

《研究ノート》

ウルリクス・フベルス

『各国間における異なる法の抵触  
について』 (訳と註・第七回)

殊場準一

13 すなわち、夫々の場所の法の下で、同種の(人的地位を持った)者が享有すると同様の効果。その、事例による、説明

この人的地位の効果を、次のように、解する者もある。つまり、或る場所において、成年者あるいは未成年者である者、<sup>(1)</sup>成熟子あるいは未成熟子である者、<sup>(2)</sup>家子あるいは家父である者、<sup>(3)</sup>更に、保佐人の下にあるか保佐に服しない者であるか、とにかく、そのいずれかである者は、最初にこうした人的地位を付与され、取得した場所において享有すると同様の権利を何処においても享有し、また、その(最初に付与され、取得した)場所において順守すると同様の法を何処においても順守する。従って、本国において為しうるものは何処においても為しうるし、本国において為しえないものは何処においても為すことを禁じられる、こととなる、と。(けれど)筆者にとつて

は、この見解が理由あるものとは、思えない。けだし、右の(ように主張する)結果、過大な諸権利関係の渾亂を惹き起し、諸外国法規から由来する負担を隣接諸国に対して課することになる、からである。事柄の意義は(以下の)事例によって明白となる。(例えば)フリースラント州においては、家子が遺言をなすことはできない。(そこで彼は)ホラント州へ旅行し、同地で、遺言をすることとなる。(こうした遺言が)有効であるか否かが問題とされたとする。第一原則および第二原則からすれば、少くともホラント州においては(右のごとき遺言も)有効である、と思われる。けだし、法というものは、特定の領域内に在る全ての者に、及ぶからである。更にまた、<sup>(4)</sup>バタヴィア人が自国内でなした行為につき、自国法を無視して、外国法に従い判断をなすということは、合理的ではあるまい。とはいえ、当地フリースラント州においては、第三原則によって、右遺言が効力をもち得ないだろう、ということも真実である。けだし、前述のごとき方法に依れば、あたかも毎日のように、実際、なされているが、(我州の)市民にとって、我州の諸法規を回避すること以上に容易なものは、なからうからである。けれども、他の場所においては、たとえ家子が遺言をなすことが許されていないような場所であっても、右のごとき遺言も有効であろう。けだし、こうした場合にあっては、当該国民による、本国法の回避という理由が働かないからである。このような場合には、法の回避が起り得ないからである。(1) この表題は、前節のそれとの関連で把えて初めて、理

解できよう。つまり、本来は第一節から第一五節までに到る目次・表題のみが、本文の始まる前に、一括して列挙されており、第二・一三節の表題は、次のごとく、表題だけでも、文法的に連続しているのである。「或る場所で付与された人的地位は、何処においても、次のような効果、つまり、夫々の場所の法の下で同種の者が享有するがごとき効果、をもつという原則。これの、事例による説明。」

(2) “*pater-familias*”については、船田『羅馬法』第四卷三一五頁、フリースラントおよびホラント両州法については、本文第一二節註(3)(4)を、夫々、参照のこと。

(3) この立場は、基本的身分のみならず派生的諸権利をも含めて、というよりか、そもそもこうした区別を設けずして両者を包括的に、当該身分・地位を創設した場所の法によらしめ、同法の域外適用・それに基づく身分・地位の域外承認を、主張するものである。

サヴィニイがこの立場であったことは、すでに指摘されている。(本文第一二節註(12)) サヴィニイが両者を区別する内在的根拠のないことを提唱する、その理由は左の通りである。多くの場合、人的地位は特別の名前で呼ばれている。他方、派生的諸権利はそうではない。たとえば、年齢によって到達しうる完全な行為能力を持った者は「成年者」と呼ばれる。これは、以前にもっていた行為能力に対する制限を否定するために設けられた、特定の法律効果に付された名称にすぎない。同様に、完全な行為能力をも

たない者を「未成年者」と呼ぶ。これは、完全な行為能力を享受するための条件をもたないことを、指示する名称である。いままし、法が、未成年者に対し特別の名称を付することなくして、一定の行為能力の制限を認めている場合、どうなるか。問題は結局、行為能力の程度・限度に関するのみである。人に対して特別に設けられた能力の制限にすぎない。これが、完全な能力の始期の問題と同様に、住所地法によらしめられてはならぬ、とする理由があるのか。要するに、基本的身分・人的地位と派生的諸権利とを区別するものは、前者には特別の名称があり、他にはこれがない、という一点のみである。しかも、これは偶然・些細な理由・事情でそうなっているだけで、本質的に差別を設ける根拠にはならぬ。こう考えているのである。(vgl. Savigny, § 362.)

勿論、フベルスやサヴィニイが問題としたのは、一般的抽象論としての「区別の理論」ではなかった。むしろ、能力の問題等を、基本的身分・地位とは別個の連結単位として独立させ、個別的連結をなす、殊に行為地法に連結することが合理的であるのか、これが問題であったのである。従って問題の中心は、身分や地位と能力とを区別するか否かではなく、却って、能力の問題を行為地法に依らしめる合理性があるか否か、ここにあったと言わねばなるまい。そして、能力の問題を行為地法に依らしめず、住所地法を

準拠法とするのをより妥当と考へたサウイニイにとつて、両者の理論的區別は何ら抵觸法上の実益はなく、むしろ、その統一的把握、人の資格 (Zustanden) としての包括的把握が求められたのである。(Vgl. Savigny, §362 an 138—40.) そして当時のプロイセン普通法第二三条がその成文法上の根拠とされたこと言うまでもなく。(参照 同法第二七・三四・三五条。Savigny, §363 an 141, 142—43.) なお、サウイニイが批判の対象としたヴェヒターは、フランスの立場に近い解決を採つた。(Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 25 (1942) an 163, 184 n.s.w.)

(4) 「各人は、その本国 (Vaterland) におつても、自己の地位 (sijn qualiteit) を何処においても認められるものであり、また、全ゆる場所において、当該地の人民にして同様の地位をもつ者が享有し、従がう法を、享有するのである。」(オランダ語原典・第一卷第三章第四一節、一八頁。)

(5) 参照 オランダ語原典・第一卷第三章第四四節、一九頁。そこでは、要するに、行為地における取引の保護・便宜 (grooten Ongerief) が、理由に採られている。能力につき住所地法の適用を主張するサウイニイも、フェルスの指摘するような困難を無視しているわけではない。外国人ととの契約締結に際して、当該外国人の住所地法を確定するの困難がある。しかし、人的地位と派生的諸権利との區別によつては、この困難を除去できない。というの

がその理解である。その困難の除去は、たとえばプロイセン普通法第三五条の立場、すなわち「契約を有効たらしめるに、最も有利な法 (für das Bestehen des Vertrages günstigsten Gesetz) に依る」にうした解決方法に従うべきことを、より妥当と考へてゐるからである。(Savigny, §362 an 140, §363 an 144—46.)

なお、ビゲロウ判事によれば、次の二つの原因が、外国で創設された人の身分 (status) の派生物に対して、行為地法を適用すべきことを、根拠づけるとする。つまり、「全ての州に、その領域内における排他的主権と管轄権とを、確保し・保持せしめる目的、そして、他の諸國の異なつた諸法に対して域外適用・承認を許さんとする試みから生ずる、諸權利關係や救済方法の抵觸と混乱とを避ける必然性」(Woodworth v. Spring, 4 Allen (86 Mass.) 321, (1862))

(6) フリースラント州法上、遺言能力の制限には、以下の三つの原因がある。父権、身神の障害、非行 (misdaet) これらである。本文との關係で、第一の制限事由についてのみ説明しよう。(後二者については、オランダ語原典・第二卷第一章第九一〇・二一一—二六節、一七七一—八〇頁を参照。)

本文に示された通り、家子、すなわち、父権の下にある子は、たとへ成年に達していても、特有財産を有していても、五〇歳以上になるか、父の同意をえない限りは、遺言

による処分をなすことができない。それでは、父の同意をえれば何人も遺言をなしたか。この点については、一般に、理解力・弁別力の不足を理由として、男子一四歳・女子一二歳以下の者は、そもそも遺言能力がない、とされていた。従って、この年齢以下でなされた遺言は、たとえ、右年齢以上に達した後に遺言者が死亡した場合にも、新たな遺言を作成しなければ、効力がない、と考えられていた。

この制度の歴史的背景に関するフベルスの説明は、この制度がローマ法制の忠実な継受であることを示している。

(参照 オランダ語原典・第二巻第一五章第三一八節・一七七頁、同・第一巻第三章第四二節・一八頁。船田『羅馬法』第四卷二二—二六頁。vgl. Savigny, § 377 an 311—12.)

(7) ホラント州法上の遺言能力について付言しておこう。一般的にいえば、男女を問わず、能力の有無を問わず、全ての自然人は遺言能力をもつ。無能力者の場合にも後見人 (voogden) の同意はいらぬ。従って、たとえ親権に服していても成年者であれば、ホラント州法上、当然に遺言能力があるということになる。もっとも、正確な遺言能力は男子満一四歳・女子満一二歳以上が標準である。これは判断能力の成熟度が基準であり、女子は男子よりも早熟だと考えられたローマ法の考え方を継受した結果と説かれる。馬鹿と狂人 (zinnelosen ende razende menschen)

は遺言能力を欠くが、本心に復した時はこの限りではない。禁治産宣告を受けた者 (hofs ofte stads-Kinderen) はその取消があるまで能力がない。聾者・啞者は、それぞれ、話しあるいは聞ける限りは遺言をなしうるが、聾啞者は能力を認められない。非嫡出子の遺言能力は疑問視されているが、慣習としては、裁判所 (hof) の許可<sup>(8)</sup>、あるいは地方領主 (Grave ofte Graeflicheid) の特別許可<sup>(9)</sup>、をえてなされて来たが、先例となる判決は未だなく、と観測されている。(de Groot, Inleidinghe, II. XV. 2—7. なお、フベルス・オランダ語原典・第一巻第三章第四二節・一八頁も参照のこと。)

(8) ここでも本文第一一節註(4)で指摘したと同様に、バタウィを以てホラント州民と解する合理性がある。オランダ語原典・第一巻第三章第四二節・一八頁では、フリースラントとホラント両州間の事例で説明されている。ストリーは“Hollanders” (第六一節・六四頁)、ダラスは“people there=Hollanders” (三七六頁)、ローレンズンは“Dutch” (一七七頁)、ディヴィスは“Batavi-ans” (七六頁) と、それぞれ英訳しているのがこれまでの例である。

(9) 参照 オランダ語原典・第一巻第三章第四二節・一八頁。

(10) この最後のところは真意を把握するのが困難である。オランダ語原典・第一巻第三章第四三節・一八頁の事例は、

本文のテキストと必ずしも対応しない。ここではホラント州の青年がフリースラント州で遺言をなす、という事例になっている。ホラント州法上は、ローマ法制にならったフリースラント州法にあるような、父権の制度はない。他方、フリースラント州法上、遺言能力をもつための要件は、青年の場合について言えば、何よりも先ず、父権から解放されていることである。右に明白なとおり、ホラント州民は何人も父権の下に服さない。そもそも、そうした制度がないからである。従って、男子一四歳・女子一二歳以上である限り、全てのホラント州民は、フリースラント州法上、フリースラントで遺言をする能力をもつ。勿論、身神の障害や非行があつてはならないこと言うまでもない。

このように見ると、フベルスがオランダ語原典で挙げた事例は、本国法上はもとより、行為地法上も、遺言能力がある場合である。そこには法の抵触はない。ところが、ラテン語テキスト本文で挙げられた事例には、法の抵触が存在した。少くとも、ホラント州法の適用上、遺言者が父権から解放されているか否かを、全く問題にしないで良い、と解する限りにおいてである。フベルスは、まさに、このように扱っている。以上からすれば、本文の理解につき、オランダ語原典は何の手がかりも提供しないことになる。

そこで、論理的可能性として考えてみる。F州法上およびT州法上は家子の遺言能力がなく、H州法上は能力があり、F・T・H各州の抵触法上、遺言能力については行

為地つまり作成地の法に依るとなっていたとする。(1) F市民がHで遺言をなし、Fが法廷地である場合、本国法、法廷地の回避を生ずる。(2) F市民がHで遺言をなし、Tが法廷地である場合、当事者の本国法の回避はあるが、法廷地の回避はない。(3) F市民がTで遺言をなした場合、法廷地がFであってもTであっても、本国法や法廷地の回避はありえない。右いずれの場合においても、準拠法の回避はない。この註が付された箇所につき、グラスは右(2)の解釈を採る。(三七六頁。)ローレンセン(一七七頁)デイヴィス(七六頁)は明快でない。訳者も、右(2)の事実をフベルスが想定しつつ議論を進めている、と考える。

もし、この解釈が誤謬でなければ、興味ある次のところに発展しよう。つまり、フベルスの理論において、第三原則の制限が、法律回避に関して発動するのは、本国法であり、法廷地法でもある法律の回避がなされた場合に限られる、という点である。たんなる本国法やより一般的な準拠法の、回避それ自体ではない。実定的抵触規定の、いわば、脱法(抵触規定上、準拠法たることが確定している国法の回避という意味で)というよりは、本国法廷地の禁止的・強行的実質法の回避である。しかも、本国と法廷地とが一致せず、そうした法廷地において、外国法たる当事者の本国の禁止的・強行的実質法の回避をも当該法廷地の公益に反する、と解しない限りは、当事者の本国法たるか

否かに関係なく、もっぱら、法廷地の禁止的・強行的実質法の回避、これだけが排斥されるべきものというところに在る。更に、そもそもフベルスのいわゆる第三原則の下の制限が発動するのは、内国において外国法や他州法の適用が問題となる場合であった筈である。そして、他州法や外国法の内国における適用が問題となる場合とは、まさに、内国が法廷地である場合である。しかも、第三原則の下の制限が法廷地の実質法上の公益を根拠とする以上、一般的に本國法の回避を第三原則を根拠に排斥しえず、本國法が法廷地法と一致する場合に限られることは当然の理であろう。とすれば前述(2)の解釈はフベルスの真意に沿うものと考えられるのではなからうか。参照 本文第八節注(12)(13)。

以上の事例は、(特定の)人的地位を原因として、本國では禁止されている、行為に関連していた。もう一つ別種の事例、(つまり)本國では許容されているが行爲地では禁止されている行為に関するもの、をあげよう。これは、かつて最高裁判所で判断された事案である。一七歳のルドルフ・モンセマが、薬学を学ぶために、フロンゲンへ移り住んで一四日の後に、同地で遺言を作成した。フリースラント州では彼が遺言をなすことも自由であったが、フロンゲンにおいては、本件の報告者であるナウタ博士も言うごとく、二〇歳未満の成熟子がこうしたこと(遺言)をなすことは許されていない。死亡の

危急に迫った病気の場合においても、また相続財産の半分を越える部分についての(遺言処分)も、できないのである。さて右の青年は病気のため死亡したが、父方の伯父を相続人に指定したのみで、母方の伯母には遺贈もしなかった。後者は、当該遺言が行為地法に反してなされたものであって、無効であると主張した。相続人は次の点を強調した。つまり、人的地位は何処へでもその人に附随してゆくものであり、本國において当該人に認められている能力は他の国においても、また、認められるものである、と。けれども(裁判所は)我々が上述したところに沿って、右の遺言は無効であると判断した。殊に、本件の場合、本國法回避の意図は何ら存在していなかったのである。もともと、(この判決は)決して全員一致でなされたわけではなく、ナウタ自身は反対意見であったのである。(Decis. M. S. 134. Anno 1643 d. 27. Octobris)

(11) ラテン語テキストの本来の分節に従えば、この段には第一四節の節番号が付されている。ところが目次の方を見ると、第一四節には「不動産に関する権利については、その所在地法に依拠すべきこと」という表題がつけられている。内容上、この表題はこの段落には付けられない。この表題にふさわしい内容は、むしろ、原典で第一五節の節番号をつけられた段落の前半にこそ、収められている。恐らくこの点を考慮してのことであろう。デイヴィスは原典の節番号を敢えて変更し、本段落を第一三節の中に組み入れる。そして、原典では第一五節の節番号のみを付されて

いる段落に、第一四・一五の両番号をつけている。後にみるとおり、訳者は、さらに内容との一致を計るため、原典の第一五節を二つの部分に分節し、それぞれに第一四および第一五の番号と表題とを配分した。

(21) Rins Jans (Hoyte Feytes の寡婦＝原告) v. Eocius Monsna (27. 10. 1643) 事件のことである。

(13) ダラス (三七六頁) およびローレンゼン (一七八頁) の訳文は明らかに文脈に合わない。「フロニンゲンで出生し、同地に居住していたルドルフ・モンセマが、一七年と一四日たった時に、薬業を学びに外国へ出かけた。……」と訳されている。オランダ語原典(第二卷第一五章第二八節・一八〇頁)では次のように書かれている。「約一七年の歳月、フリースラントで生活し、薬劑士の助手(あるいは見習) (Apotheekers knecht) としてフロニンゲンに約一四日居住した後に、同地で市の認承をえて (onder de Stads zegel) 遺言を作成した。……」これからして、文法上も、右ダラスやローレンゼンの訳文が正しくないことが明らかとなろう。なお、オランダ語原典ではルト、ロフ・モンセマ (Roelof Monsna) と綴られている。

(14) フリースラント州法上の遺言能力については、本節註(6)を参照のこと。なお、オランダ語原典(第二卷第一五章第二九節・一八一頁)から推測するに、本件のルドルフ・モンセマには両親がなかったと解される。従って、すでに父権から解放されており、男子であるため一四歳以上

である限り、通常は、遺言能力があることになる。参照 オランダ語原典・前掲箇所第七・八節・一七七頁。

(15) 本段落末尾を参照。正確な書名は次のとおりである。 *Decisien van het Hof van Frieslandt, Leeuwarden* 1779.

(16) オランダ語原典・第二卷第一五章第二八節・一八〇頁。

(17) 遺言作成時と死亡時との間の時間・期間は明らかでない。他方、オランダ語原典からすれば、死亡地はフリースラント州のドクムであると指摘されている。(第二卷第一五章第二八節・一八〇頁)。

(18) オランダ語原典(第二卷第一五章第二八節・一八〇頁)に依れば、原告は「他の二人の伯母と共に遺贈を受けず」と記されており、被告は「モンセマの保佐人たる伯父」と読める。

(19) 原語は「*ius competens*」であり、「*bequaemheyt*」について言われているから、能力と意識する方が理解しやういと考える。

(20) テキストでは「*contra testamentum*」であるがオランダ語原典(第二卷第一五章第二九節・一八一頁)ではハッキリと、遺言が無効であると判断された、と記されている。なお、ここに「我々が上述したところ」とは、フベルスの「能力は行為地法に依る」との立場であろう。

(21) 多数意見は、能力を以て行為地法に依らしめる、とい

う立場から遺言を無効と判断した。これに対して、ナウタその他の反対意見は次のように考えたといわれる。すなわち、前述の内容をもったフロニンゲン法は、外国人 (Vreemdeling) たる当該遺言者ルドルフ・モンセマを、遺言能力なしとしているとは思わない。同人が、フリースラント州法上、遺言能力をもっていればそれで足りる、という見解であった。(オランダ語原典・第二巻第一五章第二八節末尾・一八〇—一八一頁。)

他方、フベルスは、本文にも示されるとおり、本件判旨に賛成する。ところが、如何なる根拠に従って判旨に賛同したかは、明白ではない。思うに……先ず、その基本原理、殊に第二原則からすれば、ルドルフ・モンセマが、フロニンゲンに、住所を設定したか・設定しえたかに拘りなく、行為地法としてのフロニンゲン法の適用に到るであろう。(勿論、第三原則に従って、フリースラント州法を回避する意図のない場合に限られる。) この第二原則という根拠は、本件争点が、人的地位と区別された意味での、能力の問題に関連するが故に行為地法が適用される、という理由の根底に横たわるものである。次に考えられるのは、両親のない青年が、修学の目的で、或る場所に居住する場合、その青年を以て右居住地の住民 (Ingezetenen) と看做することはできないか、という疑問である。もし右の青年が独立して修学地に住所を設定しようとした場合、第一、原則に基づき、当該青年は自己の住所地法に従わねばならぬ

こととなる。修学の目的は、一般論として、本国法 (Vaderlandsrecht) の回避や侵害を惹起しない、と思われよう。この論法によった場合、本件のルドルフ・モンセマが従うべきは住所地法たるフロニンゲン法だ、ということになる。(もつとも、ルドルフ・モンセマがフロニンゲンに住所を設定しえたか、については、別個の観点からする疑念もなくはない。当時、住所の変更は、今日のように、簡単に容認されなかったからである。例えば、旧住所に再び帰る意図があれば、新しい居住地を以て新住所と看することは許されなかった。(参照本文第一〇節註(5)。Meijers, R. 3 a. 660.) 外地留学などは、まさに、問題となる事態であろう。しかも本件では、死亡地がフリースラント州のドクムだとされている。これは、ルドルフ・モンセマがフロニンゲンに新住所を設定しうる可能性を、減少しよう。)

以上、いずれの論旨に従ったとしても、本件では住所地法と行為地法とが一致する。第一の理解は、能力を以て行為地法に依らしめる、本文の議論により適合する。他方、オランダ語原典・第二巻第一五章第二九節・一八一頁の論調は、却って、第二の理解に親しみ易い。メイエルスは第二の理解を採るもようである。(Meijers, n. 1. paragr. 3, a. 657.)

なお、左の事情は注目に価する。当時すでに、人の裁判籍は、出生 (oonsprong) の地ではなく、人の住所 (Woonplaats) を基準として決定されていた。(フベルス・オラ



ンダ語原典・第二卷第一五章第二九節・一八一頁、vgl. Savigny, § 355 an 72—75, § 359 an 96.) そして、このことが、準拠法の選択においても、出生地よりも住所地を優先的な標準とすべきである、との考え方を誘導するとすれば、法抵触問題の解決にあたり、人の出生地法が意義をもつのは、それが同時に住所地の法である場合のみである。その意味で、フヘルスのいわゆる本國法 (lex patriae) とは住所地法である、と解することが可能であらう。場合によっては、これが出生地法と一致する、というに過ぎない。また、この lex patriae の語は、そのように、用いられている。他方、オランダ語原典の “Vaderlands-recht” の語は、出生地法のみ言及する、と観測される。(前出引用箇所を参照。)

(22) 「奇妙な理論」(système singulier; Meijers, n. 1a 657) かどうかは別としても、人的地位自体とこれから派生する諸権利関係とを区別し、前者を当事者の lex patriae に、後者を lex loci に連結する、というのがフヘルスの立場であった。これを一般化すれば、派生的諸権利・義務の内容・主張条件は、もっぱら、行為地法に依らねばならぬ、ことになる。現実には挙げられた事例は、全て、能力に関連していた。従って、問題を左のように個別化しよう。すなわち、人的地位と能力、この区別と各々の独立的連結、これである。こうした考え方が、英米では、どのように把えられているかを付言しておこう。

結論を先に言えば、いずれの国においても、学者は両者の区別を明快に認識し、提唱するのに対して、判例においては右の区別は明白でなく、混同を生ずることが屢々である。先ず英国について見よう。

抵触法上の問題意識から Status と Capacity との概念上の区別を強調する学者に、Allen と グレイヴソン 等がある。(Allen, Status and Capacity, 46. L. Q. Rev. (1930) 277, 292—94; Gravson, Status in the Common Law, (1953) esp. Ch. IV, 55 et seq.) 身分とは “legal state of being” であるのに比して、能力は “legal power of doing” を意味するものとす。この両者の基本的差異を観る。身分を保有するだけでは、その保有者が直ちに何らかの作為・不作為の権利・義務をもつことにはならぬ。その意味では、身分は単なる “static condition” に過ぎない。特定の作為・不作為の権利・義務は、こうした静的な状態にある者に対して、法が権源を付与することによって初めて発生する。この付与によって初めて身分は実質的内容をもつに到る。従って、身分の属性としての法的諸権源は静的な状態の動的な派生物 (dynamic incidents) である。(cf. Gravson, 55—56; Allen, 292) 要するに、能力とは、法的に付与された、身分や地位の派生物の一つであって、法的に規定されたものであり、身分・地位という一つの法的状態に対して付与せられた、諸権源の総体であるに過ぎない、という訳である。(Grav-

son, Text. 5th ed. (1965) 189, comp. Wolff. P. I. L. 2nd ed. (1950) 278—79)

他方、判例は必ずしもこうなるか。身分・地位自体の意義や特質にいう所の一般理論には、高く評価せざるべき見解を要す。(cf. Viscount Haldane in *Salvesen v. Administrator of Austrian Property* [1927] A. C. 641, 652—53.) 然るが、身分と能力との概念上の区別は曖昧なままに残れつつある。例えば、スコット判事は言う。「身分とは主として能力の問題である。」(Re *Luok* [1940] 3 All E. R. (C. A.) 307, 326.) 同様に、*マロウ*「身分と能力とを混同した極致 (high water mark)」を述べ。(Falconbridge, *Essays*, 2nd ed. (1954) 753; Graveson, *Status*, 61.) 又は何故この様な混同が行なわれているか。マロー法では、身分や地位がそれ自体、訴の対象となる。しかし、英国法上、こうした訴は起せない。従って、身分や地位の問題は、殆ど全ての場合、その直接目的が身分や地位自体とは別個のところにあり、そうした訴に付随してのみ、たまたまなコンシデラブルの「生起する……」(Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Lect. XV ff. 402 (1873)) 特定の権利行使の付随的な問題 (incidental question) を目的とする意識を要す。(Graveson, *Status*, 56; Allen, 292. But see *Har-Shelf v. Har-Shelf* (No. 1) [1953] P. 161; (No. 2) [1953] P. 220; Cheshire, P. I. L. 5th ed. (1957) 384.) しかるに、婚姻能力にいうて言えば、英国

法は、挙行当時の当事者の住所地法を基準とするのが原則である。(Brook v. Brook (1861) 9 H. L. C. 193; *Sottomayor v. de Barros* (1877) L. R. 3 P. D. 1. 5.) の事も、身分・地位と能力との概念上の区別を、困難にしている重要な因子であると云うべきであろう。両者の区別は、そもそも実益を欠く。こうした状況の下では、両者の混同があっても格別、不思議ではない。(Graveson, *Status*, 86.) 一体なにを以て身分・地位と捉えるか、誰の住所を基準とするか、複数の住所を基準とした場合には累積的あるいは結合的そのいずれの形態で適用するか……これらの点の不一致を論の外に置けば、英国法上、身分や地位の問題が依拠すべき準拠法は、住所地法を原則とすると考えられる。(Graveson, *Status* 118, 117. As to *Imanics*, *Id.* 101; Allen, 309—10; *Falconbridge*, 753.)

契約や遺言の能力では、不動産の処分に関するもののみが確立している断言である。(Re *Hernando* (1884) 27 Ch. D. 284. 遺言・死亡当時の所在地法。Bank of Africa v. *Cohen* [1909] 2 Ch. 129. 契約・所在地法。) 動産に関する契約締結能力は締結地法に依ると解する。(cf. *Male v. Roberts* (1799) 3. Esp. 161, *Bairdall v. Bairdall* [1946] P. 122.) したがって、確立している点については、疑念をたずねない。(cf. Graveson, *Text*, 343, 344.) 動産に関する遺言能力についても先例の乏しいことが、指摘される。けれども、実定法は死亡当時の住所地法を基準とす

ると言われている。(cf. Graveson, Text, 423, 424.) さて、それでは米国の事情はどのようなものか。ストリーが身分と能力とを区別しなかったことは、すでに指摘された。(本文第一二節註(12)末尾。)判例の立場は *Polydore v. Prince* におけるマナー判事の言葉が象徴的に示している。“...the state of the person, that is, his legal capacity to do, or not to do...” (Ware, 402. (1837), 3 Beale's Cases, 2, 3, (1902)) 概念上の区別は必ずしも明快ではない。けれども、実際上の連結にあたっては、本来、理論的に区別されるべき能力に該当する事項が、個別に独立して準拠法を求められ、必ずしも常に、人の身分や地位と同一の準拠法に従わねばならぬとは、考えられてはいなかった。いわば、両者を統一的に住所地法に作らしめる原則に対する例外として、行為地法の介入が、能力にあたる事項につき、認められていたのである。(Graveson, Status, 66, 67; cf. Gray in Ross v. Ross 129 Mass. 243. (1880))

一方、学説の世界では、とくに、ビール及びその追従者

の間において、身分と能力との概念上の区別が提唱される。そこでは能力が、属人法の支配範囲の下に入る、人の属性の一つではなく、却って、行為そのものの一つの要素であり、行為を支配する準拠法に従う、ということが説かれたのである。(cf. 2 Beale, §120. 11 at 649; Cleveland, Status in Common Law, 38 Harv. L. Rev. 1074, 1081, 1994—95. (1925); Graveson, Status, 118—19.) 「犯罪者の home state の法に於て判断せらるべきもの Status である。」という定義がなされるゆえにである。(Cleveland, 1075—76. see also Minor, Conflict of Laws, 131 (1901)) 基本的には、ストリー以上に、フェルヌスに近いと目されるビールやその追従者にとって、右の結果は自然である。(cf. Rest. Second, Tent. Draft No. 4 (1957) §§ 87, 89, 91.) そして、ビールの基本原理の批判者が、右の理論に好意を示さないので、また、不思議はない。(For ex. Ehrenzweig, Conflict of Laws, 370—72. (1962))

(一橋大学助教授)