

ドイツ国際氏名法における反致について

佐藤文彦

- 一 問題の所在
- 二 ドイツ国際氏名法における反致
- 三 結語

一 問題の所在

1 国際私法上、氏名に関する問題が、外国法によるべき場合、指定される外国法に、当該外国の実質法のみならず、国際私法も含まれるか。換言すれば、国際氏名法において、いわゆる反致は、考慮されるか。

この点をめぐり、わが国では、既に若干の議論がある。たとえば、「氏名の性質上適当ではない」¹⁾から、「反致の原則は適用されない」²⁾という指摘がある。そして、このような立場への批判があり、近時では、一方主義による規

律の採用を前提としつつ、反致の成否を法的问题として重要視しない立場がある。とはいえ、「氏名の性質」という言明に、詳細な説明が加えられているわけではないし、この点へは、いわゆる氏名公法理論と、それに対する批判的見解との対立のなかで、付随的に言及されているにすぎない。このため、この点をめぐっては、なお立ち入った検討の余地があるように思われる。

2 本稿では、以上のような問題関心から、この筆者における継続的研究の一環として、ドイツ国際氏名法上、反致がどのように機能しているかという点について、検討を加えようとするものである。

まずは、ドイツ国際私法上、反致がどのように理解されているかという点が、簡単に確認されるべきであろう。¹⁾ ついで、とりわけ一九七〇年以降の裁判例を中心に、国際氏名法上、反致(ないし転致)が成立するか否か、成立するとすればどのような事例で成立し、どのような場合には成立しないかという点を概観しておく。以上を踏まえて、若干の検討を加えておくことにする。

二 ドイツ国際氏名法における反致

1 ドイツ国際私法における反致

そもそも、ドイツ国際私法上、反致は、どのように規律されているか。

周知のように、ドイツ民法施行法は、一九八六年の変更を経て、現在、民法典施行法第四条第一項および第二項において、反致および転致に言及している。そこで、まずは旧規定の表現形式を、そして現行規定の表現形式が確認されるべきであろう。ドイツ国際私法における反致の展開および立法をめぐる議論、そして現行規定の解釈については、既にわが国においてもある程度言及がなされており、²⁾ また、反致そのものに立ち入った検討を加えるこ

とは、本稿の課題でもないので、立法者意思を中心に、その理解を確認しておくことにとどめたい。

(一) 民法典施行法第二七条旧規定

(1) 民法典施行法第二七条旧規定は、次のように規定していた。すなわち、「本法第七条第一項、第一三條第一項、第一五條第二項、第一七條第一項及び第二五條において、その法律が基準となるものと述べられている他国の法に従えばドイツの法律が適用されるべきときは、ドイツの法律が適用される」と。このように、その文言に依拠すれば、反致の成立が認められる範囲は、極めて狭いものである。

しかしながら、文言解釈が、広く受け入れられているわけではなかった。むしろ、「判例は、とくにドイツの国際人事件法、国際家族法および国際相続法のすべてに拡張してきた」といわれている。裁判例の表現に依拠すれば、一九八六年改正以前の「民法典施行法第二七条は、確かに、反致が成立すべき、施行法の個々の条文に言及しているだけである。しかし司法判断は一致して、民法典施行法第二七条は一般的な原則を表明しているものであり、ドイツ国際私法の更なる規定の言及は、一方的抵触規範だけを含むという理由のみ、行われぬ」にすぎない。³⁾ むしろ、「民法典施行法第二七条のリストに明示的には掲げられていない」としても、「これらの送致はいずれも、いわゆる総括指定と見られるべきである。……事情により反致が考慮されるべきことは、支配的見解に合致する」。⁴⁾ したがって、「その種の反致は、民法典施行法第二七条の準用において、ドイツ裁判所により考慮されるべきである」ということになる。⁵⁾

学説上も、制限つきながら「支配的見解は、反致の承認を支持」していたのであり、転致も同様に、「原則として承認されている」。⁶⁾

(二) 現行規定

(1) 一九八六年九月二六日から施行され、現在に至っている民法典施行法第四条第一項および第二項は、「反致および転致」として、次のように規定する。すなわち、第一項は「他の国の法が指定されている場合において、その国際私法もまた適用されるのは、そのことが指定の意味と相入れるときとする。この国の法がドイツ法に反致しているときは、ドイツ実質規定が適用される」と、第二項は「当事者がいずれかある国の法を選択できるときは、当事者は実質規定のみを指定することができる」と。¹⁴⁾

すなわち、典型的に当事者自治による準拠法の指定の場合、そして「指定の意味」と相入れない外国法の指定の場合を除外して、反致という法技術を、一般的に採用するという態度が明らかにされている。

(2) それならば、反致という法技術が採用されたのは、なぜか。

いわゆる政府草案は、第四条第一項において「他の国の法が指定されているときは、その国の国際私法もまた適用される。この国の法がドイツ連邦共和国法に反致しているときは、ドイツ実質規定が適用される」という規定を、第四条第二項において「当事者がいずれかある国の法を選択できるときは、当事者は実質規定のみを指定することができる」という規定を提案している。¹⁵⁾ 現行法上の第一項第一文における「指定の意味」という開かれた法律要件による反致の排除が導入された部分をのぞけば、基本的に政府草案と現行規定は一致する。そのため、まずは立法者意思を確認するため、政府草案の理由書を参照しておくこととしよう。

それによれば、「本草案は、民法典施行法第二七条によって展開された、反致および転致に好意的な従来の実務にしたがっている」とりわけ「国際家族法および国際相続法において反致および転致を承認することは、その萌芽において、いわゆる対外的（国際的）裁判調和を奨励しようとする努力に立ち返ることである。さらに、反致は、結果において、自国法適用の著しい増加をもたらす。このことは、思考の帰結からは困難な法形相を法適用上実践

するのに圧倒的に役立っている」。¹⁶⁾

すなわち、立法者意思によれば、反致に関する立法は、従来の実務との連続性を確保するという意味での法的安定性を図るとともに、国際的な裁判の調和を可及的に実現することに努めることを主眼としつつ、結果的には、自国法適用機会の拡大につながることにしても、肯定的な評価があることが伺われる。

学説上は、その根拠について、いくつかの主張がある。¹⁵⁾ 各国国際私法の相違を前提とした、対外的な裁判の一致をその趣旨として掲げるものもあれば、それは副次的な目的にすぎず、自国法適用機会の拡大ないしホームワードトレンドを主たる目的と理解するものもある。¹⁷⁾

(3) 反致の制限のうち、当事者自治により準拠法が指定された場合の反致の排除については、やはり政府草案の理由書を参照して、立法者意思を確認することができる。すなわち、このような場合には「抵触法を選択する必要性は一般的にはない」し、仮に当事者に外国抵触法の選択も許容するとすれば、「指定について当事者に広範な授権を与えるところから、まさしく予測しがたい危険な結果が生じ」¹⁸⁾ するため、これを回避した、と。¹⁹⁾

もう一つの反致の制限である「指定の意味」は、シュトルの提案に端を発し、²⁰⁾ 後にドイツ国際私法会議により、挿入されたものである。²¹⁾ シュトルの指摘によれば、「抵触規範に流入している実質法上の価値が……反致を排斥することがあり、「不可欠とされる柔軟性」を備えるためにも、開かれた法律要件による制限を設けておくことが必要であるという。そして、このような制限に該当するものの典型は、択一連結である」。²²⁾

(三) 要件および効果

(1) 反致または転致は、「他国法が指定されている場合」に問題となる。

したがって、ドイツ法が適用される場合は、当然成立の余地はない。²³⁾ 逆にいえば、他国法によるべき場合には、

当事者自治によるとき、または指定の意味と相入れないときという消極的要件が満たされない限り、論理的には、反致または転致の成否が、常に問題となる。

当事者自治による場合に反致が排斥されることについては、ほとんど問題はない。¹⁵⁾ 問題となるのは、「指定の意味」という開かれた法律要件事実を含む、後者についてである。もとより、かかる一般条項の導入の是非からして、一つの大きな問題である。その点はさておくとしても、個別的には、文献によって若干の違いはあるものの、択一連結、附従的連結、そして最も密接な関係による外国法の指定が、この意味における指定の趣旨に反するか否かが問題とされている。¹⁶⁾

(2) 他国法が指定されている場合には、「他国の国際私法もまた適用される」。

したがって、指定された外国の独立抵触規定により、ドイツ法、または第三国法の適用が表明されているときは、その国の法が適用されることになる。¹⁷⁾ このとき、外国抵触規範は、その外国法秩序において実際になされているように適用されなければならない。¹⁸⁾

2 ドイツ国際氏名法における反致

それならば、反致および転致は、国際氏名法においても、成立するか。成立するとすれば、その範囲はどのように考えられているか。およそ「反致および転致の意義は、個々の法領域で、非常に異なる」¹⁹⁾ものであるとされている。

そうであるとすれば、これまでに蓄積された裁判例をたどり、帰納的な検討を加えるという方法が、適切であろう。そこで、ここでは便宜的に一九七〇年以降の裁判例に着目し、反致に関連するものを整理し、概観していくことにしたい。

まずは一般的に、そもそも反致の成立が排除されていないかどうかという点が、確認される。ついで、反致および転致の成立した裁判例、そして反致も転致も成立しなかった裁判例を、概観しておくことにする。

(一) 成立範囲

(1) 氏名の取得ないし変更が、本国法へ連結される場合に、反致が成立し得ることに、ほぼ異論はない。現行民法典施行法第一〇条第一項による外国法の指定が、いわゆる総括指定²⁰⁾であることは、ほぼ自明のこととされている。²¹⁾

このことは、同規定の制定前において、不文の抵触規定たる「人の氏名はその者の属人法」としての本国法²²⁾による²³⁾により、外国法が指定される場合についても、同様である。現在も、時際法により旧規定が適用される場合に、この考え方が維持されている。たとえば、一九九三年の決定であるが、時際法により、現行規定の施行前の規律にしたがい、属人法たる本国法としてのポージランド法を適用しつつ、当然のように、反致および転致の成否を吟味するため、ポージランド国際私法を調査する裁判例がある。²⁴⁾

さらに、任意の氏の変更についても、反致は考慮されている。結論的に、反致が成立しないとされており、傍論的な意味しかもたないものの、イギリス法によるべき場合において、類型的に反致を否定するのではなく、ドミナイルの所在を吟味し、反致(ないし転致)が成立しないと判断する裁判例がある。²⁵⁾

(2) 現行法上、婚姻による氏および子の氏については、制限的当事者自治が認められている(民法典施行法第一〇条第二項および第三項)。この場合には、現行規定のもとにおいて、反致規定は援用されない。このことに、疑いはない。²⁶⁾

民法典施行法第一〇条第六項旧規定および第四項旧規定において定められていた、非嫡出子の氏についての択一連結²⁷⁾も、一部の裁判例では、制限的当事者自治と解釈されていた。²⁸⁾このような解釈を前提とすれば、いずれにせよ

反致が成立する余地はない。

ただし、このような解釈を前提としない場合の処理については、はっきりしない。すなわち、民法典施行法第一〇条第六項旧規定および第四項旧規定において、非嫡出子の氏の問題につき、その文言に従って、択一連結が採用されていると解釈する場合、「指定の意味」に反することを理由に、反致の成立が排斥されることを明言する裁判例は存在しない。³⁷⁾

(二) 反致および転致成立の諸類型

それならば、反致および転致を認めた裁判例には、どのようなものがあるか。

既述のように、ドイツと、準拠法所属国との間で、国際私法（とりわけ、独立抵触規定およびその解釈）が相違するために生ずる準拠法および適用結果の相違を回避し、もって裁判の国際的調和を図るのが、反致の萌芽ないし趣旨である。したがって、氏名の取得ないし変更が、現行民法典施行法第一〇条第一項のように、氏名の問題が当事者の本国法によるべきことを前提とする場合、反致または転致が成立する原因は、外国国際私法が、この問題を、属人法としての住所地法に服せしめることが、または、問題となる身分変更の効力準拠法に服せしめることにある。³⁸⁾ その一方で、自国法の適用機会を拡大するために、反致の成立を認めたのではないかと思われる裁判例もある。以下では、これらの類型ごとに、反致および転致が成立した裁判例を概観し、あわせて、氏名の取得ないし変更が、問題となる者の本国法によらないという、かつての法状況を前提として、反致および転致が成立した裁判例にも言及しておく。

(1) 氏名の取得ないし変更を、国際私法上、属人法の問題と理解しつつ、その連結点として住所が採用されている国には、たとえば、ブラジルおよびスイスを挙げることできよう。³⁹⁾

とはいえ、スイス実質法、ブラジル実質法が適用された事例は存在するが、これらの関連で、反致の成立を認めた裁判例は存在しない。もとより、連結点に該当する事実としての住所のいかんにより、反致ないし転致が成立しないということは、当然である。とはいえ、反致の成否が吟味された形跡のない裁判例が、スイス法との関係でも、ブラジル法との関係でも、散見される。⁴⁰⁾

(2) ドイツ法により指定された外国国際私法が、身分の取得ないし変更にともなう氏名の取得ないし変更を、国際私法上、当該身分の効力準拠法に服せしめる場合、独立抵触規定の相違から、事情により、反致または転致が成立しうる。

たとえば、ドイツ人男性と婚姻した日本人女性の婚姻につき、婚姻の効力という単位法律関係に限界画定するにせよ、妻の属人法によるにせよ、いずれにせよドイツ法が適用されるに至ることになるという結論を示すにあたり、ドイツ国際私法上、婚姻による氏のいかんが婚姻の効力準拠法によるとすれば、ドイツ人たる夫の本国法としてドイツ法が適用されるし、妻の本国法たる日本法によるとしても、日本の国際私法上、この問題は法例第一四条（旧規定）により、夫の本国法が準拠法になるので、反致が成立し、ドイツ法によることとする裁判例がある。また、オーストリア人女性とオランダ人男性とが婚姻し、この女性の氏が問題となった事案で、このオーストリア人女性につき、国籍国法たるオーストリア法が基準とされるが、(当時の)オーストリア国際私法によれば、オランダ実質法が指定される場合であるとして、転致が成立している裁判例である。⁴¹⁾

さらに、英米法系の国々との関係では、身分変更にともなう氏の変更の問題を、効力準拠法に服せしめるにせよ、問題となる者の属人法によらしめるにせよ、いずれにせよ連結点として国籍が採用されていないため、反致が成立しうる。裁判例においては、効力準拠法に服せしめる立場を前提としつつ、反致の成立を認めた事例がある。すなわち、イギリス人男性とドイツ人女性とが婚姻した際の、夫の氏につき、ドイツ国際私法上は、当事者の本国法と

してのイギリス法が準拠法となり、部分法秩序としてイングランド法が指定されることになる。イングランド抵触法によれば、婚姻に伴う称氏のいかにつき、身分的な婚姻の効力に服せしめ、これがドミサイル法に連結される。そのドミサイルがドイツにあると認定され、反致が成立した裁判例がある。⁽⁴⁶⁾

(3) その一方で、反致の成立を認めるが、問題となる外国の、独立抵触規定の内容を示さない裁判例も存在する。すなわち、属人法によらしめることを前提としない場合についてであるが、インド人男性と婚姻したドイツ人女性の婚姻による氏につき、ドイツ国際私法上、妻の婚姻による氏の問題が、婚姻の効力の問題として、夫の本国法によるとしても、夫の本国法たるインド法は、ドイツ法への反致を含むものであると指摘する裁判例である。⁽⁴⁷⁾

この判旨の中には、ドイツ国際私法上、この問題を、本人の属人法によらしめても、婚姻の効力準拠法によらしめても、結局ドイツ法が準拠法になるのであって、二つの法秩序を調査し、比較するという、実務的な困難は生じない、という趣旨の指摘がある。そのため、インド法からの反致を認めたこの裁判例は、自国法の適用機会を拡大し、もって実務上の困難を回避するための手段として、反致を位置づけていると評価することも可能であろう。⁽⁴⁸⁾

(4) なお、ドイツ国際私法上、身分変更にもなう氏の変更を、当該身分の効力準拠法に服せしめるという立場を前提としながら、反致または転致の成立が認められた裁判例として、以下のようなものがある。

婚姻による氏の問題について、ドイツ国際私法上、妻の婚姻による氏の問題は、夫の本国法たるオランダ法によるべきところ、オランダ国際私法によれば、婚姻した妻の氏は、属人法に服するとされるところ、本件では、問題となる者が無国籍となっており、無国籍者の属人法は、その住所にあてはまる法となるので、オランダから妻が住所を有するドイツ法へと反致し、それもドイツ実質法を指定すると判断する裁判例がある。⁽⁴⁹⁾

子の氏に関して、イタリア人母と、ユーゴスラヴィア人父との間の、イタリア国籍を有する非嫡出子の氏につき、ドイツの独立抵触規定によれば、父の本国法たるユーゴスラヴィア法が基準となる。ユーゴスラヴィア国際私法によれば、子の本国法たるイタリア法によるべき場合に当たるとして、イタリア法を準拠法とした裁判例がある。⁽⁵⁰⁾

また、準正に伴う氏の変更が、準正の効力と限界画定されることを前提に、ドイツ人女性とポルトガル人男性との子の、父母の婚姻による準正については、父の本国法たるポルトガル法によるべきところ、ポルトガル国際私法によれば、準正の問題は親子間の法律関係の問題として扱われ、父母の一方の本国法によるべきであるが、父母の共通本国法が存在しないときは、補助的に通常居所地法によるべきであるとされるので、父母がその常居所をドイツに有する本件では、ポルトガル法からの反致により、ドイツ法が基準であるとする裁判例がある。やはり、準正による氏の変更の問題が、準正の準拠法の事項的適用範囲にあることを前提に、婚姻外の父であるイスラエル人が、非嫡出子を認知し、その後、その母とドイツにおいて婚姻を締結したとき、民法典施行法第二二条第一項を双方向的抵触規定化して、非嫡出子の準正は、父の本国法によるべきであり、父の本国法であるイスラエル法によれば、国際私法上、身分状況については、関与者がその固定した住所を有する国の法規によって判断される。本件では、すべての関与者がドイツにその固定した住所を有するので、ドイツ法への反致が認められ、これをもって指定の連鎖が断ち切られる、と指示する裁判例がある。⁽⁵¹⁾

なお、判旨からは明瞭であるとはいいがたいが、オーストリア人が成年たるドイツ人を養子縁組するとき、この養子の氏について、その氏名法上の効果は養子縁組の準拠法たるオーストリア法による。オーストリア国際私法によれば、氏名の問題はその属人法によることになるので、ドイツ法への反致が成立するという趣旨を伺わせる裁判例もある。⁽⁵²⁾

(三) 不成立の事例の諸類型

以上のように、反致および転致の成立した裁判例が、いくつか存在する。その一方で、反致または転致が成立しなかった事例も存在する。むしろ、成立しなかった裁判例のほうが、圧倒的に多く、枚挙に暇がない。

このような場合、外国法がひとまず準拠法として指定された、すべての裁判例を時系列に沿って整理することも一つの検討方法である。しかしながら、現行法との関連性に鑑みれば、基本的には、氏名の問題が、問題となる者の本国法に連結された場合に、反致ないし転致が成立しないと判断された事例を中心に検討しておくべきであろう。そして、このような場合、反致ないし転致が成立しない理由には、二つの原因を想定することができる。すなわち、ドイツと準拠法所属国の国際私法とで、氏名に関する抵触法上の処理が異なるものの、具体的な事実関係いかににより反致が成立しなかったという理由であり、そして、外国国際私法における、氏名に関する独立抵触規定が、ドイツと同じく、当事者の本国法によるべきことを定めているため、規範的に反致が成立しないという理由である。以下では、この分類にしたがって、いくつかの事例をみていくことにする。

(1) 個別具体的な事実関係のいかんによって、反致または転致が成立せず、そのまま問題となる者の本国実質法が適用されているという類型がある。いわば、規範的に、反致は成立しうるが、事実関係のいかんにより、反致が成立しなかったという類型である。

その典型は、いわゆる英米法系の国の法律が指定される場合である。もとより、これらの国の国際私法との関係では、裁判例において、ドミサイルのいかんにより、反致および転致の成立が結論的に否定されることがある。たとえば、いずれも、ドイツ国際私法上、氏名の問題につき、問題となる者の属人法の適用が前提とされているわけではないが、たとえば、フィリピン人母の、非嫡出子の準正につき、ドイツ国際私法上、母の夫の本国法が基準となり、その本国法としてアメリカ合衆国法が、そして部分法秩序として父が住所を有するオハイオ州法が指定され、

この父は婚姻締結の時点でオハイオ州にドミサイルを有するので、反致または転致は成立せず、オハイオ州実質法が適用されると述べる裁判例⁵⁴⁾があるし、また、やや変則的な事案ながら、準正による氏の変更につき、民法典施行法第二二条（旧規定）の双方化から、母の夫の本国法が基準となる場合であり、当事者の本国法によるべき場合とはならないが、父の本国法として、「イギリス法が適用されるべき」であるところ、父がそのドミサイルをセント・ヴィンセントに有すると表明しているため、セント・ヴィンセントの実質法によるべきであり、反致は成立しないと述べる裁判例⁵⁵⁾がある。いずれも、ドミサイルのいかんによっては、反致ないし転致が成立しうる事案であったことは、明らかであろう。

また、パキスタン人男性と、ドイツ人女性とが婚姻する場合の氏のいかんにつき、夫については本国法たるパキスタン法が指定されるが、パキスタン国際私法によれば、妻は婚姻の締結により夫のドミサイルを取得し、ドミサイルで行われている法が婚姻の効力および相互の権利義務について基準であるとされ、本件では夫のパキスタンにある本源ドミサイルがなお廃止されていないとして、反致の成立を否定した裁判例⁵⁶⁾がある。

なお、ポルトガル法との関係では、問題となる者の本国法が問題とされてはいるわけではないが、二件の反致不成立の事例がある。すなわち、嫡出子の命名につき、民法典施行法第一九条旧規定を基礎に、父の本国法たるポルトガル法を適用するが、ポルトガル国際私法上、この問題は父母と嫡出子の法律関係に分類され、この単位法律関係は、父母が共通国籍を有するときはこの法に、異国籍の場合はその常居所地法によらしめるとされ（ポルトガル民法第五七条）、本件では、父母がいずれもポルトガル人であるため、ポルトガル法はドイツ法への反致を含まないとする裁判例⁵⁷⁾があり、そして、命名方式での氏の付与につき、父のポルトガル本国法によるべきところ、ポルトガル民法第五九条（現在では廃止されている）により、やはりポルトガル法が適用されるべき場合にあたるとして、反致の成立を否定した裁判例⁵⁸⁾がある。これらの事例では、いずれも反致が成立していないが、氏名の取得ないし変

更の問題が、問題となる者の本国法ではなく、氏名の取得ないし変更の原因となった身分関係に関する抵触規定によつて規律される（しかも、段階的連結により、常居所が連結点とされることもある）ため、事案のいかんにより、反致の成立する可能性が残されている。非嫡出子の準正にもなう氏の変更につき、民法典施行法第二二条旧規定から、母の夫の本国法としてのユーゴスラヴィア法を基準としつつ、ユーゴスラヴィア法は反致を含まないと述べるだけで、反致の成立を否定した裁判例もある。

(2) これに対し、ドイツ国際私法により、本国法として指定された外国法が、国際私法上、氏名の問題を問題となる者の本国法によらしめるといふように、抵触規定が一致するため、反致が成立しないという類型がある。いわば、規範的に反致が成立しない類型といふことができよう。

たとえば、オーストリア法を挙げることができる。かつては、上述のように、転致が成立していたこともあったが、現在では国際私法に関する連邦法第一三条第一項において「人の氏名の呼称は、そのつどその者の属人法にしたがつて判断され、氏名の取得もまたつねにこの法によるものとする」と、第九条第一項第一文において「自然人の属人法は、この者が属する国の法とする」と規定されているために、反致が成立する可能性は、ほとんど考えられない。

また、オランダ法との関係でも、同様である。オランダ国際私法によれば、氏名の問題は、基本的に属人法の事項的適用範囲にあるとされ、その連結点は国籍とされているので、反致は、通常は成立しない⁶⁵⁾。トルコ法もまた、国際私法上、氏名の問題は氏名帯有者の国籍国に連結されるため、当事者の本国法としてドイツ法から指定される場合、この指定を受け入れることになり、反致は成立しないと指摘する裁判例がある⁶⁶⁾。

また、モロッコ法を挙げることができる。裁判例においては、単にモロッコ国際私法は「ドイツ法への反致を含むものでもない」と、簡単に述べるだけで反致の成立がされることがある⁶⁴⁾。とはいえ、モロッコ国際私法について

は、次のような説示を行う裁判例がある。すなわち、「一九五六年に建国されたモロッコ王国は、統一的な国際私法の法典化を知らない。古い日付の様々な法律により、国際氏名法は明示的に規律されていない。それでも、これは、身分状況については、まさしく一般的にそのつどの本国法を指定する」のであるから、「このことから推論されるのは、全モロッコのための国際私法は、属人法のすべての問題において、国籍の意味における本国法に連結されるということである」。このため、関与者がモロッコ人であれば、「反致または転致は排斥される。モロッコ法秩序はこの指定を受け入れる」と⁶⁵⁾。なお、嫡出子の中間氏について、親子間の法律関係に父の本国法としてのモロッコ法が適用される場合についてであるが、本件でも、モロッコ法は「ドイツ法への反致を含まない」と⁶⁶⁾、明確に、そして簡単に反致の成立が否定されている。

これに準じるのが、スペイン法の場合である。スペイン法においては、民事登録簿の規律に関する命令第二一九条で、「外国人の氏名はその属人法による」とし、民法第九条から、属人法は国籍国法であるとされている。このため、異論の余地はあるし、また、その適用範囲についての疑問もありうるが、裁判例においては、ドイツ国際私法により、当事者の本国法としてスペイン法が指定される場合に、スペイン法はドイツ法への送致を含まない、と判断するものがみられる⁶⁸⁾。また、接続語⁶⁹⁾が氏名構成部分となるか否かにつき、スペイン法が適用されるべき場合において、ドイツ法への反致をスペイン法は含まないと言及する裁判例もある⁷⁰⁾。

嫡出子の氏につき、その子の属人法としてのギリシア法を適用し、ギリシア法では、民法第一八条から、「反致または転致を、いずれにせよ父と子が——本件のように——同じ国籍を有する事案では、定めていなかった」と指摘し、反致の成立を否定した裁判例がある⁷¹⁾。

チェコスロバキア人女性の、婚姻による氏と語尾変化につき、属人法としてのチェコスロバキア法が基準とされたが、チェコスロバキア法は「反致を定めていない」とのみ述べる裁判例があり、また、準拠法変更との関係で、

チエコスロバキア人の氏名、とりわけ第三の名が脱落しないかどうかが問題とされ、ドイツ国際私法上、属人法としてチエコスロバキア法によるが、当時のチエコスロバキア本国法のうち、基準となる部分法秩序の国際私法規定によれば、氏名の取得につき、明確な態度表明をしていないものの、属人法として本国法によるべきものとされているとして、反致の成立を否定した裁判例がある。

コロンビア人たる妻の氏につき、コロンビア法によるとされ、コロンビア国際私法によれば、明文の規定はないものの、実務上、妻の婚姻による氏については、属人法としての本国法が基準とされているとして、反致の成立を否定した裁判例がある。

(3) 上記の諸事例では、いずれにせよ、外国国際私法の内容が、明文の規定はなくとも、ある程度明らかになっており、その上で反致の成否が問題とされている。ところが、いくつかの裁判例では、反致の成立を否定するにあたり、外国国際私法の内容を、判示の上からは明確に理解できないことがある。それどころか、外国国際私法上、ドイツ法への反致または第三国法への転致を成立させるような規定を確定できないとして、反致の成立を否定する裁判例もある。

前者の例として、非嫡出子に対する、父による正当性の承認と、その氏への影響が問題とされた事案で、民法典施行法第二二条第一項旧規定により、準正の時点における父の本国法としてのチュニジア法が指定され、チュニジア法は反致を含まないとのみ述べる裁判例がある。また、タミール族に属するスリランカ人の称氏のかんにつき、民法典施行法第一〇条第一項にしたがい、スリランカ法を適用するが、反致（または転致）のための拠り所（Anhaltspunkt）は存在しないと簡単に言及するだけの裁判例がある。名の訂正について、父が属する国の法としてのイタリア法によるとされ、「反致はみあたらない」と述べるにとどまる裁判例があり、また、養子の氏につき、養子縁組の効力の準拠法たるイタリア法が基準とされたが、そこでは反致に言及がなされていないという裁判

例もある。

後者の例として、婚姻による氏につき、当事者の一方の本国法であるフランス法の指定を前提に、フランス法はフランス人男性につき「婚姻氏名法が——可变的な——婚姻の効力準拠法、つまり共通常居所地法に服し、そのためにドイツ法に反致するというような抵触規範を含んでいるとは確定できない」と述べる裁判例がある。また、インド法からドイツ法への反致が、確認できないとして、反致の成立を否定する裁判例も存在する。

(4) すでに指摘されているように、反致または転致は、「しばしば看過」されることがある。たとえば、当事者の本国法としてギリシア法によるべきであるとして、ギリシア実質法が適用されているが、ギリシア国際私法によれば、嫡出子の家族の氏は、本件のように父母の国籍が異なる場合、連結点は常居所となり、そのため、本件では反致が成立し、ドイツ法が適用されるべきであると思われる裁判例がある。また、嫡出子の家族の氏につき、当時のドイツ国際私法により、この問題は親子間の法律関係によるべきで、父の本国法たるスペイン法が基準とされ、その実質法が適用されたが、スペイン国際私法における、二重国籍の子についての規律のいかんによっては、ドイツ法へと反致する可能性があったにもかかわらず、これを一顧だにしない裁判例がある。

3 検討

これらの裁判例は、いかに評価されるべきか。

もとより、論じうる点は、多岐にわたる。それでも、原理的には、そもそも氏名の取得ないし変更との関係で、反致を認めることが妥当か否かという観点から、先行することになる。そこで、まずはこの点について、検討が加えられるべきであろう。

ついで、外国国際私法の、調査・解釈上の問題について、吟味しておくことにしたい。

(一) 反致の当否

(1) 既に触れたように、裁判例において、当然のように反致は認められている。民法典施行法第一〇条第一項における外国法の指定が、「指定の意味」に反するという理由で、反致の成立が排除された裁判例は、一件も存在しない。そして、そのことを問題視する学説も、知られる限り、存在しない。

民法典施行法第一〇条第一項において、氏名の問題を原則的に本国法によらしめる趣旨は、連邦通常裁判所の表現に依拠すれば、氏名の機能の公法性および国際性という観点から、人がその意思に反して、その本国法とは異なる氏名を称しなければならぬという規律を回避することにあるといわれている。⁸⁶⁾（少なくとも表向きは、二国間での）裁判の国際的調和の実現を趣旨とする反致とは、政策的配慮を共通にする部分もある。この観点からすれば、国際氏名法において、反致を、指定の意味に反するとして、類型的に排斥する理由はないことであろう。

もとより、氏名の機能の公法性という観点を重視すれば、反致の成立を、排斥するという方向に向かうことも考えられる。とはいえ、このような方向を探ると、明示的に表明する裁判例も、学説も、みあたらない。そのことであるとするれば、この観点は、少なくとも氏名の取得ないし変更という場面では、それほど強調されていないことになろう。⁸⁷⁾

(2) 一般に、反致は、国際人事法において重要な意義をもつと指摘されている。⁸⁸⁾このような観点に照らすとき、反致または転致の成立例が、上述のように、数件しかないということは、成立件数の少なさを感じさせるものである。のみならず、身分変更にもなう氏名の取得ないし変更の問題を、当該身分の効力の準拠法によらしめるというかつての解釈を前提とした場合における反致の成立件数は、属人法を基準とする場合の反致の成立件数を上回っている。このような事態に鑑みれば、国際氏名法において、反致は、属人法によらしめることにより、成立件数を

減らしているといえる。

また、かつてであれば、反致ないし転致が成立しえた国であっても、オーストリアのように——そしてわが国についても、いわゆる人格権説ないし氏名権説を前提とすれば——反致は成立しなくなっている。その限りにおいては、氏名につき、独立の単位法律関係を構成し、国籍を連結点として考えれば、国際的調和に資するということもいえよう。

このように、反致の成立を減少させる、換言すれば、各国国際私法の不一致を減少させるという意味において、民法典施行法第一〇条第一項における政策的配慮は、ある程度裏付けられている。

(3) 反致成立の態様に着目すると、ここにいう各国抵触規定の相違には、民法典施行法第一〇条第一項を有するドイツの側からみれば、次のような場面に分類することができる。すなわち、問題となる外国国際私法が、とりわけ家族法上の事象に基づく氏名の取得ないし変更を、当該家族法上の事象の効力準拠法を決定する独立抵触規定の単位法律関係に分類し、その連結点として、問題となる者の国籍国以外の連結点が採用されている場合であり、そして、氏名に関する独立抵触規定をもつが、その連結点として、本国以外の、住所ないしドミサイルが基準となっている場合である。⁸⁹⁾

上述の裁判例が示すように、現在においては、なお英米法系の、ドミサイルを連結点として採用する国々との間で、反致の成立が意識されることが多い。属人法の決定基準として、本国法主義とドミサイル法主義との違いが残っているという現状においては、国際的判決の調和という観点から、反致の有用性は、一応、肯定してよいであろう。

この関連で、注目されるのは、むしろ、住所地主義に依拠するブラジル法およびスイス法が適用される場面との関係で、反致の成否が吟味された形跡が、みあたらないことである。とはいえ、身分の取得ないし変更にもなう氏名の取得ないし変更の問題だけでなく、任意の氏名変更や、表記についても、事実関係のいかんにより、反致

が成立しうることは、他の裁判例では当然のように承認されている⁹⁰⁾。また、住所は、氏名に関する連結点として、ドミサイルほど安定した基準を提供しないものであり、そのため、かかる抵触規定をも指定・考慮することは、默示的に「指定の意味」に反すると考えられているという可能性も想定できないわけではないが、もしそうであるとしても、安定的な基準という観点の導入からして疑問であるし、あえてそのような観点を導入しようとするならば、積極的な根拠づけが必要であつて、默示的な処理を行うことにも賛成できない。結局、看過されたとみるか、それとも、具体的事案との関係で、明らかに住所が外国にある等の理由から、反致成立を考慮する余地がなく、あえて準拠外国国際私法を考慮するまでもないと考えられていたとみるほかにないように思われる。

なお、属人法の決定基準における本国法主義と住所地（ドミサイル）法主義との対立を止揚するという観点は、理論的には反致の趣旨として受け入れてよいであろうが、実践的には強調されるべきではない。ただし、反致を看過させる原因となりかねないからである⁹¹⁾。

(4) 国際氏名法において、反致の成立を類型的に排斥する理由をあえて求めるとすれば、それは、法的安定性の観点になるのではなからうか。

既述のように、国際氏名法に関連した分野で、反致は「しばしば看過」されている。もし、成立してしかるべき反致が看過されることになれば、国際的な規模で、判決の不調和がもたらされるだけでなく、国内的な意味でも、規範的に本来適用されるべき準拠法と、実際に適用された準拠法とが異なるという意味での、法的不安定がもたらされる。このような法的不安定性が生じることを回避しようとするならば、当初から反致の成立を類型的に否定するという方策も、考えられないわけではない。

とはいえ、このような法的安定性の観点が、強調されるべきであるとも思われぬ。ただし、少なくとも民法典施行法は、反致の排除を「指定の意味」という開かれた——曖昧な——法律要件に委ねており、ある程度の法的不安定性は、既に織り込まれているからである⁹²⁾。

(二) 外国国際私法調査上の諸問題

(1) かくして、国際氏名法上、本国法への連結によって外国法が指定される場合には、外国国際私法をも調査し、反致または転致が成立するかが吟味される⁹³⁾。その際には、上述のような法的安定性に対する疑義があることに鑑みれば、慎重な調査が必要となるであろう。

それにもかかわらず、裁判例においては、反致ないし転致が、類型的に排斥されているわけでもないのに、指定された外国国際私法に言及しないまま、その国の実質法を適用したり、外国国際私法はドイツ法への反致を含まないと、簡単に言及するにすぎないものが少なくない。このような態度は、反致の看過をもたらす原因ともなりうるため、理論的には、批判されるのもやむを得ないであろう。

とはいえ、具体的には、あまり問題を生じさせないとも思われぬ。ただし、上述のように、典型的に反致が否定されるべきであるとの結論に至りうる国際私法規定を有する外国（たとえば、オーストリア、モロッコなど）が存在するし、そしてそのことが既知の事項と評価できるからである。別の見方をすれば、外国国際私法の調査は、先例が蓄積されることにより、相当程度明らかになるため、実務上、それほど大きな困難が生じるわけでもない、ということをも意味するのではなからうか。そうであるとすれば、国際氏名法の領域に関連しうると、外国国際私法の調査の困難という政策的・実践的観点は、強調されるべきではないということにもなる。

(2) 外国国際私法の内容が調査され、その結果、説明に繁簡の差こそあれ、問題となる外国国際私法中に、ドイツ法への反致（または第三国法への転致）をもたらす規定が含まれていないことが明らかになれば、当然のことながら、反致は成立しない。問題となるのは、当該外国国際私法において、氏名の問題の処理につき、裁判例および

学説等において、争いがある場合である。

上述のように、外国国際私法は、その外国において行われているのと同じように解釈・適用されなければならない。そうであるとすれば、当該外国で、国際私法上の氏名の問題の理解に争いがある場合、そのいずれの解釈を採用しても、ありうる解釈として、許容されることになるのである。それとも、外国国際私法の内容を確定できないとして、一種の準拠法の不明として処理されるのであろうか。

端的に、準拠外国国際私法の内容が不明であると判断する裁判例は、少なくとも一九七〇年以降の、国際氏名法に関連するものなかでは、存在しない。とはいえ、この関係で想起されるのは、裁判例の中に、問題となる外国国際私法が、ドイツ法への反致を含むとは確認できない、という言明がみられることである。これは、たとえばフランス法との関係で、散見される。すなわち、フランス人男性の婚姻による氏につき、具体的規定との関係で「ドイツ法に反致するというような抵触規範を含んでいるとは確定できない」と述べる裁判例があるだけでなく、同じく婚姻による氏につき、属人法としてのフランス法を適用する際に、より一般的に「ドイツ法への反致は、フランス抵触法によれば確認できない」と述べるだけで、婚姻による氏に関するフランス国際私法の内容を吟味した形跡をみせないまま、反致の成立を否定した裁判例がある。

このような判示は、反致を成立させようとする規定が存在しないことを、慎重に述べているにすぎず、そのため、特段の意味をもたないともみることができる。しかしながら、相当程度以上の確実性をもって、反致を成立させようとする外国国際私法上の規定の存在が確認されてはじめて、そしてそのときのみ、反致の成否を問題とすれば足りる、という理解も、考えられる。

一般に、準拠外国国際私法が確認できない場合の処理については、準拠外国実質法の不明の場合の処理に準じるとする立場と、⁽⁶⁶⁾ 両者を直ちに同じように扱うことができないとする立場とがある。⁽⁶⁷⁾ たとえ、一般的には前者の立場

を採用するとしても、少なくとも国際氏名法の領域で、各種の政策的配慮に基づき、別異に取り扱う可能性も残されている。いずれにせよ、この問題については、ドイツにおいても、立ち入った議論がなされておらず、なお検討の余地が残されているところであろう。⁽⁶⁸⁾

(3) さらに、準拠外国国際私法の理解という点では、いわゆる二重反致も関係がある。

国際氏名法の領域では、次のような裁判例がある。すなわち、ニュージーランド国際私法は、イギリス法の諸原則に対応することを前提に、当事者のドミサイルがドイツにある場合の、ドイツ法への送致は、いわゆる総括指定であり、ドミサイル国の国際私法へも送致を行うものであるが、ドイツ国際私法の一般的諸原則に合致するのは、反致の事案においては指定の連鎖を断ち切り、ドイツ実質規定のみを適用することである。本件では、時際法により、一九八六年の民法典施行法改正前の国際私法が適用されているが、かかる判断は「一九八六年九月一日以来、民法典施行法第四條第一項第二文が明らかにしている」⁽⁶⁹⁾と。

指定の連鎖を断ち切るため、ここにいう「国際私法」が、独立抵触規定に限定され、従属抵触規定を含まないという帰結は、国際私法の相違から発生する不調和の解消という反致の趣旨に照らしても、少なくとも一つの立場であることに、異論はない。とはいえ、このような帰結は、準拠外国国際私法における理解——たとえば、いわゆるフォーリン・コート・セオリー——を排斥することになる。これは、指定された準拠外国法上の国際私法の解釈からの離脱を意味するし、考え方のいかんによつては——そして、極論するならば——これの歪曲を意味しかねない。果たして、「外国国際私法の解釈は、その外国においてなされているのと同じようになされなければならない」という命題それ自体に修正が加えられるべきなのか、それとも、その限界ないし例外が設けられるべきなのか。この点も、今後課題を残すものであるように思われる。

二 結語

1 本稿においては、この筆者における継続的研究の一環として、国際氏名法における反致の成否が検討された。みられたように、ドイツ民法典施行法は、現在、明文の規定で反致および転致を認めている。そして、国際氏名法の関係では、民法典施行法第一〇条第一項における原則的連結の場合、反致および転致が成立しうるが、同条第二項および第三項における制限的当事者自治の場合、反致も転致も成立しない。この点については、ほぼ問題は無い。とはいえ、反致に関連する具体的な裁判例を仔細にたどってみると、とりわけ指定された外国国際私法の理解との関係で、なお論じられるべき点が残されている。

2 このようなドイツ国際氏名法における反致の意義を、どのように評価するかは、評価基準のいかんにより、当然に異なってくる。ドイツ国際私法における反致の把握を「ドイツ型反致観」と位置づけ、その硬直的な運用の事例という形で、消極的に評価するという可能性もある。また、以上のようなドイツ法における議論が、直ちにわが国に移植できるわけでもない。反致に関する実定法上の表現形式が異なるだけでなく、氏名法に関する議論については、その根本的な前提から異なっているからである。議論の蓄積から何を学ぶべきかは、別の課題である。それでも、外国国際私法の調査の困難等といった実践的な理由から、反致が排斥されていないことは、改めて確認されておいてよいであろう。それは、しかるべき証明力を備えた身分登録簿の記載事項たる氏名のいかんを法的に判断するにあたっての、当然の態度なのかもしれない。そして、その当然の態度こそが、ドイツの実務に信頼感を与え、同時にその知的向上を促進しているのではなからうか。角度をかえていえば、ドイツにおいて、実務上の困難という観点は、理論の側から表明されれば、実務に対する信頼の欠如を、実務の側から表明されれば、自らの能力の欠如を意味するのかもしれない。この点は、わが国では、いかに考えられるべきか。

〔註〕

- (1) 山田謙一『国際私法』（筑摩書房、昭和五七年）四四九頁。
- (2) ただし、この記述は、この筆者の確認したところでは、第三刷までは存在するが、第五刷では削除されている。
- (3) 石黒一憲「人の氏名と国際家族法」家庭裁判月報第三七巻九号一頁以下、五二頁および次頁。
- (4) 佐藤やよひ「涉外婚姻と夫婦の氏」（『日本民法学の形成と展開』一九九六年、有斐閣）一〇六七頁、一〇九九頁（註（42））。
- (5) 近時、ドイツ国際私法等における、反致をめぐる議論が再び活発になつていゝ（Z. B. Nach. Der Renvoi-Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur, RabelsZ Bd. 61 (1997), S. 285; Michaels, Der Abbruch der Weiterweisung im deutschen Internationalen Privatrecht, RabelsZ Bd. 61 (1997), S. 685）. ことに、その中に立ち入った検討を加えることは、本稿の目的を越えることになる。別稿を期することをしたい。
- (6) たゞえば、北澤安紀「反致と準拠法指定の趣旨——ドイツ国際私法上の反致政策の展開を中心として——」法学研究七二巻八号四五頁以下を参照。
- (7) BT-Drucks. 10/504, S. 37（桑田三郎・山内惟介編『ドイツ・オーストリア国際私法立法資料』「平成十二年、中央大学出版部」二二五頁、以下では、本書を「立法資料」と略記し、収録されている資料については、もっぱら本書のみを引用する）。
- (8) AG Hildesheim, IPRspr. 1977 Nr. 91 (S. 247).
- (9) AG Bochum, StAZ 1981, 197, 198.
- (10) OLG Hamm, StAZ 1971, 26, 28 = FamRZ 1970, 658, 660.
- (11) 立法資料・二二五頁。
- (12) 46、改訂版の表紙に「ケゲル・シュリッヒ、Internationales Privatrecht, 8. Aufl., München 2000, S. 342; Staudinger-Hausmann, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Berlin 1996, Art. 4 EGBGB Rz. 28 ff.; MünchKomm-Sonnenberger, Bd. 10, 3. Aufl., München 1998, Art. 4 EGBGB Rz. 15 ff. 等を参照」

- と結びついた属人法の適用を前提として、ラテン法によるべき場合に、反致の成立を否定した裁判例 (KG, StAZ 1996, 301, 302) がある。
- (33) OLG Hamburg, StAZ 1980, 285, 286.
- (34) Vgl. *Staudinger-Hausmann*, Art. 4 EGBGB, Rz. 104, 148; *Staudinger-Hepling*, Art. 10 EGBGB, Rz. 141; *Kropholler*, IPR, 3. Aufl., S. 159; vgl. noch *v. Bar*, IPR II, Rz. 82 f.
- (35) 民法典施行法第一〇条第六項旧規定は「非嫡出子母、その父母の一方またはその氏を付与している者が属している國の法によつても氏を持つことができる」(立法資料・四一三頁)と規定しており、これは、一九九三年の民法典施行法の變更に際して、内容に變更を加えないまま、第四項とされた(佐藤「ドイツ国籍私法における氏の準拠法について——民法典施行法第一〇条の變更を中心として」名城法学第四六巻第一号二一九頁以下他を参照)。そして、一九九七年の「いわゆる親子法改正 (BGBl. 1997 I, S. 2942)」により、廢止された(この点につき、邦語文献として、海老沢美広「ドイツの新親子法」に、籍時報五〇一頁「圖文」を参照)。
- (36) Vgl. z. B. BayObLG, StAZ 1996, 200, 202 = BayObLGZ 1996, 6, 10 = FamRZ 1996, 1163, 1164; AG Berlin-Schöneberg, StAZ 1992, 248, 249.
- (37) むしろ、民法典施行法第一〇条第六項旧規定による連結について、反致の成立を肯定した下級審の判断を違法と判断する際に、択一連結が「指定の意味」に反する理由に反致の成立を否定するのはなく、問題となる外国国際私法に「よび」、当該國法が指定されるべきであるのべ、反致も問題とならざる裁判例 (BayObLG, StAZ 1990, 14, 15 = FamRZ 1990, 93) がある。本件判例に「よび」、父がオーストリアの国籍を有し、その子息がオーストリアに居住し、その子息がオーストリアにあるので、ドイツ法への反致を明らかにし、その子息の母は知らねばならぬこと。この点の詳細は、本規定が既に旧規定となつてゐることに鑑み、同じく述べ置かざる。
- (38) Vgl. z. B. *Henrich*, Der Erwerb und die Änderung des Familiennamens, S. 39 ff.
- (39) *Henrich* a. a. O., S. 39.
- (40) JGKart OLG Karlsruhe, StAZ 1970, 311, 312 のように、その本國法により特有する氏名の承認が「國際的に一般的

- な慣行」であると理解し、少なくとも外国人の氏名の問題(本件では表記)につき、承認的アプローチをとるならば、そのアプローチの当否はともかくとして、反致を考慮しないことにも、それなりに一貫した態度である(ただし、身分登録簿に記載されるべき氏名につき、このような判断をくだした裁判例は、他には見当たらない)。また、準拠法の決定にも、反致にも言及がないまま、スイス民法第一六〇条および第三〇条と民法典第一三五条旧規定との、内容的な比較に重点をおいて検討を加える裁判例 (OLG Karlsruhe, StAZ 1996, 44) もある。
- (41) 嫡出子の氏につき、民法典施行法第一〇条第三項旧規定にしたがい、父母の準拠法選択によつて、ブラジル法が準拠法とされた事案で、反致を論じる余地がないことは、当然である (JG Freiburg, FamRZ 1996, 1500 = StAZ 1997, 239)。
- また、ドイツ人男性とブラジル人女性が、ブラジルにおいて婚姻を締結している場合に、このブラジル人女性についてはブラジル実質法の適用のみが想定されているかのような判示をする裁判例もある (BayObLG, StAZ 1992, 108 ff.)。とはいえ、これは身分登録簿における記載を前提としており、また、本件で争われたのは夫婦の氏の間ではなく、夫婦が氏を異にする場合における、嫡出子の氏の間であったので、それほど重要視されるような問題ではなかったという点は、考慮しておくかなければならぬ。
- その他、氏の変更につき、本國法によるべきという、当初はドイツ国籍のみを、その後追加的にブラジル国籍を取得した子については、ドイツより、他の本國たる外国との関係が、圧倒的に強い場合、外國法によるべきことを前提として、ブラジル法を本國法として適用している事案では、ブラジル国際私法に言及がなされていない (BayObLG, StAZ 1984, 67 ff. = BayObLGZ 1983, 168 ff.)。本件では、問題となる子(およびその家族)は、ドイツにおいては、家具つきの社宅に居住するにすぎず、やがてブラジルへ帰國することが予定されているという認定がなされている。実践的に、この場合にもなお、ドイツ法への反致の成否を吟味するために、ブラジル国際私法を調査する必要性がどれほどあるのかという疑問は残る。論理的にも、「もっとも密接な関係」を通じた連結に準ずるため、外国国際私法の内容を吟味するまでもなく、類型的に反致が排斥されるべき場合であったと理解する (vgl. dazu *Staudinger-Hausmann*, Art. 4 EGBGB Rz. 98; a. A. *MünchKomm-Sonnenberger*, Art. 4 EGBGB Rz. 28) に、必ずしも、同じく述べ置かざる。
- (42) JG Heidelberg, IPRspr. 1971 Nr. 45 (S. 147).

- (43) OLG Oldenburg, StAZ 1976, 21.
- (44) なお、命名方式での氏の付与について、子の本国法たるオランダ法の適用を前提に、オランダ国際私法によればこの問題は父の本国法によるべきと見え、これはドイツ法であることが推定されるものの、国籍関係について事実関係が確認できなかったため、地方裁判所の決定を破棄し、差し戻した裁判例 (BGH, StAZ 1973, 68, 69 = NJW 1972, 2177, 2178 f. = FamRZ (1973, 185); vgl. noch BGHZ 59, 261 (ただし、この判例集では、反致に関する敘述は省略されている))。ただし、同じ類型の裁判例を位置付けることができない。
- (45) AG Kempten, StAZ 1979, 43.
- (46) 同じ同じ類型に属するものとして、ニュージーランド人男性とドイツ人女性との婚姻締結の際の、夫の氏のいかんにかかわらず、ドイツ国際私法により、夫の本国法たるニュージーランド法が指定されたが、ニュージーランド国際私法はイギリス法の諸原則に準じるものであり、この問題は身分的な婚姻の効力の準拠法としての夫婦のレミサル法によるべきとする、レミサルのいかんについては、ドイツ法への反致が成立する可能性があったため、事案の解明をすす、地方裁判所に差し戻した裁判例 (BayObLG, StAZ 1987, 73, 74 f. = FamRZ 1987, 624, 626 = IPRax 1987, 242, 243 f.; vgl. noch dazu Henrich, Ehe- und Kindesname: Namenswahl oder Namensführung kraft Gesetz?, IPRax 1987, 225, 226 f.) を準じて、同じようにすべき。

- (47) OLG Düsseldorf, FamRZ 1971, 371 ff.
- (48) 事案の特殊性から、詳細に検討されることもなく、インド法からドイツ法への反致が否定された裁判例 (BayObLG, StAZ 1987, 168 = BayObLGZ 1987, 102, 105) 特別として、インド法との関係で、事実関係のいかんにより、反致は成立する可能性があるのかもたない。すなわち、インド抵触規範が、有効にドイツ法へ反致する場合は、確認すべきこととして、裁判例が存在する。インド法がレミサル法へと反致し、そして、夫がマンロー・ファミリー法の意味におけるレミサル法をインドに根拠している場合でも、このようになると、事実上は「インド」もの、インド抵触法の内容を吟味する必要がある。レミサル法がインドにあることを前提して、反致が成立しないこと (LG Hagen, IPRax 1985, 294 f.)。しかし、依拠するインド国際私法規定が明示されなければ、判断のしちひがなごころをなすことにならない。

- (49) OLG Oldenburg, StAZ 1981, 196, 197.
- (50) AG Hildesheim, IPRspr. 1977 Nr. 91.
- (51) LG Bielefeld, StAZ 1984, 14, 15; vgl. noch LG Bonn, StAZ 1984, 15.
- (52) AG Münster, IPRspr. 1975 Nr. 103, S. 263 f.
- (53) BayObLG, IPRspr. 1981 Nr. 121 (S. 287 ff.); vgl. noch FamRZ 1982, 198. 風見、IPRax 1981, 220 mit Anmerkung (E. J.) を参照。
- (54) AG Münster, StAZ 1973, 17, 18.
- (55) AG Münster, StAZ 1973, 275, 276.
- (56) OLG Hamburg, IPRspr. 1971 Nr. 42b (S. 137).
- (57) AG Hamburg, StAZ 1971, 313.
- (58) OLG Köln, IPRspr. 1976 Nr. 95 (S. 273).
- (59) AG Münster, FamRZ 1973, 53. 反致の成立を認めた事案があることが記録されれば、疑問の余地がある。また、ドイツ法が基準とされながら、反致に一切言及のない裁判例もある。
- (60) 立法資料、五―五頁以下。
- (61) 上述の事例で、反致が成立したものもあるが、それは、ドイツ国際私法が、婚姻による氏の問題を、婚姻の効力準拠法に用いることにより、かつ、当事者が無国籍で、代用連結が行われていたためである。この他、婚姻による氏につき、オランダ法との関係で、反致が認められなかったのみとする裁判例 (OLG Hamm, StAZ 1983, 341, 342 = OLGZ 1983, 291, 292) がある。例えば、婚姻による氏について、LG Bonn, IPRspr. 1985 Nr. 11 (S. 33); IPRax 1986, 45 f. mit Anm. D. H. を参照。また、オランダ人たる子の、命名方法での氏の付与につき、やはり反致の成立を否定した、OLG Düsseldorf, StAZ 1979, 270, 271 を参照。

- (33) *Henrich*, Der Erwerb und die Änderung des Familiennamens, S. 83.
- (34) KG, IPRspr. 1979 Nr. 105.
- (35) OLG Frankfurt, OLGZ 1976, 286.
- (36) Z. B. BGHZ 56, 193, 199.
- (37) v. Bar, IPR II, Rz. 83.
- (38) Vgl. z. B. *Kropholler*, IPR, 3. Aufl., S. 159.
- (39) 反致を成すための要件として、国籍の取得が、住所の取得による (v. Bar, IPR II, Rz. 84)°
- (40) Vgl. z. B. KG, StAZ 1996, 301, 302.
- (41) 上述のケルリン宮廷裁判所が反致を看過したのは、属人法の決定基準として、本国法が採用されていることを確認しただけで、それ以上外国国際私法の吟味をせず、段階的連結による外国法指定の可能性を見落としたためである (KG, IPRspr. 1979 Nr. 105)°
 なお、法例第三三条但書は、この観点から、改めて見直すべきであると考えるかもしれない。
- (42) v. Bar, IPR II, Rz. 83 は、住所の環境との関連や、反致の成立を否定する要素として捉えている。とはいえ、これは、本国法との連結を採用する原則的規律との関係ではなく、国際私法上の制限的當事者自治における反致否定の説明原理としての意味を帯びていない。
- (43) 本条の「この国の「国際私法」は、一國数法国に於いては、それぞれの部分法秩序における国際私法規定によって、それぞれに、裁判例に於いては当然視されている°
- (44) OLG Zweibrücken, StAZ 1986, 41.
- (45) OLG Stuttgart, StAZ 1990, 19 = IPRax 1991, 53.
- (46) Z. B. *Soergel-Kegel*, Art. 4 EGBGB Rz. 36 u. Vor Art. 3. EGBGB Rz. 217; vgl. noch *Staudinger-Hausmann*, Art. 4 EGBGB Rz. 107.
- (47) Z. B. *MünchKomm-Sonnenberger*, Art. 4 EGBGB Rz. 70.

- (48) 指定された外国法の意義にかかわる。国際私法の構造上の重要問題と考える可能性もあれば、反致の法技術的性格で説明し得る問題にもならないと考える可能性もある。いずれ、別稿で、立ち入った検討を加えたい。
- (49) BayOblG, StAZ 1987, 73, 74 = FamRZ 1987, 624, 626 (vgl. noch IPRax 1987, 242).
 なお、親和性の反致が成立するに際しては、*Henrich*, Ehe- und Kindesname: Namenswahl oder Namensführung kraft Gesetzes?, IPRax 1987, 225, 226 f.)°