をあげている。つまり特徴的給付は統一的連結の基準でありながら、客観的連結の基準とも読める。BGE77III89（1951. 4. 23）は、法律関係と最密接関連性を示す地の法が準拠法であるとし、諸事情から認定するが、当該契約の種類に特徴的な給付に圧倒的重要性が認められ、その地の法によるとする。つまり統一的連結よりも密接関連性の基準に特徴的給付が使われているように見えるが、特徴的給付が密接関連性の基準とは解しがたい。

BGE77II271（1951. 7. 14）もほぼ同旨で契約の効力について、「売買については、最も密接な空間的関連性は通例売主の国の法を指す。その給付が法律関係にとって典型的であり、それゆえ中心となる。」BGE78II74（1952. 2. 12）は大及び小の分割を放棄したリーディング・ケースであるが、中間定式により客観的連結によったうえで、特徴的給付で統一的連結を図る。

以上を見ると、若干の、ゆらぎはあるが、特に契約の効力については「任意の服従」構成から履行地への連結へ、さらに任意の服従を脱して客観的連結を中間定式に求め、しかし、当事者の推定的意思を根拠とする立場から、密接関連性を諸事情から認定する立場へ移行し、やがて統一的連結のために、法

律関係の本質から準拠法の確定を行い、それが特徴的給付につながる、という構造を有している。更に客観的連結としては、最密接関連性原則＝中間定式がまず採用され、大および小の分割の終了とともに両者が合体する（最密接関連性原則は、統一連結にも分割連結にも働きのうが、分割を廃する場面では、統一連結の方に働いたのである）。特徴的給付は最密接関連性の具体化よりも統一的連結の基準であり、最密接関連性の具体化は予見可能性の確保、法的安全性に基づくのであるが、その認定の基準が必ずしも明らかでない段階では量的評価（例えば、BGE77II83は、補強する諸事情をあげるが、量的な評価も併存している）に陥らないためにもより現代的、客観的な、機能的連結により具体化されることとされた。もっとも、この統一連結は、当初、分割連結の枠内でのみなされ、国内における基準の統一の効果しか持たなかったのであるが、やがて、契約の統一連結を通じて、特徴的内容の法律あるいは機能的連結を通じて国際的な基準の統一を視野に入れており、国際的法交通の円滑（国家法たる国際私法を通じて、さらに国際的判決調和、国際的抵触最小原則の実現）に近づく可能性を含むものといえるであろう。

以上を見れば、連邦裁判所は、債権的法律行為について、伝統的連結に代わり、当事者自治を導入した。契約のようにことに近代において契約自由のもと、きわめて内容、形式において多様に発展した法分野では、そもそも客観的連結が困難である意味で行きづまっていたのであるから、理念的にも、実際的にも、客観的連結に代えてまずは主観的連結、すなわち当事者意思に法選択を委ねることが法政策的に当然とされるに至ったからである。しかし、当事者が積極的に準拠法を指定していない場合については、裁判所が当事者に代わって準拠法を決定するほかない。そこで連邦裁判所は、大分割のもと、契約の効力について当事者意思に仮託しつつ、なお「任意の服従」構成に頼り（したがって、結局は履行地へ連結し）、やがて裁判所が代わって独自の客観的

連結を行い、(当初なお当事者意思に仮託しながらも BGE60II294)「任意の服従」構成をすて、TB と法との最密接関連性を基準とする客観的連結を導入した。やがて最密接関連性の基準について、重点 (BGE65II66)、典型的な中心 (BGE67II79) にふれながら、統一的連結のために「特徴的給付」を対象に連結を行う (1945年2月27日判決) 方法を導入した。小分割への反省もあって、統一的連結の基準としての特徴的給付の理論の浸透と共に (BGE76II33、BGE477II83、BGE77II189、BGE77II271)、ついに (大、小) 分割を放棄して、契約の客観的連結として最密接関連性原則を、統一的連結として特徴的給付の理論を採用するに至った (BGE78II74)⁹³⁾。Schnitzer は、本来契約の統一連結の方法である特徴的給付の理論を一般的に採用すると共に、その特徴的給付について客観的連結を行うために最密接関連性原則を適用し (すでに一般的に客観的連結の方法としては最密接関連性原則を採用していたが)、この基準の個別具体化ではなく、統一的具體化としてまず法律関係の社会的機能を確定し、それが実際に機能する生活権の法へ連結を確定することとなった。そしてこの方法の広まりを期

待し、国際的な統一を志す。

このように最密接関連性原則は、債権的法律行為について当事者自治が働かないときの連結 (客観的連結) の方法として採用されたのであるが、それ自体では具体的連結を行い得ず、とくに実務においては現実に連結しうる具体的な決定基準が欠かせないことは明白である (予見可能性、法的安定性の確保のためのみならず)。Schintzer も問題とする、量的基準 (例えば第2抵触法リステートメント)、質的基準 (proper law も概ねこれに属しよう⁹⁴⁾) の中で、債権の本質に依拠するという意味で質的基準によりながら、まず契約一般の特徴的内容をとらえるために、現代社会における契約を構成する二つの給付、すなわち、金銭支払給付と反対給付のうち、この反対給付が契約全体を特徴づけるものであることを見出した⁹⁵⁾。その特徴的給付を現実に連結するためには、次に契約の類型化を必要とし、そのそれぞれについて特徴的給付を特定する⁹⁶⁾。社会的機能が援用される⁹⁷⁾。社会的機能を確定することは、形式的平等な諸国の法秩序との関係性において、ほぼ共通の (国家法上) の基準を導入することであり、連結の国際的統一、正当化根拠ともなり得る (逆に

93) Schnitzer, RdC (1968) は、連邦裁判所の発展を次のようにまとめている。

「第1段階 当事者の推定された意思により選ばれた履行の法の適用、法は同時に締結と契約の効果へ適用された。これは概ね Savigny の考えとドイツの実務に従う構想である。

第2段階 1906年以來契約の締結と効力の分断が現れる。そして契約の締結は締結地の法に服し、かくて当事者意思を免れ、だがそれは契約の効力については決定的であったが。

第3段階 少なくとも契約の効力を同一の法に服せしめ、小分断を避けるためにこの効力はその領土的關係が最も密接な国の法へ服従せしめられた、1934年にこの段階に達した。履行地への連結はまだしばしば主要な連結として考えられた、当事者の推定された意思に基づいていたが、この連結は徐々にその独占性を失う。

第4段階 1953年の著名な判決 78II74によれば、小分割は大分割、当事者の推定的意思と同時に最終的に放棄された。かくて、最初に、契約は、明示の合意によるあるいは諸事情から決定された当事者の選択に服し、そのような選択がないときは、最密接関係が、契約の様々な要素を考慮して、むしろ客観的な風に探求された。

第5段階 最密接関係の探求を具体化するために、契約の様々な類型の典型的な内容が考慮され、契約の類型を特徴付ける給付の責めを負う者の住所法が当該関係に連結される。

第6段階 契約類型により個別化された連結の探求というこの方法が、すべての人の意向には沿わないとしても、それはむしろ一般化された考えに将来同時に基づきうる。なぜなら、特徴的給付は、特定の法秩序の経済的又は社会的な生活の中に当該関係の機能に照準を合わせているからである。それゆえこれは関係がそのその存在根拠を広げる社会的領域のなかのある国の法秩序への連結を決めなければならない機能的連結である。(593頁以下)」

94) Cf. Jaffy, 英国 proper law doctrine と EEC 条約, 33ICLQ (1984), pp.531-557

95) Cf. Vischer, The Principles of the typical Performance in International contracts and the Draft Convention in: Lipstein (ed.), Harmonization of PIL by the EEC (1978), pp.25ff. 「スイス連邦裁判所の実務における発展が示しているように、原則の主たる目的は法適用における分裂の回避である。それは、当事者の相互的債務は関係し合っており、かつ依存しているという事実によって正当化される。」

批判の対象ともなり得るが⁹⁸⁾。いずれにせよ、Schnitzer は、本文96頁以下にあるように、契約の類型化により立法化を目指したのである。

Schnitzer は、債権的法律行為の連結において得られた連結方法（最密接関連性原則、特徴的内容の法律、機能的連結）を体系的に一般的連結論へ高めた初めての人であると言える。

この機能的連結点をもって、Schnitzer は、現代国際社会（特に大陸法における）に適合した最密接関連性原則と、単位法律関係の機能的精緻化を少なくとも債権的法律行為において実現しようとしている。もっとも最密接関連性原則による連結の具体的基準については、なお量的基準もあり、質的にも連

結における価値＝抵触法上の利益の探求がなおありうる⁹⁹⁾。この Savigny の理想とする価値、優遇原則、近時の人権など、検討すべきものも少なくなく、法の多様化と共に、今後の検討課題としたい¹⁰⁰⁾。

(3) 「国際私法の現在と将来についての考察」¹⁰¹⁾

Savigny に由来する伝統的な連結に代えて、「法的に重要な TB が、渉外的 TB について一つを超える法秩序と関係を有する個別要素から成り立っている場合、準拠法を定める際にどの要素が優先するかを決めることが必要である。この場合には、すでに、重要な手がかりが存在した。例えば、法律関係の重点 (Gierke)、または合衆国における “most significant factor”、〔スイス連邦裁判所の〕der

96) これが特徴的給付論の欠点だとする批判もある。Cf. Lipstein, op. cit. 「(i) 「特徴的給付 performance」の原則は、それが乗り越えようとする諸原則（プロパー・ロー、本拠、履行地、最密接関連性、仮定的意思）より決して特定されておらず、様々なカテゴリーは各自が特徴的給付を確定しなければならない。

(ii) 連結点は恣意的に選択されており、悪く定義されている特徴的給付の確定のための基準としてもそうである。

(iii) 特定タイプ債権の実質は以前に用いられていた技術によるより新しいプロセスによる方が決してより容易に確定されうるものではない。

(iv) 法律関係は、そのグルーピングによっては個別化され得ず、個々の関係を一つずつ分析することでのみできる。幾つかの契約は非典型的で、他は複合的である。

(v) 契約の特定のカテゴリーの属性は特徴的給付を特定することはできない。

(vi) 金銭支払義務もまた特徴的給付を構成しうる。

(vii) 法律関係または債務のエッセンスおよび機能に基づいた基準は見当違いである。後者は前者をゆがめることはできない。ただし前者は不変でなければならない、後者は変化するからである。」これに対して Schnitzer は、機能的連結も含めて実務上最低限必要な作業であると反論する。なお、特徴的内容の法の難点については、ノイハウス（櫻田訳）『国際私法の基礎理論』（成文堂、2000年）200頁以下参照。

97) Vischer, op. cit. 「1. 原則はその特定の社会目的に関して特に契約の機能の検討を要求する。その社会的圏内に契約が根付いている国が何かという問題は、その社会的機能を特徴付ける契約中の権利と義務に集中すること答えられるべく探求される。この社会的機能は通常、非金銭的給付によって特徴付けられている。

2. 特徴的な権利と義務の給付、すなわち通常は非金銭的債務を履行しなければならない契約の当事者のそれであるが、その状況への集中は、一般にこの当事者が、金銭的約因を負っている相手方よりより注意を払わなければならない、またその債務がより複雑で、しばしば法規によりより広い範囲で規律されている事実を特別に顧慮している。特徴的給付の給付者の居所の法の適用は、それゆえ、当事者の典型的利益を考慮しようという企てである。」

98) Schwind, a.a.O. は、単位法律関係の機能的形式について述べ、「法の発展段階と社会的構造の間に深く根ざした違いがある場合にのみ、この機能的違いが意識され」というが、契約の機能においては、現代社会では、各国で機能が相違するという事態は、例外に属するものと思われる。

99) Schriter, Realismus als Rechtsprinzip, ZfRV 18 (1977), S. 259 では、価値の多元化を認めて、次のようにいう。

すなわち、「渉外的 TB は二つ以上の国家の法秩序と関係を有するのであるから、その国の内国法が必ずしも、渉外的 TB を整序するために常に「正しい」法であるわけではない。そこからは、TB がその特徴的内容に従って最も密接な関連性を有する法に TB を服せしめるといふ公準が出てくる（注5 Schnitzer, HB, 4. Aufl. 1957, Bd. I, 57ff, 619ff. 参照）。しかし、その要素が最も重要である価値観念は、例えば国籍、住所のそれは、周知のように、国ごとに違っている。国際法がここで拘束力ある原則を定めているというものは、全く非現実的である。それ故現実的であるのは、実定国際私法は、特定法秩序への配分を正しくなく行うとしても、有効であることは承認されるべきで、特に正当性、正義と言ってもよいが、の概念はこの意味で相対的である。今日存在する多元的見解においては、国際私法における連結点の評価が国ごとに違っている場合には、それをも現実的とみなさなければならない。文化の接近によって価値の観念がますます均一化する時にその限りでのみそれは変化しうるであろう。」

100) 戦後における抵触規則のあり方の変化について、例えば Roese, The ever Changing rules of choice of law, in De Conflictu legem (1962), pp.389-397 参照。

101) Schnitzer, Betrachtung zur Gegenwart und Zukunft des IPR, RabelsZ 38 (1974), S. 317-343.

engste räumliche Zusammenhang である。もはや抽象的な連結点ではなく、内的な (innerlich)、すなわち法律関係の本質 (Wesen) に基づく連結点を探求することによって正しい解決に近づいている。この際、もちろん、単に重点と言うだけではあまりに曖昧であり、また、空間的関連性だけを言うのはあまりにも狭すぎ、Batiffol の勧める "Lokalisierung" もまだあまりにも空間的に捕えられている。けだし人的に重要な結びつきも存在しうからである。」

連邦裁判所はこの点について、最密接関連性による定式で答えたが、「連邦裁判所の定式は答えと言うより問題提起に過ぎない。それゆえ、どこに重点があるか、どこに最密接関連性があるか、TB のどの要素がその法律関係にとって最も特徴があるか (bezeichnend) を自問しなければならない。つまり具体的結果を得るためには、ある法律関係の特徴的内容を確定し、それを原則として準拠されるものと見なす必要がある。特に、契約については、契約を特徴付ける給付を示す法を適用することが合理的となるように思われる。特徴的給付の確定は、それに加えて比較的簡単である。なぜなら、現代の経済生活においては、一般に、当事者の一方が、その契約のカテゴリーにとって特徴的でないもの、つまり反対給付に対する金銭支払という、一つの給付のみを引き受けるからである。それに対して、その契約カテゴリーは、売却する、保険する、運送するなど別の給付によって特徴付けられている。この給付は、一般に営業的にまたは職業的に行使される。したがって、この者がその恒常的な活動を行う場所が所与の連結点である。この解決は、さらなる長所として、給付を求めた者の国籍、住所と関わりなく、すべての人に対して統一的に妥当することである。いづれにせよ、極めて頻繁に、準拠される契約条件は、この当事者から、一般的取引条件、銀行約款、運送条件として定型的に誰に対しても確定される。この解決は、事案の大多数について用いられる。し

かし、それはドグマではなく、個別事例では、別の親近性 Näherberechtigung が問題となろう。

債権法、特に契約法にとっては、実質に即した連結は、法律関係を特徴付ける給付を引き受ける当事者の住所〔本拠〕の法が適用される点に見いだされよう。」

立法も契約についてなお不十分な状況であるが、債権法においては法定債権も問題となりつつある。そこで、特徴的内容による連結の方法の契約以外の分野への適用、即ち一般的連結論としての特徴的内容の法律が俎上にのる¹⁰²⁾。

「物権法における連結は簡単である。特徴的なのは物の処分である。物の所在地への連結は適切である、なぜならそこでのみ処分はその物的効果において生じるからである。

より困難なのは、広義における属人法の領域〔人事法、親族法、相続法〕での連結である。ここでは国籍への連結と住所への連結が対立している。

国際私法の歴史がそれを示している。そこではまず部族所属性、つまり人的要素が基準とされる連結と見なされていた。部族の強度の混交の結果、当事者の宣言により、つまり一種の *professio iuris* が初めてどれが属人法かを明らかにしなければならなかった。この方法は、申告の正当性が審査に困難であり、その者による一種の恣意的な法選択が生じたときに、放棄されなければならなかった。それに対して、属人法を、誰かが「寝て、起きる」ところの法に服せしめることがより合理的であると思われる。この連結は 19 世紀に至るまで普通法全体における準拠原則として適用された。その後フランス革命が Nation の概念を生み出したときに一階層と身分を融解させるために本来内的理由から一再び、民法典が国籍への連結を国際私法へ持ち込んだ。イタリアとドイツが Nation 及び国家となったときに、一再び政治的理由から一国籍原則が受け入れられた。現在、将来について再び変革が予告されている。

102) なお、一般的な法律関係の特徴的内容による連結については、ノイハウス (櫻田訳) 『国際私法の基礎理論』198-200 頁参照。

諸民族の絶えざる混交は、どの国にその者が属しているかよりどのような状況下で個人が生活しているの方が重要であるように思われる。そのように今日、例えばブラジル民法では一般的に住所原則による国籍原則の置き換えがある。北欧条約には同様の展開が示されている。1931年2月6日の婚姻法、養子縁組法、後見法に関する分野の国際私法規定に関する北欧条約によれば、スウェーデンでは、北欧条約国の国民へのそこで支配的な国籍原則に対して、婚姻締結国の法が、夫婦がその住所を2年以来この国に有しているときは、婚姻締結及び離婚の判断のために適用される。この規定は、1947年7月10日の命令によりすべての他の外国の国民へ拡張された。例外は、ハーグ婚姻締結条約が適用される諸国の国民である。

婚姻法の領域においても同様にフランスの判例が想起されるべきである。Riviere判決以来、破産院は、民法典は国籍原則を奉じているにもかかわらず、国籍を異にする夫婦の離婚に、共通の実効的婚姻住居の地の法を適用し、二つの異なる法の適用の阻害性を防止して婚姻生活の環境にしたがって離婚を取り扱った。さらに国際的条約が触れられるべきで、つまり官庁の管轄権及び未成年者の保護の分野における準拠法に関する1961年10月5日のハーグ条約であるが、これは以前の後見条約と反対に原則として、例外はあるが、住所原則を適用し、さらに、1956年10月24日の子に対する扶養義務の準拠法に関する条約で、これはその需要が生じる子の常居所へ適切にも連結している。

多数の諸国がなお強く国籍原則にこだわっていることを見過ごすことはできないが、いずれにせよ、まず西及び中央ヨーロッパにおいて住所原則が進展するものと考えられる。その場合には、拡大された欧州共同体の枠内で、居住の自由が法律によって承認され、国民の相互依存と混交がさらに増大することが寄与しよう。21世紀は、19世紀初めにその国

際私法への進出がなされた後で、国籍原則がふたたび国際私法から追い出されるかもしれない。住所原則の一般的な導入は、国籍原則と住所原則の対立において存在する重要な阻害要因を取り除き、それによって、抵触法をより簡単に、完全に形成するであろう。さらに抵触法が規律されるべき法律関係の内容に従って、つまりそれによりこの特徴的要素を定めれば、今日の姿における抵触法に対して提起される一部分的には正当な重要な批判がなくなることであろう。」

かくて国際私法の将来の発展については以下のようにとまとめている。

「まとめとして述べるべきは、各国法秩序が国際私法の法源である限りは、国際私法は国際的TBがどの法に従属するべきかのみを検討することが出来るという結果である。このTBが外的要素(fremdes Element)を含んでいるので、潜在的準拠法秩序として内国法秩序又は外国法秩序が問題となる。国際的TBは外的要素を有しているので、内国法(lex fori)の適用を優先することは許されない。国際私法はむしろ、取り扱われるべき法律関係がどの法に配分(Zuordnung)¹⁰³⁾されるべきかを客観的に検討しなければならない。それは慣習法によるあるいは制定法による「抵触規定」〔招致規範〕により行われる。その配分が、その配分の実質的結果を予見していないので、blindであるという批判は、あたらないが、しかし、国際私法自体がそれに従って決定することが出来る普遍的な正義がないというので、避けられないものである。連結点がアプリオリ、抽象的ではなく、また外面的関係に従ってでなく、法律関係を特徴付ける内容に従って、例えば契約については契約カテゴリーを特徴付ける給付に従って行われることによって、その批判にこたえることができる。その配分が、判断されるべき法律関係の内的本質に従ってなされると、それによって法発見は十分に具体的で精妙である。

103) Zuordnungについては、Schnitzer Die Zuordnung der Verträge in IPA, Rabelz33 (1969), S. 17-29 参照。

国際的 TB が直接的でなく、また統一的でもなく規律される場合には、たしかに理想的でないと思われる。両現象は、しかし、今日の世界の政治状況、また文化の多様性に依存している。世界が主権国家に分かれており、この様々な諸国の法秩序が渉外的 TB の規律に対して法源である場合で、その限りでは、この点はほとんど変えることが出来ない。その国際私法においてその規律を行う法秩序は、イデオロギーの点での相違に応じて、実質的利益において様々な規律されている。その価値判断もこれにより影響されている。

この法状態の緩衝剤と改善は、ある程度は考えられ、実行可能である。規律の重複と欠缺を二国間及び多国間条約により乗り越えることは賞賛に値する。その際、内容的に併行する抵触規定が合意されることもできる。また、諸概念、例えば住所地の性質決定を一つの条約の中で特に当事国に対して拘束力あるものとして確定することも出来る。さらに、いくつかの分野においては、集合的条約によって統一法が作られたのであり、例えば手形・小切手法及び運送法においてである。商事証券の分野では、合衆国においてさえ、英米法やジュネーブ条約の法を統一する準備作業が進行中である。

この条約による規律の弱点は、条約が廃棄されうると言うことである。又残念なことに、この統一法の分野での法統一を保証する何ら統一的な国際的裁判所が作られなかったと言うことである。そこで、国の裁判所は他国の司法を互いに知らないのが普通なので異なって裁判するのである。単なる条約関係から、組織的に裏付けられ、固有の機関を有し、国内法に優先する Union となる場合には、改善がなされる。参考となる、法源として各国の枠を超える例は、構成国において直接的な法効果を及ぼし、または少なくとも拘束力がある指令であるが、その執行を各国に委ね、その諸機関により共同体法を作る、

ヨーロッパ経済共同体である。共同体法の法統一性は、ここではルクセンブルクの欧州裁判所の設置により保証されている。独創的なローマ条約の規定は、国の裁判所に、共同体法の問題を拘束力ある先決判決のためにこの裁判所に提起する可能性をもたらした。国の裁判所はこれに義務づけられてさえいる。この規定が死文にとどまるという心配は杞憂であり、むしろ国家裁判所（裁判所ほかの官庁）は、絶えず増加するという程度に、欧州裁判所に判決を求めて裁判に問題を提起している。

同様の統合が将来においても別のところでなされよう。特に、今日の経済の相互依存は、国の法の違いを、渉外的法関係の規律における不確実性と障害として捉える。文化の接近においては、だが、経済の分野の外においても、しばしば他の事項においてパラレルな傾向が確認されることができ、親族及び相続法においてそうである。すなわち、親権における *patria potestas* の変遷、子の福祉の利益におけるその行使、養子縁組の容易化、無遺言相続の近親への限定である。そこから、法の適応と統一の可能性が生じる。

国際的 TB の規律のさらなる発展にとって決定的であるのは、政治的展開への相互の了解である。これまで各国、特に国民国家は、19世紀にそれが形成されてきたように、第1に、その利己的な利益から出発してきた。たしかに George Scelle はその国際法において、各国の機関は、その利益を代表するのみではなく、同時にまだ存在していない、すべての諸国の法共同体の機関の代償物 (*Ersatz*) として機能しなければならないという見解を主張した¹⁰⁴⁾。因みに、すでに Savigny は法規制のベースとして諸国家の法共同体から出発していた。しかし実際にはこれまでのところ各国利益の優越が続いてきたのである。しかしそれは変わりはじめている。現代世界が提起する課題は、公害、核兵器、地球外空間の

104) 注25 Vgl. Kopelmanas, La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution des problèmes dites des conflits de lois, in: FS-G. Scelle II (1950) 753ff. Vgl. weiter Wiebringhaus, Das Gesetz der funktionellen Verdoppelung² (1955).)

探索、世界為替システムの秩序の問題など、個別国家の能力を何倍も超えている。かくて諸国家は、協力すること、その場合に、その主権概念を柔軟にし、または述べるように、その主権を出しあうことを余儀なくされる。この発展が如何に困難であるかは、もちろん、国民感情をむげに扱わないために、supranationalという言葉で、できるだけ避けようとする点に現れている。

例えばスイス連邦参事会においてカントンがもはや、これまでその主権の分野に数えてきた課題〔道路建設、学校、大学〕を遂行することは出来ず、それゆえ、連邦憲法の変更により、絶えずより広い役割を連邦に委ねることを強いられているように、個別国家は、だんだん、役割を共同体において遂行することをしぶしぶ承諾しなければならない。このことは、次第に、内部的には Gemeinnutz geht vor Eigennutz というテーゼを立てた国家は、国際的レベルでは、諸国家の共同体の Gemeinwohl が個別国家の Eigennutz に優先するという原則を付け足さなければならない。

そこからは国際私法については、まず出てくるのは、国際的 TB については他の利益を承認し、また自己の利益のみからのみではなく出発する用意がよりなければならないということである。それは、法の規律はもはや一方的に国家的法源から行われるのではなく、法源として国際的に上位に立つ共通の法秩序から行われることをもたらさう。

解決は、段階的に実現されよう。個別国家の機関の変化した精神的態度は、国際的法律関係を内国国際私法の規範により一方的に規律するのではなく、その範囲がより広い空間 (Raum) で考える今日の需要に従って地理的に一層広がってゆき、大陸全体、それより広く対象としうるのであろう、二国間及び多国間の条約によって規律するというより幅広い覚悟をもたらすであろう。今日すでにヨーロッパ会社法という法制度の整備が考えられている。統一的なヨーロッパ債権法を考えることは十分に可能で、特に、それは法律家及び関連サークルの仕事の問題で

あり、国民全体の感情の問題ではない。取引法においては、その国際的取引において国により異なる規制により妨げられないという商人たちの希望が支配している。かつての取引慣習、特に海事取引の慣行が普遍的妥当性を有していたように、国際的取引法の創設を考えてみよう。親族・相続法における収斂する傾向は、ここでも法の接近の可能性をうかがわせている。

それゆえ、将来については、法統一、「普通」法を考え得る。その原則は、もはや教会法学者の veritas, ratio としてのローマ法、又古いスタイルの自然法ではない。その内容は、具体的に予言することは出来ないが、むしろ、現代世界の必要性によっている。しかし、今日の視点からは、例えば居住の自由、すべての者の平等、最も適した場所での生産、すべての者への財貨の分配、などの原則が考えられ得、したがって各自がきちんと暮らしを立て、衣服をまとい、居住しうる等々である。

絶対的な平等主義はその際守られるべきドグマではない。地域的相違が存在し続け、その維持が望ましい限りでは、それは尊重されるべきであろう。しかし、一つの歴史的カテゴリーに過ぎず、瞬間的な状態を反映している現在の諸国家は、永久に最適の単位であるとはされない。むしろ、世界の諸地方 (Distrikte (Regionen)) への別の分類の方が合理的とされ得よう。これらの地域は、しかし、もはや主権国家ではなく、全体の自治的地域 (autonome Bezirke) であろうし、その法は、一今日、国家の中の Gemeinde の法のように一法秩序全体から統制された法であろう。この世界の新たな秩序が生じるとすると、それによって今日の意味における国際私法学者の役割が、つまり抵触規定による国際的 TB の国の法秩序への配分は、終わる。それまで、つまりなお幾ばくかの時間、国際私法規定の改善に邁進することが国際私法学者の課題であり、これは狭い意味での法学的活動のみならず、絶えず変遷する人間社会の政治的、社会学的、経済学的、文化的状態の絶えざる観察を要する課題である。」

まとめにかえて——本拠説と密接関連性原則

Savigny は、人と法が一定の法、法域に服属する法的根拠として、管轄権については、ローマ法においては都市市民権、それがいない場合には住所であったが（住所をもって任意にその管轄権に服従する、従って多重たり得る）、都市市民権がなくなった現代ローマ法においてはそれが住所であることをまず確定する。人の法に支配される生活関係である法律関係については、次の通り述べる。

「360節 これまでの検討の経過は次のようであった。個々の人の特定の土地の法への服従（Unterordnung）つまり人の特定の法域（Rechtsgebiet）への帰属が導き出されるべき法的根拠が探求された（345節）。そのような法的根拠としてはローマ法上は都市の市民権（origo）が認められ、ただそれがなければ特定の都市の領域の住所（Wohnsitz）が認められた（359節—357節）。現代法においては都市市民権はないので代わって特定の法律管轄区域（Gesetzsprenkel）の中の住所がでてきた（358節、359節）。

しかし同時にこの規定はわれわれの課題の解決の基礎を提供しうるだけにとどまり、そのような解決自体と見られてはならないことも認められていた。なぜならこの解決のためにはその抽象的な存在における人の考察（並びに上でふれた規定）だけでは十分とはいえ、むしろ人は全く別の観点から考察されなければならない、つまり取得された権利という広い範囲に入って行く存在として、異なる法域に入っていく可能性を同時に認められたこれらの権利の担い手として、である（345節）。

従ってわれわれの検討の対象はこれまで人であり、個別的な法域としての特定の場所へその人を結びつける紐帯をさがし求めることであったが、それにかえて、いまや他の対象、つまり特定の場所、個別的な法域をそのために確定しなければならない法律関係の検討へと向かう。しかしこの二つの部分の検討を表現上もより密接にするためには、順序においては各々のクラスの法律関係に対して特定の本拠

（Sitz）が探求されるべきであると問うこともできる。

このような考え方に従って、上記の他の関係ですでに暫定的に立てられた定式をここで繰り返したい（348節）。それによれば全体的な課題は、各法律関係についてこの法律関係がその本来の性質に応じて帰属するまたは服している（そこにそれがその本拠を有する）法域が探求されるべきである、ということである。この定式は同一国家の土地の法の抵触と異なる国家のそれとに本質上同様に適用される。」（現代ローマ法体系第八巻）。つまり、人の、法の支配を受ける生活関係である法律関係について、逆に、それが一定法域へ従属する一般的基準としては、人について法域に従属する故郷（本拠）があるように法律関係についても故郷に擬せられる本拠が指定され、その本拠をもって、一定法域へ従属し（同じく一定の事実をもって任意に服従する）、その法の支配を受けることとされる。

かくて、渉外的法律関係について生じる法の抵触の解決については、以下のとおりまとめられよう。

Savigny は、文化的同質性を前提とする国際法的共同体を指定した上で、内外領邦法の衝突が、外国法と法律関係の構成事実（契約締結地、係争物の所在地、当事者の国籍など、一般的には住所（人）、所在地（物）、法律行為（行為）、訴訟（法廷地）によって外国法と関係する係争法律事実について生じ、その解決のために、条例理論の様に法律の主権性（属地性）によるのではなく、少なくとも人の権利・義務については、内外人平等、人の活動範囲である法律関係の平等取扱いを求める。しかし法衝突を解決する実定抵触規則（例えば法規、条例理論など）が存在しない当時の現状に鑑み、また法廷地法主義も「よく知られたどの国の立法にも見いだされず」また、「異なった民族の間の交渉が多様になり活発になればなるほど、ますます、そういう厳格な原則に固執しないで、むしろ反対の原則と取り替えるのが当を得ている」ので採用できない。この立場は、「法律関係の取扱いにおける望ましい相互性

と、そこから出てくる、内国人と外国人の判定における平等性であって、この平等性は、全体としては、諸民族および個人々の共通の利益によって要求される。というのは、この平等性は、完全に発達すれば、各個の国において外国人が内国人のみならず、法律関係も、法律の衝突の場合には、どの国で判決が言い渡されるかの区別なしに、同じ判定を期待できるからである。」この立場は、「互いに交流する諸国の国際法的共同体の立場であり、この立場は、時代が進むにつれて、一部は共通のキリスト教的教養の影響のもとに、一部は、そこからすべての当事者にとって出てくる真の利益の影響の基に、ますます一般的な承認を得てきている。」かくて地際私法と国際私法の共通の課題は「どの法律関係においても、この法律関係がその独特の性質に応じて属しているまたは服している法的領域が、捜し出されること」(サヴィニー『現代ローマ法体系 第八巻』(小橋一郎訳) 27頁以下による)である。裁判籍については、人は役所への任意の服従によって管轄権が定まり、多重的であり得るが、場所的法への任意の服従は単一なものでなければならない。人の任意に服従する法域は住所であるが、法律関係が、服従する法域はその法律関係の特性により決まる本拠によるがこれは人の本拠である住所と区別される。

このように、法律関係の独特の性質に応じてその属する法域を探求する、すなわち、法律関係の特性に応じて連結するが、この法律関係は現実の法律関係というより、ローマ法的典型的体系概念であり、個別の法律関係毎にというより類型的体系概念毎であり、それを単位として、その現代ローマ法上の「故郷」の法を見出すのである。

Schnitzerの方法は、現実の国際社会、つまり必ずしも文化的同質性を前提しない主権国家体制、その実質を問わない形式的な主権平等が妥当する社会にあって、国際法上は生じうる主権の抵触は、国内法たる国際私法においては生じず、事案と各国の法と生じうる関係性の競合について最密接関連性原則を提唱する。契約について判例上導入された最密接関係性原則を、特徴的給付、機能的連結により実務上実行可能な方法に発展させて、一般的連結論として基礎づけた点で現代連結論を開拓したのである。Savignyの措定する社会において妥当しえた本拠説は、現代的方法に置き換えられたと言って良い。

Schnitzerは、渉外的事案における管轄権行使は、主権平等の諸国の管轄権の競合する事態に直面して、内国に最小限の関連性さえあれば国際法上は正当化される。しかしSchnitzerはそこに正しい関連性を要求する、すなわち渉外事案に適合した管轄権である。国法上の原理としては内国との関係性が当然要求されるのであろうが、主権国家の併存の現実のもと、内国との関係性を優先することなく(往々にして内国関連性が要求されてきた経緯の中で)、連結素を通じて認められる諸国の当該事案への関連性は平等に取り扱われ(すなわちすべての連結素は形式的には平等)、それらの評価によって、その中で最も密接なものを選ぶことで法適用が国際的に正当化される、正しい法適用と認められる¹⁰⁵⁾。しかしこの最密接関連性は2点において具体化されなければならない。第1その前提として最密接関係性が問われる対象であるTBの本質とはなにか、本質のどの要素との関連性か、第2に関連性認定の基準が何か(量的基準、質的基準のほか、利益や価値も衡

105) Savignyにおける国家は、民族共同体から生成した有機的現れであり(「民族のうちに、民族により、民族のために」成立する国家(小橋訳53頁))、諸国家の精神的共同体から生成した国際法も不完全ながら、実定法であるが、その異質の民族への類推適用は、もはや実定法ではない。しかしながら、このような基礎を有しない近代主権国家の間に存在する現代国際社会は、このような共同体ならぬ諸国の集団であるので、形式的な主権平等を原則とする主権の抵触を規律するのが国際法である。したがって、SavignyのInternationales Rechtにおいては前提されなかった主権抵触が現代国際私法においては生じる可能性があり、事実、それを前提に国際私法が提唱され得たが、Schnitzerが指摘するごとく、渉外私法関係に関する準拠法決定に際しては、主権の抵触は生じておらず、ただ法的安定性と円滑な国際法交通の実現という法政策的要請から、法とTBとの関係性の抵触の解決のために、最密接関連性原則が導入されたのである。付言すれば、Savignyにとって、実定法とは領邦法と普通法であり、普通法は『現代ローマ法』にほかならない(サヴィニー『現代ローマ法体系 第8巻』(小橋訳31頁、33-34頁))。

量の対象となりうる)、である。Schnitzerは第1の点について法律関係の特徴的内容をまず確定し、次いで第2の問題ともオーヴァーラップするのであるが、連結の対象を客観的に特定するために、現代的にその社会的機能を特定する、第2にそれと関連する法の特定にあたって、諸事情の中から、その社会的機能が発現する生活圏の法を特定し、TBと最も密接な関連性を有する法を選び出す。これを配分というのである。

一般化された最密接関連性原則については、これらの検討をさらに具体化すべきであるが、これは最密接関連性を扱った、条約（特にハーグ条約、ローマ条約など）、立法（特にオーストリア国際私法、スイス国際私法）など、また戦後のいわゆる国際私法の危機の検討が欠かせないが、本稿では果たし得ないので、次稿に譲る。いささか竜頭蛇尾であるが、大方の、ご寛恕を乞う次第である。

追記

最後に Schwind による Schnitzer の訃報を以下に掲げておく。

Gutzwiller と合わせた訃報であるが、時代の Milleu を伝えるものとして、全文を紹介する。さらに、Schnitzer の主要著作一覧も掲載するので、今後の Schnitzer 研究のよすがとして頂ければ幸いである。

Schwind, ZfRV 30 (1989), S.81-82.

Max Gutzwiller (1. 10. 1889-6. 2. 1989)

Adolf F. Schnitzer (30. 7. 1989-12. 1. 1889)

スイスにおける、国際私法及び比較法の Altmeister である、Max Gutzwiller と Adolf F. Schnitzer は、業績の豊かな、満ちた人生の後に、両者とも、100歳を迎える年に、相次ぎ逝去された。

Max Gutzwiller は、後に多年にわたり教授した、Fribourg 大学創建の日である 1889年10月1日に生を受けた、全身全霊でスイス人であり、この国に深く結びついてきたが。それを越えて、国際的に崇敬

された世界人であった。そして、世界的な重要人物であったと言って良い。このことは、ハーグ会議及び ILA 会議の枠内ではきわめて顕著であった。

第1次世界大戦直後、まだ青年であった、Gutzwiller は、外交官であり、同時に Alfred von Verdross がオーストリア大使館で Attachè であったベルリンで国を代表していた。優雅な外見と押出と言葉の練達さは、この職業において高度に有能であったが、1921年に Fribourg 大学の招聘を受け、それからずっと学問に勤しむことになった。

Fribourg から、学問上の道は、その後、Gutzwiller が 1926年から 1936年まで教授した Heidelberg へ至った。新しいドイツの体制の影響が学問及び教育に一層、劇的かつ阻害的に感じられるようになったときに、スイスに帰ってきた。多くの、国際私法及び比較法の他の教師のように、かれはローマ法から出発した。本稿の筆者も同じ道をたどったので、歴史の知識がきわめて、国際的視野を鋭くするかが分かるのである。

Gutzwiller の感銘をあたえる著作目録に目を通した者はすぐに気づくのであるが、比較法及び国際私法の性質を有するテーマが非常に勝っていることである。しかし、この人物の卓越した学問的業績の終わりには、90歳代になるころに著された、1917年の国際私法に関するイタリア・フランス注解学派の理論に関する博士論文で始められたものがそこで終わる、法典化時代の初めまで遡る国際私法の歴史がある。

Gutzwiller にとっては、国家社会主義により引き起こされた Heidelberg からスイスへの帰還はその人生におけるなんら本質をなす断裂ではなかったが、Schnitzer の職業生活は、その故郷であるドイツにおける政治的發展により最も深刻にとらわれた。1889年7月30日にベルリンで生まれた者は、ドイツの、実務にいそしむ法曹の普通の道を歩んだが、1933年に移民の運命が彼を襲い、スイスへと導いた。当初はジュネーヴで、その後 Lyon で、比較法と国際私法にいそしみ、1935年ジュネーヴ大

学の政治学博士で学業を終えた。ジュネーヴ及びリヨン大学の講師としての活動と並んで、多数の法律組織の国際的顧問として、特に難民組織において活動した。それとともに、第4版に及び公刊された2巻本の訴訟法を含む国際私法ハンドブック並びに国際商事、手形、小切手法ハンドブック、また2巻本の「比較法学」を著す時間を見いだした。これらの大作及び多数のより短い研究及び論文は、ジュネーヴ及びウブサラ大学の名誉博士の授与という学術的承認を得たのである。

オーストリア国際私法制定法への Schnitzer の影響とその名前と結びついた学説について本稿筆者は Schnitzer の 90 歳の誕生日にちなんだ記念論文集への寄稿において論じた。しかし、本誌もまた、かれを敬意をもって追悼する理由が十分にある。1960 年の第 1 号においてすでに「スイス・オーストリア法交通における親権と後見」に関する寄稿論文、続いて 1963 年の「諸国民とその法の接近」という論文が存在する。更に何度もその名前が ZfRV に見られる。すなわち、1969 年「国際的 TB への内国または外国の法の適用」、1973 年「比較法の課題」、さらに 1976 年「比較法、国際私法、国際法」、最後に 1984 年「国際私法の法典化。比較法的研究」(Susan Chatelain と共著)である。逝去者は高齢に至るまでその知見と経験を我々の雑誌にも提供した。墓碑に向かって感謝する次第である。

Fritz Schwind

Adolf Schnitzer (1989. 7. 30-1989. 1. 12)

主要著作一覧

- | | |
|---|---|
| <p>1910 Der Niessbrauch an einer Erbschaft, an einem Erbteile und an sämtlichen Erbteilen : Jena, den 12. Juli 1910, Kammergerichtsreferendar aus Berlin, genhemigt von der Juristischen Fakultät zu Jena auf Antrag der Prof. Dr. Hedemann,</p> <p>1935 Staat und Gebietshoheit</p> <p>1937 Handbuch IPR</p> | <p>1938 Handbuch d. intl. Handels,Wechsels-Checkrechts</p> <p>1938 La production des preuves en justice en droit Suisse et en droit allemande, Bulletin trimester legislation comparé N. 4 (1938 (oct.-dec.)), pp.236-264</p> <p>1938 Le droit international en matière de chèques, Nouv. Rev, dip., pp.256-286.</p> <p>1939 Die Parteiautonomie im internen und im internationalen Recht, SJZ 35, S.305-311, S.323-329.</p> <p>1939 L'autonomie des parties en droit interne et en droit international, Rev.crit.dip1939, pp.243-266.</p> <p>1939 Der Beweisantritt in den Prozessordnungen der Schwiz, ZSR 58, S.309-343</p> <p>1940 Das Problem der Form im IPR, SJZ 36 (1940), S.357-363.</p> <p>1941 Testamentsform und Internationales Recht SJZ38, S.1-12.</p> <p>1942 Die Schenkung im IPR, SJZ 39, S. 1-6.</p> <p>1944 Handbuch IPR 2. Aufl.</p> <p>1945 Der Güterstand schweizerischer Ehegatten im Ausland SJZ 41 (1945), S. 65-72</p> <p>1945 Vergleichende Rechtslehre</p> <p>1946 (1. 23 講演) Die Rechtsanwendung durch den nationalen und den internationalen Richter, ZSR 46 (1947) S. 165-197</p> <p>1946 De la diversité et de l'Unification du droit</p> <p>1947 Die Rechtsanwendung durch den nationalen und den internationalen Richter, ZSR 66, S. 165-197.</p> <p>1950 HandbuchIPR 3. Aufl.</p> <p>1953 Vertragsfreiheit und Rechtswahl SJZ, 49, S. 285-293</p> <p>1953 Rechtsanwendung auf Verträge, FS-Lewald S. 383-392</p> <p>1954 Le Droit internationale privé Suisse, Rev.</p> |
|---|---|

- hell. Dr. int. 7, pp.143-163
- 1955 La loi applicable aux contras Rev. crit. dip
44, pp.459-484
- 1955 Bedarf das schweizerische IPR eines neuen
Gesetzes? SJIR 1955, S. 55-74.
- 1955 Der Sinn des IPR, SJZ 51, S.289-292.
- 1957/58 HBIPR 4. Aufl. (Moser 書評 : SJZ 54, S.
141-142.)
- 1958 Staatsangehörigkeit (rechtsvergleichend),
ZSR 71, S. 803-836. [未確認]
- 1959 Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes,
FG-Gutzwiller, S. 429-443.
- 1960 Elterliche Gewalt und Vormundschaft im
schweizerischen und österreichischen
Rechtsverkehr, ZfRV 1, S. 98-104
- 1961 Vergleichende Rechtslehre 2. Aufl. Bd.1 und
2.
- 1962 Ist massive Rezeption fremden Rechts
gerechtfertigt? Problèmes Contemporains
de Droit Comparé T.1 pp.115-154 : 桑田三
郎訳「外国法の包括承継は正当とされるか」
比較法雑誌7巻1・2号249頁以下 (1972)
- 1962 Fremdenrecht; Mindeststandard; Schulden-
und Clearingabkommen; Schwedische
Anleihen-Kontroverse; Staatsanleihe in :
Struppe-Schlochauer, Wörterbuch des
Völkerrecht, 2. Aufl.
- 1963 Die Annäherung der Völker und ihrer Rechte,
ZfRV 4, S. 227-237.
- 1963 Die Treuhand (der Trust) u. das IPR
Gedächtnisschrift Ludwig Marxer, S. 53-113
- 1965 Le trust et la foundation dans les conflits de
lois. Rev. Crit. dip 54, pp.479-498.
- 1965 Trust und Stiftung SJZ 61, S. 197-201.
- 1968 Le contrats internationaux en d. i. p Suisse
RdC 1968 I, pp.541-634
- 1968 Internationale Gerichtsbarkeit und
Rechtsanwendung, Rec. d' Etudes de droit
international en l' honneur de Paul
Guggenheim S. 702-742
- 1968 Das interne Ehegüterrecht ausländischer
Ehegatten in der Schweiz, SJZ 64, S. 297-
301.
- 1969 Die Zuordnung der Vertäge im IPR,
RabelsZ 33, S. 17-29
- 1969 Die Anwendung einheimischen oder
fremden Rechts auf internationale
Tatbestände ZfRV 41, S.81-97
- 1969 L'égalite de la loi étrangère et de la loi
interne dans les rapports internationaux
Rev. hell. di 22, pp.33-52.
- 1973 Die Aufgabe der Rechtsvergleichung, ZfRV
14, S. 186-197
- 1974 Betrachtungen zur Gegenwart und Zukunft
des IPR, 38RabelsZ 38, S. 317-343
- 1976 Rechtsvergleichung, IPR und Völkerrecht
im System des Rechts, ZfRV 17, S. 13-28.
- 1977 Realismus als Rechtsprinzip, ZfRV 18, S.
257-270.
- 1979 Zum Entwurf eines neuen schweizerischen
IPR-Gesetz, SJZ 75, S.265-268.
- 1980 Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-
Gesetz, SJZ 76, S. 309-316.
- 1984 Die Kodifikation des IPR. Eine
rechtsvergleichende Übersicht (mit
Chatelain), ZfRV 4, S. 276-307.
- 26 Karten in der Schwizerischen
Juristenkartothek betreffend internationals
Privatrecht
(Fiches juridiques suisses:Droit international
privé) (未確認)