扶養義務の準拠法

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2011-02-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 関根, 萬之助 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/9176

扶養義務の準拠法

関根　萬之助

国際私法上、扶養義務の準拠法については、扶養義務そのものの概念規定、特にこの制度の現代的意義、これに対する準拠法の定立等幾多の疑問を生ずるので、現行の法例の規定を中心に、これらについて論じてみたい。

社会には、常に、自分の資産と労力では生活できない者がおり、これらの者にも生活の資料を与え、その生存を全うさせるのが扶養の制度であるといわれる。社会共同の理想からいえば、このような生活無力者は、社会全体の連帯において、その生活を保障すべきで、すなわち、社会全体のために、社会全体によって扶養がなさるべきである。しかし、これは極めて簡単な古代社会か生産力の非常に豊かな社会でない限り実現不可能なことで、多くの場合、社会は公的な扶助を比較的低度に限り、それ以上の必要は私人の扶助にまたざるをえない。これが私法的扶養義務であるとされている。したがって、中川善之助氏もいう通り、私法的扶養義務は扶養必要者に密接な生活関係を有する者に負わしめなければならないので、民法は、何人が最も扶養必要者と経済共通の地位に立つかを探索し、その最も近い者より、次第に遠い者へと順位をつけている。いうまでもなくかかる親疎の関係は、具体的な事実にしたがって、個々に判断せられるのではなく、抽象的に、その者の身分関係の種別にしたがって、評価されているのである。換言すれ

ば、身分に附着した当然の法定効果として、義務づけられるのである（中川善之助、岩波法律学辞典Ⅳ二三七九、我妻栄、親族法法律学全集23四〇一以下）。しかし、社会が発達し文化が進むにつれて、貧困は資本主義経済組織では不可避的な現象であることがわかり、またヒューマニズムの思想が支配するにしたがって、国家は国民の最後の一人までも、その生存を保障する責任があると考えられるようになると、わが憲法も二五条でこれを宣言する通り、これはなおプログラム的意味をもつに過ぎないといわれているが、また生活保護法も「国が生活に困窮するすべての国民に対し、その困窮の程度に応じ必要な保護を行ない、その最低限度の生活を保障する」（生保法一）と規定するにいたるや、ここにおいて、身分に附着した当然の法定効果としての、この扶養の義務づけも、一つのジレンマに陥る。これは、牴触規範であるわが法例にも反映し、解釈をめぐって種々問題を提起し、いささか混迷をきたしている観がないでもない。

わが法例は二一条で「扶養ノ義務ハ扶養義務者ノ本国法ニ依リテ之ヲ定ム」と規定している。本条はいうまでもなく、私的な親族的扶養の法律関係は、その準拠法を扶養義務者の本国法とすることを宣言したもので、親族的扶養に関する一切の法律関係は、すべて、その準拠法である扶養義務者の本国法にしたがって判断されるとしたものである。したがって、いま当面の生活困窮者である要扶養者、すなわち扶養請求者の本国法は全く問題とされない。また、この義務者の本国法の準拠時点であるが、実質法上では、扶養義務の発生は現実に扶養を必要とする自活不能状態の発生当時であろうが、法例の解釈上、牴触規定としては、訴訟当時における本国法と解すべきであろう（折茂豊、国際私法（各論）法律学全集60三一七、川上太郎、国際私法講座二巻六二四）。法例が扶養義務者の本国法を準拠法としたことについては、扶養の法律関係が法律上当然発生する法定義務に基づくもので、その義務は一定の身分関係により認められるものであるから、人の身分・能力は属人法にしたがうという法規分類説（Statutentheorie）以来の伝統的な考え方によって、属人法の管轄に属すべきものとされ、扶養制度の本質より扶養被請求者の属人法に、わが法例は本国法主義を建前とする故、扶養義務者の本国法に準拠せしめら

れたものであるという。法例修正案理由書もこれを次の如く説明する「元来扶養ノ義務ハ親族相扶助スヘキ自然且徳義上ノ関係ヨリ由来セル主義ニシテ義務ヲ主トシテ発達シタル法律関係ナルカ故ニ其義務ノ発生及ヒ範囲ハ義務者ノ本国法ニ依リテ定ムルコトヲ要シ且ツ義務者ノ本国法ニ依ルノミニテ充分ニシテ更ニ権利者ノ本国ヲ以テ之ヲ制限スヘキ理由無キモノトス故ニ本案ハ義務者ノ本国法ニ依ルヲ以テ原則トセリ」と。二一条を適用するに当って先ず問題となるのは、ここにいう扶養義務とは何を意味するかということで、国際私法上いわゆる法律関係性質決定の問題である。川上太郎氏は、これは本条の立法精神・目的に照らして決定すべきで、国際私法は諸国実質私法の適用範囲を定めるものであるから、諸国実質私法上扶養義務について一般的共通概念が存するならばこれによるべく、萬一共通概念が存しないときは法廷地法たるわが国の実質法上の扶養義務の本質的徴表に照らしてこれを決すべきであるとし、本条の扶養義務とは、法律の規定に基づき一定範囲の親族相互間において自活しえない者に生活資料を給与すべき義務であるとされる（国際私法講座二巻六二五）。わが民法の解釈でも、第六章扶養（八七七条以下）の規定を親族扶養と呼んで、一定範囲の親族間の相互的な扶養義務に関するものとし、夫婦間の扶養義務（七五二）および、未成年の子に対する親の扶養義務（八二〇七六〇）とを区別し、前者を生活扶助義務、後者を生活保持義務と呼ぶことが広く行なわれている。しかし、親の未成年の子に対する扶養義務については、民法は特別の規定を設けず、その費用の面について七六〇条の規定をおくが、実際の規制に当っては八七七条以下によるべきものとされている（高橋勝治、現代家族講座六巻、家族の扶養三〇八―九）。これは西原道雄氏も指摘する通りで、未成熟子に対する親の扶養義務が他の親族間の扶養義務より重いものであることについては学説では異論はないが、日本民法は現在もこの点について明瞭には現定していない。そのため、民法八七七条以下はいわゆる生活扶助義務だけに関する規定で、未成熟子に対する親の扶養義務については民法はなんら規定をおいていないという見解もある。しかし、義務の法文上の根拠をまったく否定してしまったのでは家事審判法等の手続法との関連で困難を来

たすことになるので、立法論はともかく、現行法の解釈論としてはこれはやはり八七七条以下に含まれているとみるべきではなかろうと（家族法大系V巻一〇二）。現行法の解釈としてはまたやむをえないものであろう。この一定の身分に基づき発生する当然の法定効果としての義務であるが、従来はその根拠を道徳的義務として、梅謙次郎氏は「近親ハ或ハ自然ノ愛情ニ因リ或ハ自己カ直接又ハ間接ニ其者ヲ此世ニ生マレシメタルニ因リ或ハ鞠育ノ恩ニ報フヘキニ因リ或ハ之ヲ養フ為メ家産ヲ相続シタルニ因リ之ヲ救助スヘキ天然ノ地位ニ在ル者ニシテ古今東西ヲ論セス又法ニ明文アルト否トヲ問ハス此義務ヲ認メサルハナシ」（民法要義巻之四、五二九）とし、また山田三良氏も、親族相互に扶養すべきことは倫理道徳上の義務であるが、近世諸国の民法は此の義務を法律化し、一定の親族間に扶養を為すべき法律上の権利義務を認むるを以て例としている（国際私法六四九）とされる。しかし、これに対し、成る程、親族が相依り相扶けることは自然の人情であるばかりでなく道徳上の義務としても要請されているが、一定の親族間に法律上の義務として親族扶養が認められる根拠については、まだ一般的に明確な回答は与えられていないという反論がある。その理由として、国家的扶養制が確立してからも親族扶養先行主義が依然として保持され、親族は現実に共同生活態を構成していなくても、法律上扶養の義務を負わされるのであるから、これはその根拠を親族関係自体の中に求める外はないが、法的扶養の根拠はこのような自然的道徳的関係のみからはでてこないとし、また、親族財産関係又は相続関係とも扶養関係は密接な関連をもっているが、これとも必ずしも一致していないとし、更に、家族制度が法上廃止された現在、夫婦・親子は現実に且つ法的にも共同生活態を構成するが、他の親族関係は観念的で、現実に共同生活を営む場合でも法的には現実的共同生活の義務は認められていない。そこで、親族扶養の法的根拠が奈辺にあるか不明確であるというのである（於保不二雄、註釈親族法下二三七―八）。されば、立石芳枝氏はこれを評して妙、曰く、本来、生活困窮者の救済は、社会が負担すべき義務である（憲法二五条II項、生活保護法一条参照）。これを親族の負担にゆだねて、もし怪しまなければ（生活保護法三条参照）、それは、「家」という親族団体

の存在ないし機能を、懐疑することなく是認していた、旧法時代に培養された考え方の惰性というほかはない。民主的な考え方による社会が発達し、社会保障の制度が発達すれば、このようなささやかな、恩義的な、救貧方法は、必然的に自壊の運命をたどるであろうと（我妻・立石、親族法・相続法コンメンタール、三四六）。わが民法におけるこの混迷は、牴触規範である法例二一条の解釈に導入されると、一層複雑となる。夫婦間の扶養義務は生活保持義務として、婚姻の効力に関する準拠法を定めた法例一四条によらしめるのはよいとして、親子間の扶養義務については議論が分れている。これらを除いた、兄弟姉妹間の扶養義務や父母以外の直系親族間の扶養義務等について、二一条によることは議論がない。まず、実質法でいう生活保持義務説に忠実な見解は、親の未成熟子に対する扶養は法例二〇条に、親の成熟子に対する扶養、子の親に対する扶養は二一条によるとする。ところがこの説は、子の成熟未成熟をいかにして性質決定するかで行き詰まる。そこで、一説は、親の子に対する扶養義務を、子が成年であれば二一条に、未成年であれば二〇条によるとする。更にまた一説は、親子間の扶養義務は親子関係の重要な効果であるから、消極的規定である二一条に準拠することは適当でなく、子の成熟、未成熟を問わず、親の子に対すると子の親に対するとを問わず、すべて二〇条によるものとする。さて、このようにみてくると、法例二一条の「扶養ノ義務」では、夫婦相互間の扶養義務のみを他の親族扶養の問題と区別すべきなのか、夫婦間の扶養義務のほかいかなる親族扶養をもって、なお身分関係の内容の問題と性質決定し、これから除外すべきなのかについては、満足すべき回答はえなれないとし、もともと、一定の親族間の扶養を法律上の義務として規定するにいたった根拠については、一般にまだ明確な回答が出されていないという、実質法の解釈論におけると同じ疑問がだされている（佐藤哲夫、扶養、別冊ジュリスト一六号、渉外判例百選一三四―五）。わが民法の規定する直系血族及び兄弟姉妹間の扶養義務の範囲は（日民八七七）、広すぎるという非難もあるが、スイス民法にも同じ規定がある（スイス民法三一八以下、中川善之助氏の解説によると扶養の文字にドイツ民法はすべての場合に Unterhalt の一字を用いるが、スイス民法は親族扶養を verwandtschaftliche Unterstützung といい Art. 323、親子と夫婦の場合は Unterhalt を用いている Art. 272, 330。Unterhalt とは「或る物の存立のために必要なもの」の謂であり、Unterstützung

は「或る物の支えとして立てられたもの」の意で、正に生活保持義務と生活扶助義務の差別といえようとされる。岩波法律学辞典Ⅳ三三八〇）。また、昨年十月一日から実施のソ連新家族法も、未成年の弟妹に対する兄姉の扶養義務を規定する（二二、法律時報四七二号八七以下参照）。しかし、ドイツ、フランス、アングロ・アメリカ法は、兄弟姉妹間になんら法律上の義務を認めていない（Schnitzer, IPR, 4. Aufl. 478f.）。これについて、ジルバーナーゲルはフーバー（Eugen Huber）のスイス私法を引用しコンメンタールで次の如く解説する。中世のドイツ諸法では、一つの非常に緊密なバンド（Band）が血族達（Blutsverwandten）を繋ぎ、ジッペの仲間、少なくとも男系の親族達は殺された仲間の人命金（Wehrgeld）に対する権利、仲間の相続権をもち、貧困者は仲間から扶助を期待できた。そしてこれらの権利はその血族関係（Blutsverwandtschaft）の内部では相互的な義務でもあった。全ジッペが責任をもって仲間のために協力したことが忘れ去られても、これは後世まで扶助義務として血族達に伝わり、このような血族達の共存意識や連帯感情が薄れるにつれ、扶助義務も次第に小生活圏に限られていった。十六・七世紀では、祖父母の傍系卑属迄相互的扶助義務があったが、これもやがて尊族親と兄弟姉妹に、更に一層の近親間に制限され、そして、これらの親族の私的扶助も後に市町村や国の公的な貧民救助でますます後退していった。ここで、血のバンドから、法的バンドが、扶助義務を強く主張するようになった。それは相続権のバンド（Band des Erbrechts）であった。中世後期でも、扶助義務と相続権は密接な相関概念とみられておったが、後に、相続権は次第に狭い親族達に制限され、扶助義務は市町村更に国に移されていった。しかし、今日でも、なお、相続権と扶助義務の関係を、必然相続権（Noterbenrecht これはローマ法の制度で、形式的必然相続と実質的必然相続とあるが、共に遺言の自由を制限するもので、前者は現代法にはなく、後者が今日の遺留分権となる。しかしわが民法のものはゲルマン法系のフランス固有法の制度といわれる。）の強い主張の中にみることができ、これは、たとえ必然相続人と扶助権利者の範囲が全く一致していないとしてもいえることであろう。ZGB も、扶助義務と必然相続権の平行線を厳格には守ってはいないが、しかし一般的にいって、法定相続権をもたない人達には扶助義務を課すべきでないということが衡平の観念であるようだ。しかし、この二者は歴史の経過より相互に分離し、既に独立しているので、現在では規律もま

た同じ観点からではないので、これらを同列におくことはできないと(A. Silbernagel, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band II 528-9)。また、ヒューブナーもこれを次の如く述べる。ゲルマンの相続法すなわちドイツ相続法の歴史上の出発点は親族関係の原始的総有(ursprüngliche Gesamteigentum der Verwandtschaft)で、その本質は親族相続法(Verwandten-erbrecht)で、かつては一つの親族法(Familien-recht)に過ぎなかった。本来の相続法となったのは単独所有権(Sonder-eigentum)ができてからのことである。初めは、すべての財産はジッペの総有であったが、それが家族の合有財産(Gesamt-gut)となり、家父とその子達は財産共同体(Vermögens-gemeinschaft)を形成し、父はその代表者であったが子達も共同権利者で、彼等にも一つのFolgerecht(追求権)が認められた。父が死亡すると子達がその代りとなったので、家の内部では全く相続権は問題とならず、合有財産に対する共同体的な昇格(Nach-rücken)が生ずるだけであった。合手的所有権(Gesamthands-eigentum)の諸原則は特別な相続法上の原則ではないが、それが家族財産の関係と家族員間の財産分配を支配した。家に誰も所有の能力者がいないと、家の財産は再びジッペに帰した。このジッペが終息し、動産の統一的包括権利主体(Gesamtrechts-subjekt)が消滅すると、一定の分配秩序の必然性が生じ、ここに始めて本来の相続法が必要となったのである。これは後に不動産にも行なわれたが、家共同体(Hausgemein-schaft)の弛緩とともに、広範囲な血族の相続法上の原則が支配し、相続人の範囲や異なる扱いを生じ、これが永い間相続人の順位に影響してきた。したがって、相続法はその起源またその本質よりみても、親族法と区別されるものではなく、その基礎は血族関係(Blutsver-wandtschaft)にあったとする。また、血族達は独立できないジッペ仲間の後見をする権利と義務をもち、"死手のジッペ"(„Sippe der toeten Hand")としてWergeld(人命金)を受取り、これを分配し、"生手のジッペ"(„Sippe der lebenden Hand")としてWergeldの取り立てに責任を負い、貧乏し保護を要する近親者(Bluts-freund)を扶助しなければならなかった。また、血族達には、血族関係より、仲間の死亡によって自由になった遺産の承継権が与えられていた。これは中世後期の見解においても、相互的な扶助義務と相続権は必然的な代替物として一致していた。相続権のある血族の不

存在の場合は、遺産は地方公共団体か国に帰属した。このことは、結局、最後には、これらの公の団体が、扶助義務(Unterstützungspflicht)や救貧負担(Armenlast)を果さなければならないことを正当化するものである。以上のことが立法化されたものが、扶養義務の規定で、BGB では直系親の間だけであるが(§ 1601)、ZGB ではその他なお兄弟姉妹間でも認められている(Art. 328)とし、かくして、氏は、今日、扶養義務は狭い範囲に限られた一つの独立の制度となって、相続法から分離しているが、誰が相続人であるかは、ゲルマン法並びに古代ドイツ法の見解では、ただ血だけが決定したもので、相続法は人間の恣意的規定を許さなかった、solus deus herendem facere potest, non homo(相続人をつくるはひとり神のみ、人間にあらず)と(R. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts 3. Aufl. 610-12)。これに対し、ローマ法における扶養法の内容、特に扶養義務の関係は、今日でも明らかでないとされている(西原道雄、扶養の史的諸形態とその背景、家族問題と家族法V二七—三二)。ワイスはローマ私法提要で、pater familias(家長)の家族達に対する法律関係は純粋な権力関係で、彼に対するいかなる法的な義務づけも考えられない。これらの義務づけはただ習俗上のものであった。家族達もみな財産無能力者で、奴隷と同じく取得能力はあったが、その取得したものは pater familias の所有に帰したからである。したがって、pater familias に対しいかなる扶養請求権もなく、これは家子についてばかりでなく妻も同様で、氏はこれらのことは ius vitae ac necis(生死の権)と一致しないものと評している。皇帝の法が始めて両親と子達の間の相互的扶養を認めたとしている。氏によれば、ローマの家族像は、ユスチニアン時代に本質的な変化を示し、親子関係はその歴史的な法律関係を採りながらも義務思想が支配していたので、これが親族法もドイツへ継受された原因であるとしている。しかし、古典時代にも必要な場合は、reverentia(尊敬)から子にも扶養の給付が義務づけられたとする。なお氏は、婚姻によらない父の非嫡出子に対する扶養義務は、現代法では重要な問題であるが、ローマ人には全く知られていなかったことで、しかしこれも後になって教会法の影響からか、ユスチニアン帝以来 Konkubinenkinder(内縁の子)に認められ、それはまた相互的扶養義務であったとする

(Egon Weiss, Institutionen des römischen Privatrechts 2. Aufl. 89-95, 102)。佐伯好郎氏も、扶養の義務とは親族間に存在せる相互扶助の道徳上の義務を法律上の義務となしたるもの也とされ、新ローマ法では、嫡出の子は自活しえないときはその父母に対し扶養を請求する権利を有し、父母が子に対し扶養の義務を怠るときはその祖父母に請求する権利を有したといわれ、これは旧ローマ法の親権絶対主義（佐伯氏は patria potestas を家長権とし、旧民法の親権と戸主権を包含し、しかも遙かに強大な権力的権利 jus potestatis とされ、またこれを pater familias 家父権、patria potestas 親権とも訳され、ここでは patria potestas の意味であろう。）と正反対の規定なるや知るべき也とする。ただし父母が自活することのできないときはその子に対し扶養を請求しうることもちろんであるとする。また私生子は元来法律上父なき子である故、これを扶養する義務は母に属したが、ユスチニアン帝はこれを「自然の子」liberi naturalis として父に対し扶養を請求しうるものとしたが、これはローマ法における社会政策的立法の一遺物なりとされる（羅馬法綱要三六四—五）。わが民法でも、扶養と相続の関係が論ぜられている。すなわち両者は全く同一の基盤に立つとはいえないにしても密接な関連のあることは否定できないとして、相続制度において、死者の一定の近親者が何故に他の者を排除できるのか、一層正確にいえば、人に一定の近親者がある限り、何故にその財産の一定割合を、それらの者に相続させねばならないかという、遺留分制度から論じている。その根拠として、被相続人名義の財産もその家族の協力によるもので、いうなればそれは潜在的共有であるが、協力生活の終了で顕在化するもので、また家族はその遺産で生活が保障されていたが、遺産がそれらの者にゆかないとなると、公的扶助の完備しない現在、生活が危険にさらされるので、それらの者の遺産の承継が要請されるという。この後の理由が扶養と関連をもっといわれ、たとえ扶養と相続とは平面が違うとしても、両者にはある共通の要素があるとみるのである。すなわち私有財産制度のもとでは私的扶養が優先するが、それは血縁集団の扶養制度が崩壊し、夫婦・親子の個別的家族関係になると、扶養の責任者もそれぞれの当事者なり、それのできない者や関係者のない者は公的扶助に頼らざるをえない。しかしこの公的扶助には限度があり、まず一定の近親者に私的扶養をさせ、その補充として公

的扶助を行うことになる。すなわち、一定の近親者間では相互に扶養の義務を負担しているので、これは、それらの者の財産を通して扶養する義務を負担していることである。またこれは要扶養者からいえばそれらの者の財産で生活が保障されていることになる。ところで、それらの一定の近親者の一人が死亡した場合、その者に財産があれば、それを通して扶養の義務を負担していたわけであるから、他の者はそれによって生活を保障されていたので、公的扶助の完備していない現在、その者の近親者に承継されねばならぬ要請は充分にあり、これが、相続が扶養義務の延長だといわれる所以であると説明する（中川善之助編、民法講典八四二—五）。また川島武宜氏は、近代法では、扶養は、家族関係に基づくところの個人対個人の関係であって、「家」・氏族等の協同体関係ではない。このことは、近代法の家族的扶養関係が、私的所有権および近代的な法的人格の基礎の上にあり、またその反映であることに基づいている。この広義における扶養は、まず夫婦・親子等の家族法的関係の問題として解決される。すなわち、夫婦相互間では夫婦同居義務および夫婦財産制の問題として、また未成年の子と親の間では親権関係の問題として解決される。しかし独立の生計能力のない者の生活を支える扶養という問題は、右以外の関係においても一定の親族の間の法律上の権利義務関係として規定される。これが狭義の扶養関係である。したがって、近代法の扶養は、権力者への奉仕関係ではなく対等人格者間の債権関係で、また経済的な関係であるから、扶養が特定親族間の法的関係であるということは、私有財産制度の一効果であり、したがって、扶養が純粋経済関係であるかぎり、親族間においてなされねばならぬ理由はなく、漸次的に社会化されつつある所以とされる。そして、その理由として、独立生計能力のない者の生活を支える扶養という問題は、近代法においては、夫婦間および未成年の子に対する親の扶養の如く、同居義務の前提に立つことができず、また共同生活体を一般的に予想することができない。これは他の法的関係の一構成部分として存在するのでなく、独立の制度として、存在するとされる（民法(三)改訂増補一一〇—一）。川島氏の実質法における扶養概念の性質決定はまことに見事である

が、夫婦・親子等の広義における扶養以外の狭義の扶養関係として、扶養という問題が一定の親族間の法律上の権利義務関係であるところの、その法的根拠は一体何であろうか。氏は、近代法の家族的扶養関係が、私的所有権および近代的な法的人格の基礎の上にあり、またその反映であることに基づくとされるが、法的人格の承認は、その人格者の生活のために、当然生活財貨の獲得消費となり、財貨の私的個人的所有関係を形成し、必要な物資の交換は自由な取引の発展となり、人格者の死亡は、世代を超えた財産の承継関係となるものであろう。ラードブルッフは、現代私法秩序の基礎を、私有財産制、契約自由の原則、一夫一婦制、および相続制度とするが（Gustav Radbruch, Einführung, i. d. Rechtsw. 9. Aufl. 86）、川島氏のいわれるその反映であることとは、一夫一婦婚より生ずる家族を意味するものであろうか。また、扶養と相続の関係を、必然相続権や遺留分制度より説明して、扶養義務者と遺留分権利者の範囲が一致しなくても、ある共通の要素があるとするが、その要素とは一体何であろうか。ヒューブナーは相続法の基礎をはっきりと血というが、その血は何処から流れ出たものであろうか。また古来、扶養義務の根拠を親族相互に扶助すべき倫理道徳上の義務とする人情道義論の基盤は何であろうか。それこそ、婚姻に始まる親子・家族の血と愛の生活共同体ではなかろうか。婚姻が個人主義的法律観のもとGefärtenschaftseheになっても、子が生れる以上、その人格の形成を引き受けるものは家族の責任である。家族は、Intimgruppeで、人格的信頼に基づくクーリ（Ch. H. Cooley）のいう〉intimate face-to-face association〈で、本質的にPrimärgruppeであろう（Das Fischer Lexikon, Soziologie 71）。シュロイヤーは、タキトウスのゲルマニアを引き家族を称讃して曰く、家族（Familie）の本質こそ、超個人的なもので、それは夫と妻、両親と子達、先祖と子孫の肉体的にして精神的な共同体の中に存し、これこそ、また、社会の根源である。すべてのOrganisationは、歴史的にまた日々の生活において、すべて家族に根ざすもので、家族の崩壊は社会の崩壊であり、その没落を意味する。また、家族はすべての平和の源であり、すべての愛と無我の泉である。そしてまた、家族はすべての法形成の母体

(Mutterboden aller Rechtsbildung)である。あからさまな利益の追求は必ずや権力と結び付くであろう。しかし、利益は決してそれだけで法となるものではない。家族生活から生れる共同体の思想(Gemeinschafts-gedanke)こそ、はじめて法を創造するものである。その法が先ず第一に確保するものは家族の平和である。ゲルマン民族における法的な家族組織は、父権的家族であり、男系のジッペである。それはconubium(合法な婚姻)に結ばれ、姻族と血族の広汎な団体を形成する。これこそ、血族的ジッペ(男女両系親的可変的ジッペ)であるが、この団体は本質的にまず第一に平和の組織(Friedens-organisation)であるが、また強固な実力の団体である。すなわちquidam sanctiorem artioremque hune nexum sanguinis arbitrantur, Tacitus Germania c. 20.(多くの人々みなこの血縁のきずなを神聖にしてちかしきものと思う。総論二〇章)と(Hans Schreuer, Deutsches Privatrechs 373)。レーマンも、ドイツ民法の解釈において、近親相互の扶助義務の基礎を、血族共同体(Einheit der Bluts-gemeinschaft)の中に見い出し、それは家族財産の共同体(Gemeinschaft des Familienvermögens)の残滓であるとする(Heinrich Lehmann, Deutsches Familienrecht 3. Aufl. 215)。私も、扶養義務の属人法上の根拠はこの血族共同体に基づくものではないかと思う。わが法例の解釈理論においては、扶養の義務は一定の身分関係に基づいて認められるものであるから、それは属人法の管轄に属することが、充分の理由があるものとして、まさに自明の理とされ、一点の疑いもないようである。しかし、ケーゲルもいうように、元来、伝統的なこの属人法という概念自体が多義的で、かつて法規分類説では人的事項に適用された実質規範を指したが、今日では、単に国籍、住所、居所に連結して、国際私法が当事者に人的に最も密接に関係するものに過ぎず、したがってそれは国により、すなわち各国国際私法により異なり、例えばドイツでは行為能力は属人法に属しそれは本国法であるが、アメリカ合衆国では締結地法に属している(Gerhard Kegel, IPR 2. Aufl. 150f.)。わが法例の建前もドイツ法と同じく、原則として国籍を連結点として本国法が属人法である。それは本国法が当事者に人的に最も密接に関係しているからとされている。したがって、親族関係に基づく法律効果として発生する扶養の義務も、当然当事者の本国法に連結させられることとなる。それはマンチーニ(Mancini)が„nazione"により強調し

たVolkszugehörigkeitによるものであろうが、私は、婚姻に始まる家族の血による血族(Blutsverwandten)に法的根拠があるものではないかと思う。それはまた、今日の社会学がいうように、かつてのSippeからStammへ、更にGemeindeからVolk, Staatへ発展するものであろう。ワルカーもいうように、後期註釈学派以来のローマ法にはjus civileが駆逐されjus gentiumになっても今日の国際私法の原則は含まれていなかった。今日の国際私法は、中世のゲルマン法にその源を発するもので、それは、当時、フランク時代のドイツ種族法(Stammesrecht)とローマン民族に行われたローマ法との並存によって、法における人格の原則、すなわち人法の体系としての属人法主義(Personalitätsprinzip)が確立されてからのことで、これは、法はその民族団体(Volksverband)の成員に適用されるもので、法こそ各個人のSchutz(保護)とSchild(楯)で、各人は諸々の法律関係においてその生来の種族法にしたがって判断せらるべきものとしたのである(Gustav Walker, IPR 2. Aufl. 23ff.)。この法例二一条の規定は、従来、すべての扶養関係に適用せられるものと解されてきた。これは全く根拠のないものではないと考える。元来、この規定は、論理的に妥当を欠く表現といわれ(江川英文、国際私法改訂二八九)、山田三良氏も、法例二一条には扶養義務者の本国法とあるも、果して扶養義務者なりや否やは判決の確定を俟って始めて定まるのであるから、厳格に言えば問を以て問に答えるの非難を免れざるものであると(国際私法六五二)されるように、これは循環論法(circulus vitiosus)である。私は、これは、扶養制度の歴史的経過より、その当然の事理を表明した一種の宣言的規定ではないかと思う。ここに扶養の法律関係の準拠法決定における矛盾混乱があるのではないだろうか。扶養とは、文字通りたすけやしなうことで、貧困者に生活の道を与えることであるが、その生活困窮者を扶ける法律関係が、身分に基づく一定の親族関係を法律要件として生ずる法律効果であるから、それは国際私法上属人法の管轄で、わが国は本国法主義を採る結果、扶ける側の責任でなされる扶養義務は、当然義務者の本国法となる。すなわち、扶養なる概念が、生活の道を与える扶ける者の側からの関係で、その対象の扶けられる者、要扶養者は問題とならず、しかも、その扶け

る義務の関係が扶けられる側と一定の親族関係にある身分に基づくものなる以上、義務者の本国法によらざるをえず、二一条の規定は扶養というこの一般概念の表明である。これは、このような恩恵的意味のすべての扶養関係に妥当する命題である。したがって、法例二一条は一切の扶養義務の問題の解決を目的とするものなりとの、全面適用論も生ずるわけであろう（山口弘一、親族法及国際親族法二六六―七、山田三良、国際私法六四九以下）。しかし、夫婦間の扶養義務はこのような経済的優者弱者の関係にあるものではない。わが通説も、実質法における「生活保持」と「生活扶助」の区別を導入し、前者の扶養義務は、扶助をなすことがその身分関係の本質的不可欠的要素をなし、相手方の生活を自己の生活の一部として保持する義務であるとし、したがって夫婦のそれも、最後の一椀までも共にすべき、婚姻の成立・存続の基礎的かつ不可欠の条件をなす婚姻の一般的効力として法例一四条によらしめている。夫婦間の扶養義務については、わが実質法にも民法七五二条があり、この協力扶助義務は偕老同穴の夫婦結合において、不可欠な第一義的な、常時永久の相互的義務で、第六章所定の親族間の扶養義務とも、おのずから本質を異にすると解されている（我妻・立石、親族法・相続法コンメンタール九九）。青山道夫氏も、夫婦がたがいに協力し扶助する義務は、旧法の扶養義務より範囲がひろいとされ、扶養の観念は一方の生活困難を前提とする生活の扶助であるが、夫婦間の緊密な共同生活はかかる前提を必要とせず、生活そのものが経済的のみならず精神的・人格的な協力扶助で、七三〇条の扶け合いより強い観念であるとされる（身分法概論九八―九）。次に、問題となるのは、実質法におけるこの生活保持のもう一つの分類、親子間の扶養義務、特に親の未成熟子に対するそれである。これに対し、生活保持義務を採る説は、法例二一条の「扶養ノ義務」からは、また親子間のそれも除外せらるべきものとして、それは、ひとしく親族関係に基づく扶養義務でも夫婦間のそれや、心身の未発達の子に対する親のそれなどは、他の親族間の――例えば兄弟間、姑嫁間などのいわゆる親族的――扶養義務とは、おのずからその性質を異にするものとみられているとし、かような見方からすると、この二種の扶養義務を、国際私法上の取り扱いにおいても

区別し、その準拠法を別様に定めることは、しかるべき理由があるものとされる（折茂豊、上掲三一六）。この問題は要するに法例二一条の性質決定の問題で、池原季雄氏もいう通り、当該の渉外的な法律関係を、その準拠法を選ぶ観点からして、どのように分類すべきかの問題で、それは結局、国際私法の全体の構造や関係の諸牴触規定の趣旨等に照らしてその法律関係の位置づけを行なうことである（別冊ジュリスト一六号渉外判例百選八）。本条の「扶養ノ義務」なる法律関係の性質決定では、その準拠法は扶養義務者の本国法と定められている。問題はこの扶養義務者であるが、夫婦間の扶養義務は血族発生の根源である婚姻における平等な対等者相互間のものであるのに、二〇条のものは親の側からする片面的で、子が成熟するまでの過渡的なものである。しかも二〇条が第一次的に父の本国法とすることは、子の正常な出生を予定したものであろう。これは西原道雄氏も指摘する通りで、生活保持・生活扶助義務の国際私法上の性質決定に関連して、未成熟子に対する親の扶養義務の準拠法を二〇条によるべきものとしているが、これでは子に対する母の扶養義務も父あるかぎり父の本国法によって決せられるという奇妙な結論になるとされ、解釈論としては二一条によることが妥当であるとし、立法論として子を中心とする方式の考慮を提案されている（上掲一〇二―三）。まさに二一条の盲点を衝かれているが、父とは、子の正常な出生すなわち適法な婚姻による嫡出親子関係においてのみいえるので、西原氏の母の扶養義務も二〇条を嫡出親子関係と解せば、父の本国法は当然であるが、多数説を例にとられ婚外親子関係をいわれるのであろう。二一条の狙いはおそらく親族扶養を対象としたものであろうが、これは循環論法の命題であるから、それにこだわることはないと思う。扶養義務者に扶助せしめることが、私有財産制のもと私的扶助の本質でもあろうから。佐藤哲夫氏も、法例二一条の扶養義務を広義の親族扶養とされ、これは一種の受忍義務で、本条は、夫婦間の扶養義務のごとく身分関係の成立・存続の基礎的かつ不可欠の条件となることのないあらゆる関係の親族扶養につき適用される原則的な衝突規定であると解されている（上掲三五一）。今日の国際私法における問題は、むしろ属人法による扶養

義務者の本国法主義で、よく要扶養者、生活困窮者の救済が可能なりやということではなかろうか。義務者の本国法を準拠法とする、扶養義務は、一定の身分に基づく親族関係において生ずる法律効果であるから、それは義務者と権利者とを支配する一定の法秩序において発生するもので、特定の実質法秩序でなければならない。したがって、法例が扶養の法律関係をその義務者側から評価する場合には、当然、義務者と権利者が同一の法秩序にあることを予定しているものであろう。ところが、国際私法上は扶養義務者と扶養権利者とは異国籍すなわち各々その本国法を異にする例は多い。ここに生活困窮者である要扶養者と扶養被請求者との断層が生ずる。すなわち、当事者達が異国籍の場合はこの扶養義務の法律効果を付与する法秩序が異なるからである。そもそも、扶養義務の法律要件である一定の親族関係そのものの評価が問題である。この親族という用語はわが民法独特の表現といわれるが、Verwandtschaftsverhältnis の評価にしても、それは法的・社会的、すなわち一つの文化的評価で、文化が異なり法秩序を異にすれば、その評価も当然異なってくる。人の身分・能力に関する属人法の本国法主義も絶対ではない。当事者の文化へ連結する国籍による本国法主義も、扶養関係のような法律制度では、そのヒューマニズムも相対的ならざるをえない。本来、この制度は生活に直結した属地的なものではないかと思う。それはこれらの法律関係が、今日、漸次、公的扶助の制度に移りつつあることでも明白である。これに対しては、ワルカー等のいう当事者双方の属人法累積適用主義があるが(Walker, a. a. O. 714)、これは公平どころか場合によってはかえって要扶養者に不利である。属人法に運命づけられた要扶養者こそ憐れである。しかし、自然の血は国境を越えて流れ出る。ところが、扶養義務の法律要件である、親族でも血族でも、これらは単なる生理的概念ではなく、社会制度的概念である(川島、上掲三四)。カール・エンギッシュはこのことを次の思い出で巧みに諷刺する。私が、まだ学生であったとき、ある医師が、§ 1589 Abs. 2 BGB の「婚姻によらない子及びその父は相互に親族と看做さるることなし」という規定について、その法学的恣意と生物学的事実の不遜な否認に対し、大きな恥

辱と虚偽を認め、法もこの自然の事実を無視することはできないであろうと、いたく憤慨したということである。エンギッシュはこれについて、生物学者にとっては婚姻による子と婚姻によらない子という区別はない。彼にはただ自然の血による事実があるだけである。しかし、婚姻による血統が親族であるのは、婚姻によるというメルクマールに、一つの文化的要素をもつからで、血による親族という概念は自然の生物学的意味においてではなく、社会的文化的意味において理解されるものであるという。しかも、法律家は、この社会的文化的概念に、更に法規によって種々な法律効果を結び付ける、法律要件としての法的な概念を区別するとし、前例の § 1589 Abs. 2 BGB は、婚姻によらない血統の法律要件には婚姻による血統と同じ法律効果を結び付けていないことを意味するとし、すなわち、婚姻による血統の場合には、子は父の氏を称し、その親権のもとに立つ。更にこの父と子は相互的扶養義務を（§ 1601 ff. BGB）、また相続権、遺留分請求権（§§ 1924 ff. u. 2303 ff. BGB）をもつ。これらの法律効果は婚姻による血統すなわち親族の法律要件に結び付けられ、親族の家族的性格を法的に刻印づけている。しかし、これらの法律効果は婚姻によらない父と婚姻によらない子との間にはない。ただこのような父は §§ 1708 ff. BGB により婚姻によらない子に対して、普通はその十六才まで金銭的支払による扶養を与える義務を負うだけである。親族という概念のもとでは直接には法的に承認された効果が権利義務として現われるが、間接的にはその共同所属性や運命的結合の諸々の感情、あるいは共同の先祖や故郷への思い出、名誉を共にする意識や互に扶け合う傾向等が現われる。しかし兄弟姉妹が困窮の場合も相互に扶け合う扶養を与えることはドイツでは道徳的義務になっていると（Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken 2. Aufl. 10-17）。氏はここで国内法秩序の中でも、諸々の法律の規定する法律要件概念の相対性を強調しているが、われわれの文化現象はまさしく氏のいう通りで、同一法秩序内で然り、いわんや法秩序を異にする場合においておやである。扶養義務が一定の親族関係に基づいて生ずる一つの法律効果である以上、属人法の本国法主義による解決は、当事者達が異国籍の場合、一つの断層に突き当るもので

はなかろうか。扶養関係を属人法の管轄として、人的に最も密接に関係した当事者といえば、それは、当然、要扶養者すなわち扶養権利者の属人法とすべきではなかろうか。要扶養者は当然その属する属人法の法秩序よりその権利を主張すべきものであろう。法例二一条の規定は、扶養義務者の本国法を準拠法としたところに、属人法の血による家族主義的封建性に誤られたもので、現代的属人法のヒューマニズムは要扶養者へ焦点を向けざるをえないであろう。従来も、扶養の義務が義務本位のものであることより義務者のために lex fori が準拠とされた例もあるが、さらに一般的に扶養に関する規定が公序良俗に関するものであるとして ordre public の観点から判断されたこともあるくらいで(Schnitzer, Handbuch des IPR 4. Aufl. 479)、扶養は生活に直結した公序性の強い制度として、属地的管轄に服せしめるのが妥当であろう。ラーペも注意するが、折茂豊氏も、第八回のハーグ国際私法会議で採用された、子にたいする扶養義務に適用せらるべき法律に関する条約案が、このような義務を、原則として子の「常住居所(résidence habituelle)」地法によって定むべきものとしているのを引き、今日、社会保障制度の漸進的な発達は、国際私法上、親族法的扶養義務の準拠法を定めるにあたっても、当事者の属人法主義がはたして最も適切なものか、なお疑いの余地が残されるとみてよいであろうとされる(Raape, IPR 5. Aufl. 402; 折茂、上掲三一四)。扶養制度の本質が私的な親族扶養である限り、直ちに公序によることも極端であるが、場合によっては現行法のもとでも、法例三〇条に救済を求めざるをえないこともあるであろう。

以上のようにして性質決定された扶養の法律関係はすべて扶養義務者すなわち扶養被請求者の本国法によって判断される。すなわち、扶養義務の発生、変更、消滅に関する一切の問題に対して扶養義務者の本国法が適用されるのである。先ず、何人が扶養義務者であるか、これはいうまでもなく二一条の「扶養義務者」とは「扶養被請求者」あるいは「表見的義務者」の意味で、彼が真に義務者なりや否やは、その本国法の適用の結果始めて確定するものだからである(実方正雄、国際私法概論再訂版三三六)。またこのような義務者が数人ある場合に、その順位、更に何人が真の扶養権利者であるか、

その順位、扶養義務の内容すなわちその程度、方法等すべて扶養義務者の本国法による。したがって、扶養義務者が数人ありその国籍を異にする場合は、扶養義務は各自の本国法によって決定されるので、その数人の義務者の順位が各本国法によって異なるときは、扶養権利者は二重に扶養を受け、または全く扶養を受けえない場合も生ずる。ここで問題となるのは、いかなる親族関係にある者の間に扶養義務が生ずるかは、もちろん、扶養義務の準拠法すなわち扶養義務者の本国法によるが、この扶養義務の準拠法の要求する親族関係がいま係争中の当事者間に現実に存在するか否かということである。これが一般に先決問題といわれているものである。これについて、川上太郎氏は、この問題は扶養義務の存否を左右する先決問題ではあるが、扶養義務の存否とは別の問題で、それ故にこの問題が渉外的要素を含んでおるときは、その親族関係の存否は何国法によって決定すべきかという別の国際私法問題が生ずるとされ、次の例を掲げる。日本人甲が米人乙の婚外子としてわが裁判所に提起した扶養料の給付を求める訴において、わが裁判所はわが国際私法上扶養義務の準拠法たる米国法を適用するに際し、甲乙間に米国法にいう婚外父子関係が存するか否かを確定するを要するが、この婚外父子関係の問題は日本法及び米国法の何れからみても渉外関係であるから、国際私法上何国法によるべきかが問題となる。この国際私法問題を解決するためにわが裁判所において適用すべき法律は、法廷地法たるわが国の国際私法規定であるか、または扶養義務の準拠法たる米国国際私法規定であるか。これに対し、氏は、およそ国際私法は正義及び有用の理念に従って自ら国際私法問題を解決するもので、法廷地国際私法が一定の法律関係について準拠法を指定するのは、実質法問題についてのみその指定の準拠法を適用し、これを公正・妥当に解決しようとする趣旨で、準拠実質法を適用する上に生ずる国際私法問題をも含めて、当該準拠法国の法秩序に一任するものではないとされ、法廷地法説をとられる（講座一巻六二六―八）。これは対して、メルヒオール及びヴェングラーによって提唱された国際私法の技術的意味における先決問題、すなわち独立の先決問題とは、準拠実質法の適用に際して生ず

る牴触法上の問題で、本問題の連結に対しては一つの subsequent question である（Paul Heinrich Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR 237-3）。ヌスバウムによれば、この新学説は既にその命名（Nomenklatur）で宿命的な誤謬を犯すものといい、この問題性がその真の見通しを立てるならば、その自称の本問題（Haupt-frage）の法に lex fori に対する優先権を与える必要はなくなるだろうとして、先決問題の問題性なるものは存在しないという（Arthur Nussbaum, Grundzüge des IPR 101-2）。ラーペは、しかしヌスバウム自身この言葉を尊重せず、また一般からも支持されていないと嘲笑するが、ヌスバウムは、この問題性は文献における注意深い比較法的取り扱いにも拘らず、これに対する態度を決定した唯一つの判決もないとして、この問題性の機縁となった一九三一年四月二一日のフランス破棄院の判決を次の如く批評する。或る人が、インド法のもとにあった英国民である被相続人により養子とされていたことを理由に、在フランスの土地から成る遺産に対して相続権を主張した。裁判所は、この相続にフランス法を適用して訴を棄却し、その理由として、Art. 344 Code Civil は、嫡出卑属のある被相続人は養子をとることによって、実の卑属の相続分を減ずることを許さないという規定で、裁判所は、養子縁組によるこのような不適格はフランスの order public 事項であるとした事件である。これについて、ヌスバウムは、この事件は本問題の法と法廷地法は一致しているので、いわゆる先決問題は発生しなかったとし、もし本問題の法がフランス法でなかったとしても、おそらくフランスの ordre public の配慮が判決を決定したであろうといい、またこの事件では被相続人の本国法は同時に養子縁組の法でもあったとする（Nussbaum, a. a. O. 102-3）。したがってラーペもこの先決問題は実際的にはあまり重要でないとし（Raape, IPR 5. Aufl. 103）、またノイハウスも、この問題は現実には非常に稀にしか発生しないとして、氏は、それはこの問題性が稀に併発する三つの前提条件をもつからであるとする。それは、第一に本問題には必ず外国法が適用されること。第二に、その外国の牴触法は——概念は常に自国実質法の意味に解するという規則で——結果的に必ず法廷地牴触規範と異なる法秩序の適用になるということ。第三に、この両法

秩序の実質法が内容的にも必ず互に異なるものであることの三点をあげる(Neuhaus, a. a. O. 238)。確かにこのような実例は少ないものであろう。ヌスバウムも、ロバートソンが先決問題に関するcommon lawからの研究で、これに該当した一つのアメリカ判決も発見できなかった報告を引き、この蓋然性の新学説は、もっとはっきりした姿で現われる実際の事件にくらく、また新学説が予想する選択規範と内国法規範とordre public(公序)やres judicata(既決の事件)等の妨害要素の組合せのない状態は考えられないとし、更に今日の国際私法の諸規則では反致やQualifikationの問題解決に十分でない理由をあげて、要するに先決問題の新学説は、ただその不明瞭さを増すだけであるとする。ただ、この先決問題における本問題の準拠法説は、その機能的要請から、判決の国際的調和の理想が達せられるといわれている(Nussbaum, a. a. O. 102-5)。

しかし、これに対し、川上氏は上記の例で、甲が乙を相手方としてわが裁判所に扶養料給付の訴を提起した場合には、甲乙間に婚外父子関係が存するかは米国国際私法の指定する準拠法によって決定せらるべく、その結果その存在はあるいは否認せられることもあり得る。しかるに、もし甲が乙に対してわが裁判所にまず婚外父子関係の存在の確認を求める訴訟を提起し、その確認をまって乙に対し扶養料の給付を求めたときは如何になるか。この場合には、婚外父子関係の存否の問題に対してわが国際私法の指定する準拠法を適用する結果、その存在が肯定せられることもあり得る。しかも上記の如く扶養義務についてはその存在はあるいは否認せられざるを得ないのである。すなわち同一国において同一の問題が、先決問題として提起せられるか、または本問題として提起せられるかに従い、あるいは否定せられ、あるいは肯定せられる可能性を生ずる。一国の国際私法がかかる国内的不調和を容認するものとは到底考えられないとされる(川上、上掲六二八)。まさしく然りであって、これが準拠法説の難点である。ケーゲルも、このような法学上の精神分裂症は法の秩序づけの任務に矛盾するとして、ドイツ判決並びに通説もそうであるが、国内判決の一致における利益が、この準拠法説の採用を禁止するとしている(Kegel, IPR, 2. Aufl. 117-8)。しかし、ラーペによると、氏は扶養準拠

法が予定している親族関係が在存するかどうかは、その牴触規範をも含めて、義務者の本国法によるところの、わが国のいわゆる準拠法説であるが、先決問題の問題性について次の如くいう。牴触規範の特色とするところは、その法概念が配偶者の身分的関係（Art. 14）とか、夫婦財産制（Art. 15）、嫡出性（Art. 18）、両親とその子の関係（Art. 19, 20）、相続（Art. 24, 25）等の集合概念（Sammelbegriff）であること、またこれらの広い集合概念の種々な組合せによる牴触規範相互の限界画定が問題となるが、集合概念の概念規定はもちろん、これらの限界のすべてはわれわれの決定するところで、外国法の容喙するところではない。そこで、国際私法上の問題を判断する場合に、それはわれわれの牴触規範の一つによるのかあるいは他のものによって把握されるのかは、それぞれの牴触規範の限界画定により行われてきた。ところが、先決問題の問題性は全く別種のもので、すなわち、ある牴触規範はある一つの事件においてただその事件においてだけ他の牴触規範から排除されるのかあるいは吸収されるのかという場合に、ここでは排除が問題となる。すなわち、ある事件で、ドイツの牴触規範は外国法を指定する。この外国法は効果法（Wirkungsstatut, lex causae）である。その場合に、この外国法は、このような効果法によって提出された問題をも、それは本来他のドイツ牴触規範の対象であるが、そのような問題にも準拠法となるかということであると。さらに氏はこれを次の如く説明する。実質規範は法律効果をある一つの法律要件に連結しているものであるが、その法律要件はまた常に一層多くの前提を包含している。これは法律要件の要素（Tatbestands-elemente）ともいわれるもので、これらをも含めて、原則的にはすべてわれわれの牴触規範の指定する準拠法で判断される。例えば不法行為が問題となる場合、行為者の責任能力すなわち不法行為能力の如くに。ところが、これらの前提条件に対して、われわれはまた固有の牴触規範をもっている場合がある。ここに先決問題の問題性があるとする。例えば、或る人がドイツで不法行為による損害賠償を訴えた場合に、それは彼の自動車所有権の侵害によるものであるが、この場合、被害者が自動車の所有者であるという前提に関し、この所有権の取得については本問題の準

拠法がフランス法である理由から、他のドイツ抵触規範は排除されフランス抵触規範が代わるのか、これは所有権に関する問題が本問題の部分問題あるいは付帯問題（Teil-oder Nebenfrage）として現われるという理由からか。ラーペはこれに対し、いわゆる先決問題に対して外国抵触規範を適用すれば、すなわち排除されたドイツ抵触規範の代わりに適用すれば、国際的判決の調和となるが、ドイツ抵触規範を適用すれば、それは排除（Verdrängung）とは矛盾するが、これは国内的判決の調和となる。ここで外的調和か内的調和かの二者択一に迫られるが、ラーペはこれは統一的には答えられないとし、レワルトやマカーロフと同じく、われわれの抵触規範が判決の調和のために他の抵触規範を排除しているか吸収しているかによるとし、結局その基準は当該規範の意味及び目的に、それら規範の全傾向に依存しているとする。しかし、原則としては、われわれの抵触規範は相互に尊重し評価し合っているもので、他の抵触規範を吸収したり外国にまで渉猟したりするものではなく、吸収は例外の場合で、国内的調和が国際的調和より価値多いと（Raape, a. a. O. 403,103-4, 116-20）。わが解釈論でも、法例二一条の適用範囲において、一定の親族関係にある者の間に扶養義務が認められるか否かはこの準拠法によるが、その当事者間に果してこのような親族関係が成立しているか否かという問題は、おのずから、それ独自の準拠法にしたがって判断せらるべきこととして先決問題として扱う説もあるが（折茂、上掲、三一八　川上、上掲、六二七）、私は二一条の解釈としては疑問をもっている。川上氏も、先決問題は、扶養義務の準拠法たる外国実質法にいう意味での親族関係は、当事者間に現に存在しておるかという問題であるから、まさに扶養義務の準拠法を適用する途上に生ずる問題である。それ故、本問題たる扶養義務の存否の問題の一部分をなすものであり、これを別個・独立に存する問題とみるべきではない、とされながら、氏は、しかしそれが本問題の一部をなすものであることから、直ちに先決問題に対しては本問題の準拠法所属国の国際私法を適用すべきであるとの帰結をひき出すことはできない、とされる。ここで、氏は、このことは、わが国際私法規定全体の建前から推して推論し得るところであるとし、当事者の行為能力の

存否の問題は、法律行為の成否いかんという本問題の一部を構成する問題でありながら、法律行為の成立問題とは別個・独立の問題として法廷地法たる牴触法によらしめているとし、このことから推して考え、先決問題は本問題の一部であるとの故を以て法理上当然に本問題の準拠法所属国国際私法規定に服せしめらるべきであるとの一般論は、少なくともわが国際私法上は当てはまらぬとされる（講座二巻六二七）。これはラーペのいう牴触規範相互の限界画定の問題で、それはいうまでもなくわれわれの決定事項で、外国法の関知するところではない。法例二一条の規定は扶養義務は扶養義務者の本国法によるというのであるから、文字通り読めば、ノイハウスもいうように、論理的には、扶養義務者の本国法であるその外国法に、その外国法がいかなる内容をその実質規範において使用している法概念に与えるかということは、まさしくその外国法に任しているとみるべきで、独立の先決問題（selbständige Vorfrage）の意味において、先決問題は常に当該外国牴触規範の挿入（Einschaltung）のもとに答えらるべきものであろう（Neuhaus, a. a. O. 238）。山田鐐一氏も、先決問題が法廷地国際私法の規律の対象として本問題と同列に置かれるべきものであるか否かは問題であるとし、先決問題において決定をせまられている問題はそれ自身意味を有するものではなく、それは本問題の解決に関連してのみ意味をもつものであって、ある点に関連してその見地からみて養子である者も、他の点に関連してその見地からみれば養子でないことはなんら妨げないものといわねばならないとされる（国際私法、法学新書九八—九）。私は法例二一条の意味は、次の如きものではないかと考える。そもそも、扶養義務を親族扶養またそれより広く解しようと、それが一般的抽象的なものとしてであれ、一定の親族関係を法律要件として当然に発生するものとすれば、その法律要件を評価するものは、また当然にその扶養義務なる法律効果の発生を支配するその法秩序でなければならないであろう。すなわち、いかなる親族関係に扶養義務を認めるかという法的評価はその扶養義務を支配する法秩序だけが決定するものであろうから。しかし、法例二一条はその扶養義務者の本国法を準拠法としているので、山田三良氏のいわれる通りまさに循環

論法で、扶養義務はそれを付与する法律要件の存在において発生するものであるから、論理的には一定の親族関係が現実に成立しているか否かということを問題にすること自体がおかしいのである。すなわち、扶養義務が現実に成立していなければ扶養義務者ではないのであるから、扶養義務者が確定していて、その法律効果発生の法律要件の存在不存在が問題とされることはないわけである。これは、おそらく、扶養被請求者の読み換えからきた誤解であろう。この法例二一条を適用するに当っては、本条が当面生活に困る扶養請求者すなわち扶養権利者を問題とせず、一方的に扶養義務者側に重点をおいたために、先ず要扶養者側からその親子関係あるいは親族関係を辿るわけで、両当事者が同一国籍の場合は問題ないが、異国籍の場合は、最初には扶養被請求者を目して、親子関係あるいは親族関係の存否を判断せざるをえないであろう。かくて始めて扶養義務者が確定するものであろうから。