

婚約破棄に関する国際私法上の問題

——特別の法律関係と法例 11 条の間の法性決定問題——

国 友 明 彦
くに とも あき ひこ

大阪市立大学法学部・法学研究科教授

- 1 序
- 2 日本の学説・裁判例
- 3 ドイツの学説・裁判例
- 4 フランスの学説・裁判例
- 5 結 び

1 序

本稿は、婚約破棄⁽¹⁾に関する国際私法上の諸問題について日本および最近のドイツ・フランスの国際私法学説・裁判例の研究を行なった上、これらの問題に関する日本の国際私法の解釈論について、検討しようとするものである。対象とする具体的問題の主なものは、婚約破棄にもとづく損害賠償問題と贈与物の返還問題である。

本研究は、2000 年秋に国際私法学会で報告した「当事者間の法律関係の抵触規則と法例 11 条の間の法性決定に関する若干の問題」の続編である。そこでは、「契約締結上の過失責任の国際私法上の性質決定」と「不当利得と基本関係の間の国際私法上の性質決定」という 2 つの問題について報告した（これらの報告の内容の大部分はすでに論文として発表している⁽²⁾）。婚約破棄にもとづく損害賠償問題は、契約締結上の過失責任と総称される問題群のうちの交渉破棄事例における同問題と類似する問題である。すなわち、いずれにおいても当事者間に法律関係（契約、婚姻）の成立を目指す関係（契約交渉関係、婚約）があり、その関係にも成立すべき法律関係についての抵触規則を適用または類推適用するか、あるいは不法行為として 11 条によらしめるかが問題となっている。比喩的な言い方をすれば、婚約破棄にもとづく損害賠償問題は契約締結

交渉破棄による責任の家族法版ともいえよう。また、結納などの贈与物の返還問題については、第1に、このような（婚姻の成立を目的とする贈与など）婚約との関連の強い贈与もそれ自体1つの法律行為として7条によらしめるか、あるいは、独立の単位法律関係としてではなく、婚約という法律関係の一部と考えてその（効力の）準拠法によらしめるかが問題となる。第2にその返還の問題はそのような基本関係たる贈与契約または婚約関係の一部を構成する問題であると考えてるか、それには含まれず不当利得の問題として11条、によるかが問題となる⁽³⁾。

婚約は、諸国においてこれを法律関係とみるか単なる事実上の関係とみるかについて立場が大きく分かれており⁽⁴⁾、そこから国際私法の解釈において以下に挙げる種々の問題が生じる。第1に、日本の国際私法上これを親族法上の法律関係とみるのが通説であるが、最近、これに反対して11条によらしめる説が現れており、そもそも婚約という単位法概念を設けるかどうか⁽⁵⁾についてこの時点で解釈論的な検討を加える必要がある。結論を先取りすれば、私見は婚約を親族法的な抵触規則によらしめるべきだとする立場であるが、第2の問題として、その抵触規則はどのようなものであるべきか（法例のいずれの規則を適用または類推適用するか）という準拠法の決定の問題についても論じる⁽⁶⁾。婚約の準拠法の決定については、第3に、婚姻などと同様に成立と効力を区別する必要があるかどうかについて検討する。これも、本段落の最初に挙げた問題と同様、諸国実質法に婚約を法律関係とみるものと事実関係とみるものがあることから生じる問題である^(6a)。さらに、以下の2つの個別的な法性決定問題についても検討する。すなわち、第4の問題として、婚約の準拠法による関係とそれ以外の男女関係であってその破棄の問題を11条によらしめられるものの区別の問題、および、第5の問題として、詐欺による婚約破棄のような場合にも婚約の準拠法に服せしめるべきかあるいは11条によらしめるべきかの問題である。また、第6に、上記の贈与物の返還の問題についても検討する。

以上のような問題について、日本の学説・裁判例のほか、ドイツとフランスの国際私法の学説・裁判例を紹介する。ドイツをとりあげたのは、第2、第5、第6の問題について比較的詳しく論じられており、また、第3の問題自体につ

いては論じられていないが、成立と効力を区別した場合において成立の準拠法が事実関係説をとっていたときに生ずる問題について比較的詳しく論じられており参考となるためである。また、フランスをとりあげたのは、とりわけ第3の問題につき、日本と異なる立場がとられており興味深いこと等による。そして最後に法例の解釈について論ずる。

本研究の現実の問題解決との関係での実際的な意義についてであるが、渉外的な婚約破棄の公表された裁判例は後に2(2)でみるように非常に少ない。しかし、だからといって現実には発生している渉外的な婚約破棄紛争の実数が小さいとはいえないと思われる。その数を知ることは困難であるが、日本社会において婚約破棄紛争が相当数発生していることから推測すれば、渉外事件においても裁判所に行かない紛争の数は少なくないと思われる。また、諸国実質法上、婚約の不当破棄による損害賠償請求については、これを比較的広く認める法とこれを認めない法とがあり、いずれの法が準拠法となるかによってその結論に差異が出てくる可能性もかなり大きい⁽⁷⁾。

なお、婚約は内縁その他の事実婚とともに研究・論述の対象とされることも多いが、ここでは婚約のみにしぼることとする⁽⁸⁾。また、婚約破棄をめぐる第三者の責任などの問題もあるが、以下では原則的に婚約当事者間での法律問題にしぼって論ずることとする。

2 日本の学説・裁判例

(1) 1989年法例改正以前の学説⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(ア) 法例7条説

1927年、遠藤登喜夫は「婚姻予約」を「一種ノ債権契約」と見て、その成立・効力を7条によらしめ、「第一ニ当事者ノ選定シタル法律」、「意思不明ノ場合ハ予約行為ヲ為シタル地ノ法律ニ依」るとする説を唱えた⁽¹¹⁾。河邊久雄も同旨の説をとるが、その理由を以下のように述べる。「婚姻ノ予約……ハ契約ナリト雖モ、我民法ハ仏民法ト同シク婚姻ノ予約ニツキ親族法上何等ノ規定ヲ存セサルカ故ニ、之ヲ身分法上ノ契約トスルコト困難ニシテ、債権法上ノ契約

ナリト解スルノ外ナシ」と⁽¹²⁾。

(イ) 親族法上の契約説

1932年、齋藤武生は「婚姻予約」を「親族法上の契約」ととらえ、婚姻の規定の類推適用や親族関係の規定の適用を唱えた⁽¹³⁾。その理由の第1は日本民法上の学説にもとづくものであり、第2は国際私法独自のものである。第1の理由は、日本民法上、法曹会の大正10(1921)年11月19日決議もいうように「婚姻ノ予約ハ将来婚姻ヲ為サントスルノ契約ニシテ身分関係ノ成立ヲ目的トスルモノナレハ一種ノ親族法上ノ契約ニシテ債権契約ニアラサル」ことである。第2の理由は、法例7条説に対する批判であるが、「予約当事者は通常一定の準拠法を選定する場合は、極めて少なかるべく、殊に同国人間の婚姻予約につき、濫りに行為地の推定を為すことは、婚姻締結の重大なる目的のために為さるる行為を偶然の事実により、左右するに至るべく、且つ当事者意思の如何を探求することは、普通の債権法上の法律行為の場合に比し、甚だ困難でもあらう。」実質については当事者の本国法によらしめることが「簡明確実」であるとする。

そのような理由から、齋藤は実質的成立要件については13条〔I項〕本文を類推適用する。方式については、(13条〔I項〕但書は婚姻の方式が公序に関するものであることから(絶対的)挙行地法主義によっていたが)婚約の方式は公序良俗に関するものではないとの理由から、8条によらしめる。

効力についての齋藤説は以下のようなものである。前提として、婚約の効力はこれに「違反したる場合の損害賠償問題に限らるる。」これについては、婚姻に関する14条の類推適用も考えられる。しかし、「法例第14条は夫が婚姻関係における首長たる観念を基礎とするものであるが、婚姻の成立前においては夫たるべき者と妻たるべき者とは全く対等の地位にあるを以て、将来夫たる者の本国法によることを得ない」。それゆえ、「一般的補充規定」たる22条による。当事者の国籍が異なる場合には「双方の本国法を累積適用」する。

11条との関係での法性決定に関する問題について、齋藤論文には、以下のような二つの記述——第1に損害賠償請求に関するもの、第2に贈与物の返還請求に関するもの——がある。まず、第1の損害賠償請求についてであるが、

「事実関係説」, すなわち, 婚姻予約は契約ではなく単なる事実関係にすぎず, その破棄のあった場合の損害賠償請求権は「当事者の本国法」が契約違反構成をとるか不法行為構成をとるにかかわらず不法行為地法によるとの説に対して, 齋藤は以下のような批判を加える。すなわち, 「不法行為地の決定問題に関して, 幾多の困難を感じしむるのみならず, 不法行為地法の適用が, 全く偶然により定まる結果生ずる法的不安固は, 到底否み得ない」と⁽¹⁴⁾。しかし, 齋藤は, この場合の損害賠償請求について不法行為という法性決定を全くとらないわけではない。すなわち, 齋藤は, 「婚姻予約の性質を事実関係と解し, 以て不法行為に基く損害の賠償を認むる国の人民と契約説を採る国の人民との間における婚姻予約の効力の問題」について「この場合は両国人間に婚姻予約なる契約は最初より有効に成立してゐないので」「不法行為の問題として取扱ふべきである」と述べる⁽¹⁵⁾。すなわち, 婚約の準拠法上婚約が成立していない場合における損害賠償請求の問題は不法行為と法性決定するわけである。この説は, おそらくは, 次のような趣旨であろうと考えられる。すなわち, 損害賠償の問題に関しては, まず, 婚約に関する抵触規則を適用し, 13条I項本文類推適用, 8条適用により婚約が成立していればその効力の問題として考え, 22条を適用する。この場合, 上記のように事実関係説が批判されていることからして, 法例11条の適用は排除する趣旨であるとみるのが自然であろう。次に, 上記の連結による準拠法上婚約が成立していない場合には11条によらしめるとの趣旨であろう。また, 齋藤は, 「予約者が相手方に与へたる贈与物」の婚姻締結中止の場合の返還請求は, 「婚姻予約の効果として観るべきではなく, 不当利得の問題として取扱ふ」のが相当であるとする⁽¹⁶⁾。

齋藤説は, 実質的成立要件には13条I項本文を類推適用, 方式には8条適用, 効力には22条を類推適用するとの範囲, すなわち, 準拠法の決定においては, 圧倒的多数の学説による支持を受けて通説化した⁽¹⁷⁾。

次に, 上記の・齋藤説の準拠法の決定を支持する諸説が, 上記の2つの法性決定問題についていかなる立場をとるかについてみる。まず, 第1の損害賠償請求に関する問題についてであるが, 法性決定に関する国際私法自体説の提唱者である久保岩太郎は以下のように述べる。「わが法例上婚姻予約を以て親

族法上の契約と解する」から、「問題の婚姻予約がわが法例上の右の親族法上の契約の概念中に属する限りは」前述のように準拠法を決定すべきである。「従って予約違反の場合に於ける救済を本国法が債権契約の違反又は不法行為の効果として与へ居る場合にも之を右の親族法上の契約の違反の効果と見て…当事者双方の本国法に依って定むることとなるのである」と⁽¹⁸⁾。この説は、国際私法上の婚約に該当する関係があれば、それがいずれかの当事者の本国法では法律関係ではなく事実関係にすぎないとされていても22条により、当該問題に関する不法行為規範もその送致範囲に含まれるとの趣旨であると解される。次に、三浦正人⁽¹⁹⁾、折茂豊にはここでの問題についての直接の記述はない。しかし、不法行為説を批判している⁽²⁰⁾ので、このような場合の損害賠償請求も不法行為ではなく婚約の効力と法性決定する趣旨であると受け取るのが自然であろう。それに対し、この第1の法性決定問題に関して齋藤説を支持する旨を述べる者はない。すなわち、久保説が一般に支持されていたとみてよいであろう⁽²¹⁾。

次に、第2の問題、すなわち、贈与物の返還に関するその後の学説をみる。久保は、齋藤とは異なり、「予約者が相手方に与へた贈与物（例へば結納）の返還問題も……親族法上の契約（婚姻予約）に附従するものとして予約の効力の準拠法に依らしむべきであらう」とする⁽²²⁾。田村精一もこれに賛成する。その理由は、「婚約という身分的行為とかなり密接な関係を持ち、また婚約解消の際の損害賠償請求の問題とからみ合っている」⁽²³⁾というものである。櫻田嘉章も「嫁入道具は、……実質的には、夫婦財産制に連なっている。したがって法例14条がすでに純粹の身分的効力のみならず、一定の財産的諸関係をも包摂すると考えられていたことからいえば、法例22条に同様の包摂関係を認めることも可能であろう」との理由からこれに賛成する⁽²⁴⁾。これに対して、齋藤説に賛成するものとしては、三浦⁽²⁵⁾、沢木⁽²⁶⁾がある。以上挙げた学説は特に婚約の場合につき述べたものであるが、その他、原因関係の発展ないし延長の問題も含めて「不当利得」として11条I項によらしめる説は、おそらくはここでの問題も11条I項によらしめるであろう。それに対して、11条I項の「不当利得」を狭く限定的に關してそのような問題は原因関係の問題であると法性決

定する説によればこの問題も婚約の効力の問題であると法性決定されるであろう⁽²⁷⁾。

(2) 1989年法例改正以前の裁判例

婚約破棄による損害賠償請求についての判決で国際私法を明示的に適用したものは1件のみである。また、涉外事件ではあるが国際私法にふれず日本民法を適用したものが1件ある。また、婚約にもとづく贈与物相当額の金銭の返還に関する裁判例が1件ある。そのほか、婚約があったかどうかが問題となりうるが、婚約とはいえない男女関係と解されている事例について国際私法を適用した例が1件ある。

(ア) 損害賠償請求について国際私法を明示的に適用した事例——東京地判昭46(1971)年3月12日下民集22巻3・4号258頁

〔事実の概要〕台湾に居住する台湾系中国人たるX女から日本に居住する日本人男たるYに対する、Yの婚約破棄による慰籍料請求事件。その請求原因については、Xは債務不履行とも不法行為とも特定していない。

〔判旨〕「婚姻予約の成立要件及びその効力の準拠法」について、「婚姻予約が身分法上の契約の性質をもち、婚姻の場合の一体的関係が成立する以前の関係であることから、右の準拠法は法例第13条I項〔本文〕を類推適用し、各当事者につき、その本国法を適用する」。

「本件婚約不履行の効力」については、日本民法と「中華民国民法」が「重疊的に適用される」。「中華民国民法」中で参照ないし適用されたのは、婚約の解除とその際の損害賠償ならびに婚約が解除事由なくして破棄された場合の損害賠償義務に関する諸規定(976-978)である。

Xは請求原因を特定していなかったが、判決はこれを国際私法上明らかに身分法上の契約違反の効果と性質決定している。

この判決が成立に関する法例第13条I項本文を効力の問題にまで類推適用することに対しては賛成する学説はない。

(イ) 損害賠償請求について国際私法の判断を示さなかった事例——大阪地判昭58(1983)年3月8日判タ494号167頁

〔事実の概要〕 Xは在日韓国人女、Yは日本に居住する日本人男である。YはXと婚約しながら、結婚式直前になって婚約を破棄した。その原因には、朝鮮人差別に対するおそれがあった。請求は不法行為にもとづく損害賠償請求で、その内訳は、名誉を傷つけられたこと等による慰謝料、「嫁入荷物」が用途を失い、売却するほかなかったことによる損害、弁護士費用である。

〔判旨〕 国際私法についての判示はない。日本民法709、710条により請求を認容した。

この判決が日本法を適用したのは、「当然の前提として不法行為地法を準拠法として適用したもの」とみる見解がある⁽²⁸⁾。そのような可能性もたしかに考えられるが、そのような断定はできない。そもそも国際私法の適用を怠ったかあるいは回避した可能性も考えられる。

(ウ) 婚約とはいえ男女関係の破棄による損害賠償の事例——東京高判昭42(1967)年4月12日高裁民集20巻2号191頁

婚約には当たらない⁽²⁹⁾事例であるが、いかなる範囲の男女関係が国際私法上の「婚約」に含まれるかを考えるためには有益な事例であると思われるので、ここでとりあげた。

〔事実の概要〕 Xは日本人女、Yは米国人である。Xは在日米軍に勤務し、Yはその上司であった。XYは交際を始めた。Yにはすでに妻子があったが、妻とは同居しているものの不和であった。Yは、当時未成年であったXに対し「妻と別れてXと結婚する。」と述べ、情交関係を結んだ。ところが、真実は、Xは妻と近い将来において離婚できる事情にはなく、また、Xと結婚する意思もなかった。YはXが妊娠したことを知ってからは会うことを避けるようになり、出産後は関係を断つに至った。

〔判旨〕 YはXを欺いてXの「意思決定の自由、貞操、名誉を侵害した」。法例11条により、日本民法が準拠法となる。

(エ) 婚約にもとづく贈与物相当額の金銭の返還に関して本国の慣習によった事例——大阪地判昭和39(1964)年3月10日判時385号63頁。

これは、内縁成立後の返還の事案ではないかと思われ、また、婚約者間の法律関係ではなく、その親どうしの関係についてのものであるが、婚約の事案として議論されているので、ここで簡単に紹介する。

〔事実の概要〕 XYはいずれも在日韓国人である。1953年、Xの子A男とYの子B女(いずれも在日韓国人)の間に婚約が成立し、大韓民国の風習に従いXからYに「嫁入道具」として洋服生地ほか寝具類数点が贈られた。AとBは結婚式を挙げて1954年8月からX方で事実上夫婦生活を始めたが、翌月Bはそこを家出し、〔事実上の〕婚姻は解消された。XはYに対してその洋服生地の返還不能による損害賠償を請求した。

〔判旨〕「大韓民国における一般的な慣行」として、このような「嫁入道具」は「婚姻が受贈者側の責に帰すべき事由により不成立若しくは短期間にて解消せられた場合には受贈者より贈与者に対しこれを返還すべきものとされている」。

本件が国際私法につき判示しているかどうかは明確ではないが、韓国法によったものとみるのが一般である。沢木は、解除条件の成就是原因関係の問題であり、法例7条により、黙示の意思によって韓国法が指定されたものとみる⁽³⁰⁾。それに対し、田村は「本国法によって返還請求を否定した」とみる⁽³¹⁾。

(3) 1989年法例改正以降の学説⁽³²⁾

(ア) 身分法上の法律関係とみる諸説

以下に掲げるのは、婚約を身分法上の法律関係とみる点で、改正前の齋藤説の準拠法の決定についての基本思想を受け継ぐ説である。

(a) 実質的成立要件

13条I項を類推適用するのが通説である。これは改正前の通説と実質的に同じである。

(b) 方式

13条II項、III項本文を類推適用するのが通説である⁽³³⁾。同項類推の理由は、「実質的成立要件との整合性」⁽³⁴⁾、当事者の一方の本国法のみにもよりうるとの当事者の便宜⁽³⁵⁾にある。次に、III項但書の日本人条項を除く理由は、「わが

国戸籍への婚姻の記載との関係において定められた規定であるから、戸籍への記載の問題を生じない婚約に類推する必要はない⁽³⁶⁾ことにある。

これに対して、木棚照一はこれを22条によらしめる⁽³⁷⁾。その理由は、「婚約保護を考慮すべき必要性は婚姻ほど強くない」ことにある⁽³⁸⁾。これに対しては、青木清が「22条においては成立の準拠法と行為地法が選択的に適用されており、成立の準拠法につき配分的適用が類推されている婚約に、この22条を適用すると、方式の履践上、困難な問題の生ずる余地がある」と批判する⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾。

(c) 効力

以下の2説が対立している。

まず、両性平等に改正された14条を類推適用する説があり、これが比較的多数の説である⁽⁴¹⁾。その理由は「婚約者間の法律関係は男女間の身分法上の法律関係であるという点で夫婦間の法律関係に類似している」こと⁽⁴²⁾などである。この説の中には、14条の連結方法に修正を加える説も二つある。すなわち、まず、木棚照一は第3段階の「共通の最密接関係地が決定できない場合には、両当事者の本国法を累積的に適用」する⁽⁴³⁾。また、五十嵐清は、「日本に常居所を有するイギリス人とアメリカ・ニューヨーク州人の婚約の場合」には「例外として、日本法の適用を排除すべきではなかろうか」とする⁽⁴⁴⁾。共通常居所地法の内容がそれぞれの当事者の本国法に共通の内容と異なる場合には、共通常居所地法の適用を排除するとの例外を認めるとの趣旨であろう。また、五十嵐は、共通常居所地のない場合、最密接関連地法を求めるが、「それには、婚約にいたるまでのいきさつ、将来の婚姻住所地を考慮するほか、被害者保護のために、原告の属人法＝許婚者女の属人法を優先させるべきであろう」とする。

これに対し、23条説は、当事者の本国法によらしめるが、両当事者が本国法を異にする場合には、両当事者の本国法を累積的に適用する⁽⁴⁵⁾。その理由は、「婚姻した夫婦の場合と異なり、単なる婚約者では、共通常居所地がない場合が多いであろうし、その場合、夫婦と異なり、共同生活を営んだ地がないことが多いと考えられるので、両当事者に共通な最も密接な関連のある地と認められるような地があるとは限らない」ことにある⁽⁴⁶⁾。この説に対しては、14条説から、「23条説によると、当事者が国籍を異にする場合、両当事者の本国法

の累積的適用になり、それは婚約を不当に破棄された当事者の保護の点から望ましくない」との批判がある⁽⁴⁷⁾。

なお、法性決定についてであるが、ここ(3)に挙げた説のうちには、損害賠償請求の法性決定に関する前述の齋藤説のような考え方をとる記述はない。次に、贈与物の返還については、山田鎌一ほかが法例 11 条説を支持する⁽⁴⁸⁾。

(イ) 不法行為説⁽⁴⁹⁾

1996 年、道垣内正人は、上記(ア)の諸説とは基本的な立場を異にする以下のような説を唱えた。「婚約や内縁の成立」について「法律上問題となるのは不当破棄や相続の局面であり、それぞれ、不法行為の準拠法（法例 11 条）、相続の準拠法（26 条）によれば足りると解される。」「そのような関係にある者の保護の問題は、それぞれの局面に適用される準拠法上の判断に委ねるべきであり、法例上に存在しない婚約や内縁という単位法律関係にあたるか否かをあえて問題とすることは適当でないと考えられるからである。」⁽⁵⁰⁾この説は、そもそも抵触規則の欠缺を認めることに謙抑的な立場である。

3 ドイツの学説・裁判例

(1) 序

ここでは、紙幅の都合上、最近の学説に限って紹介する。さらに、裁判例については、最近の連邦通常裁判所のものだけに限定する⁽⁵¹⁾。ドイツ国際私法においては、EGBGB などの制定法上は婚約に関する規定はないが、解釈上婚約という単位法概念を認めることについては争いがない。BGB に婚約の規定⁽⁵²⁾があることでもあり、これを認めることに疑問が生じないのであろう。また、判例も「婚約〔の効力の〕準拠法」があることを認める⁽⁵³⁾。

(2) 実質的成立要件

EGBGB13 条 I II 項を類推適用する（すなわち、原則としては、法例 13 条 I 項と同じく各当事者の本国法による）のが通説である⁽⁵⁴⁾。個別的問題としては、ここでは、事実関係説をとる実質法との間において生じる次の問題をとりあげるにとどめる。すなわち、一方当事者の本国法では家族法上婚約という制度があ

るが、他方当事者の本国法では婚約自体には法律効果が認められない（すなわち事実関係説がとられている）場合に婚約が成立するかどうかという問題である。比較的多数の説はそれによって婚約の成立は妨げられないとする⁽⁵⁵⁾。その理由は、後者の本国法も婚約を禁止しているわけではないことにある⁽⁵⁶⁾。これに対し、シューリッヒは、場合を分けて考える。すなわち、後者の本国法が「婚約に対していかなる法的効力も拒絶する」場合には婚約は成立しないが、それに対し、破棄に対して何らかの「一般的または個別的な一例えば不当利得法的または不法行為法的—法律効果」を認める場合には、これらの規範に従ってその成立を認める⁽⁵⁷⁾。

(3) 方式

EGBGB11条I～III項（行為地法と実質の準拠法への択一的連結）によらしめるのが通説である⁽⁵⁸⁾。方式に関する法性決定問題であるが、方式を定める代表例として挙げられてきたのはイタリア民法81条である。同条は損害賠償請求のためには婚約が「公正証書（atto pubblico）または私文書（scrittura privata）」によってなされていることを要件とする⁽⁵⁹⁾。しかし、そのような説に対しては、これはむしろ損害賠償請求権の実質的要件であるとする説がある⁽⁶⁰⁾。すなわち、81条の定める上記の要件は、贈与物の返還についての80条では定められていない。これは婚約一般の成立要件ではなく、特に損害賠償請求権についての要件であるとの理由である。

(4) 効力——婚約破棄の場合の請求——についての学説

婚約の効力としてこれまで問題となったのは、婚約破棄または解除による損害賠償と贈与物返還に限られる⁽⁶¹⁾。

判例は被告の本国法主義の立場である⁽⁶²⁾。傍論ではあるが、BGH1996年2月28日判決でもこの立場がとられた⁽⁶³⁾。

学説はきわめて多岐に分かれる。v.Bar/Mankowskiの整理によれば9説⁽⁶⁴⁾、その後に出たものを合わせれば11説に分かれる。そこで、紙幅の都合上、ここでは、BGH1996年判決の公表以降の学説に限定して簡単に紹介する。第1のグループとして、第1に共通本国法、第2に共通常居所地法によらしめる段

階的連結の方法をとるものがある。EGBGB14条(64a)を類推するとするのが最近のものに限れば比較的多数の説である⁽⁶⁵⁾。次に、ケスターの説は、第1に共通本國法、第2に共通常居所地法によるところまでは上記の説と基本的に同旨であるが、第3段階では「重点のある地の法」(密接関連地法)によらず、両当事者の本國法の累積的適用による。「重点のある地の法」の決定の困難が理由である⁽⁶⁶⁾。また、Kegel/Schurigは、第1に共通本國法、第2に原則として共通常居所地法によるが、例外としてそれぞれの本國法どしは非常に似た内容であるが、共通常居所地法はそれらと大きく異なっている場合(「落差」のある場合)に両方の本國法を累積的に適用する。第3に、共通常居所地のない場合にも同様に累積的連結による、とする⁽⁶⁷⁾。第2のグループは、判例の立場を支持する説である⁽⁶⁸⁾。

(5) 婚約準拠法への附従的連結⁽⁶⁹⁾

BGH1996年2月28日判決⁽⁷⁰⁾は、一方当事者が詐欺を行なったと認定された事例であるが、そこでは不法行為の婚約準拠法への附従的連結の当否が問題となった。これは、婚約か不法行為かの法性決定の問題と機能的に類似する問題であるので、ここでやや詳しくとりあげる。なお、この判決では国際裁判管轄も重要な争点であったが、ここでは省略する。

〔事実の概要〕 Xはドイツに居住するドイツ人男、Yはスペインに居住するブラジル人女である。XYは婚約し、XはY口座に金銭を振込んだり、乗用車を贈与したりした。ところが、YはXの子ではない子を出産し、両者の関係は終わった。Xは振込んだ金額と乗用車の時価相当額の返還を求めてドイツで提訴した。

〔判旨〕「請求の基礎として原告が主張するできごと(Geschehen)」の法性決定につき、まず、法廷地法によるとした上、不法行為と性質決定すべきであるとした。すなわち、1986年改正EGBGB38条による。

次に、「婚約〔の効力の〕準拠法」への附従的連結について検討する。婚約準拠法は、債務者の本國法、すなわち、ブラジル法であるとする。裁判所は、「不法行為準拠法の婚約準拠法への附従的連結に関する限りでは」この

連結は採用しない。その第一の理由は、「婚約の法的性質からして」その他の契約ほど「安定的で外的なメルクマールによって示される法律関係ではない」ことである。すなわち、両当事者がいつからどれだけの期間婚約しているかを確定することはしばしば困難である、とりわけブラジルのように婚約が法制度ではないところではそうである、との理由である。第2の理由は、「婚約の解除とそれに関連する不法行為が内容的に相違していること」である。すなわち、「Xの主張する詐欺の構成要件事実」は「その要件と効果において、おおむね過責によらないBGB1298条以下の規定の構成要件をはるかに超える。」それゆえ、不法行為地法による、とする。

最後に不法行為地の決定については、Xの申立てによれば銀行振込と乗用車の移送(Transfer)についてたしかにドイツが結果発生地となりうるが、YがスペインからXをそれらの行為に誘った可能性もあるとし、不法行為地の確定等については高等裁判所に差戻された。

この判決についての学説であるが、準拠法の決定についての学説は(4)でみたので、ここでは附従的連結の当否の点にしばってみる。

まず、判旨に賛成するものであるが、そのうちの第1の立場として、判旨と同様に婚約破棄の準拠法への附従的連結を一般的に否定するものとしてケスターほかがある⁽⁷¹⁾。第2に、婚約の場合の附従的連結の可能性は肯定する(または少なくとも否定しない)が本件のような事案ではそれを否定するとの趣旨とみられる説として、ゴットヴァルトは「不法の内容の相違」からこれに賛成する⁽⁷²⁾。また、ホフマンも、問題の行為が「故意に行なわれた犯罪行為」なので、「特別の法律関係と損害発生の実事の間の実質的関連」が欠けており、この詐欺行為は「単に婚約の機会になされたものにすぎない」とみてこれに賛成する⁽⁷³⁾。

これらに対して、Mankowskiは以下の理由から判旨に反対する⁽⁷⁴⁾。判旨の第1の理由に対しては、ドイツ法では婚約を制度として認め、国際私法上婚約の連結規則があるのだから、婚約が確固たる制度であることを否定できないと批判する。第2の理由に対しても、Xのいう「詐欺」も、YがXに婚姻する意思があると見せかけて贈与するようにし向けたことによるものである〔ので、婚約違反から明白に区別できるものではない〕と批判する。さらに Mankowski

は附従的連結は不法行為の連結方法であるから連結の対象が不法行為と法性決定されることはこれを否定する理由とはならないと批判する⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾。

(6) 贈与物の返還

この問題を特に取り上げて論じているのはアンドレである。彼女によれば、婚約解消の際の返還請求はしばしば贈与の撤回によってなされるが、撤回はEGBGB27条以下の契約債務の規定による。給付不当利得による場合も同じである。そのように「撤回原因と返還の請求原因は贈与の準拠法による。ただし、それが婚約の解消に特別に関連している場合には別である。家族法上の請求原因と債務法上の請求原因は併存する。」⁽⁷⁷⁾すなわち、家族法上の請求原因によるか財産法上の請求原因によるかで法性決定を分けるとの趣旨であろう。

契約債務の規定による場合、27条により法選択は明示または黙示でなされる。黙示意思の推定は例えば「贈与が特徴的な伝統や慣習に従って整えられた婚約の儀式においてなされた場合」などになされる。法選択のない場合には、いちおう28条Ⅱ項により特徴的給付をなす贈与者の常居所地法と最も密接な関係を有するとの推定が働くが、同条Ⅴ項により他の法とより密接な関連のある場合はそれによらないので、両当事者が共通本国法と密接な結びつきを有している場合にはそれによる⁽⁷⁸⁾。

4 フランスの学説・裁判例

(1) 損害賠償

(ア) 不法行為説

伝統的には不法行為と法性決定する説が通説であった。この説の主たる理由は、婚約を事実関係と見て、その破棄による損害賠償請求は不法行為の問題であるとするフランス実質法の法性決定にもとづくものである⁽⁷⁹⁾。古い下級審裁判例であるが、この立場をとる裁判例もある⁽⁸⁰⁾。

なお、不法行為地の決定について論じている学説として、ブレル説がある。ブレルは、被害者の住所地法によるとする。その理由は、婚約破棄がとりわけ被害者の「人格的な利益への侵害として現れ」、その住所地はそのような利益

が「侵害される社会環境」であるからである⁽⁸¹⁾。

(イ) 本国法説

フランスの本国法説は、日本やドイツのそれと異なり、成立と効力を分けていないことが特徴的である。マイエールとオデイトがこれを唱えている⁽⁸²⁾。まず、そもそも本国法による理由であるが、マイエールの理由は、この問題が「結局は婚姻の自由の問題である」ことである。また、オデイトの理由は、婚約が「家族の形成を準備する行為」であることと不法行為地の決定の困難である。婚約者が同一の国籍を有しない場合、これらの説は、ドイツの判例と同様、破棄した者の本国法によらしめる。その理由は、その者の婚姻の自由が問題となっていることにある⁽⁸³⁾。

(2) 贈与物の返還

将来の配偶者への贈与の婚約解消の場合の返還について特に論じているのはヴェイルである。ヴェイルは、そのような贈与の効力と返還は、「自治の法」すなわち契約準拠法によるとしている。その理由は、フランス民法においてこれらの贈与物のうち高額のものは黙示の解除条件つきと解されるが、ここでの「準拠法の問題は婚約に特有のものではない」ことにある⁽⁸⁴⁾。その趣旨は、おそらく、贈与が解除条件つきかどうかの問題、その解除条件成就の場合の返還の問題は、一般の財産法上の問題と変わらないということであろう。

5 結 び

(1) 親族法的抵触規則によらしめる必要性

まず、婚約破棄による損害賠償請求の問題の準拠法の決定について考察する。

これまで唱えられた説のうち、法例7条説は、婚約が後述のように親族法上の関係であるのにこれについて財産的法律行為と同様に自由な法選択を認める点に問題がある。

次に、不法行為説であるが、この説は婚約について法の欠缺を否定する。たしかに、婚約から訴訟の場において現実に紛争が生じているのは、贈与物の返還の問題を別とすれば、不当破棄の場合の損害賠償問題である⁽⁸⁵⁾ので、このよ

うな説にも理由がある。

しかし、婚約は婚姻を目的とする当事者間の関係であり、これを親族法上の法律関係とみる法秩序が日本法を含め多数存在している⁽⁸⁶⁾。このような場合にはその当事者間でその関係に関連して生じる損害賠償請求問題については、11条の「不法行為」を限定的に解釈して、その適用範囲からははずすことが可能であると思われる。婚約破棄の場合の損害賠償請求問題と類似しているのは離婚慰藉料請求の問題がある。しかるに、離婚慰藉料の法性決定については、離婚そのものから生じた精神的苦痛に対するものに限っていえば、これを16条によらしめるのが圧倒的な通説であり、また、判例であると言えよう⁽⁸⁷⁾。すなわち、この場合は11条の「不法行為」に含まないとする限定解釈に圧倒的多数の支持がある。それゆえ、ここでの問題を11条の「不法行為」からははずすほうが体系的な整合性において優れているのではないと思われる。

さらに、婚約に関する法は家族法的な文化の影響を比較的強く受けている分野であるので、両当事者の法律関係に密接な関係を有する法を適用するという意味での当事者利益が重要であると思われるが、11条によらしめることは当事者利益の保護の観点からして妥当ではない。今日においては自分の生まれ育った国を離れて外国で居住中に婚約することは珍しいことではない。しかるに、11条説では、そのようなケースでの婚約破棄の問題について両当事者が密接な関連を持たない法が適用される危険性が高い。日本の11条説が不法行為地の決定をいかに行なうかは明らかではないが、ここでは仮に被害者の常居所地⁽⁸⁸⁾が不法行為地であるとする。例えば、両当事者とも日本で生まれ育った日本人で被害者がそのときは勤務先からの派遣や留学といった一時的理由でイングランドに在住しているような場合、親族法上の関係について密接な関係があるとはいえないイングランド法によることは妥当ではない。また、両当事者の本国法が同一で、かつ、被害者が日本国内に常居所を有する場合には、本国法の適用を回避して被害者の常居所地法の適用を導くために法例11条によらしめるほうがよいとの意見もあり得よう⁽⁸⁹⁾。しかし、新来外国人の増加している昨今、被害者の(一時的な滞在によるものを含む)常居所地が日本にあるというだけでは、14条や23条の指定する準拠法よりも婚約について一般的に日本

と密接な関係にあるとは言えないと思われる。

以上の理由から、この損害賠償請求問題を、法例 11 条の「不法行為」から除外して親族法的抵触規則によらしめることに合理性がある。

(2) 法例 14 条か 23 条か

ここでは、従来「婚約の効力」といわれていた問題を 14 条と 23 条のいずれによらしめるかについて論ずる。

14 条説に賛成である。その理由は、基本的には従来いわれていたものと同じであるが、以下で若干補足する。23 条説の累積的連結は特に法律効果の発生を抑制する連結方法であるが、婚約破棄からは人格権侵害も生じうるので、妥当ではない。23 条説からは、14 条の第 3 段階の連結における密接関係地の確定の困難の問題が指摘されている。たしかにそうであるが、それは通常の場合には決定できるものであり、できないのは例外的な場合である。もし両当事者に共通の要素による確定ができない場合についてであるが、五十嵐説ではそのような場合「原告の属人法」を優先させることとなろう。しかし、婚約破棄は通常双方の相互作用による結果であるので、原告が被害者で被告が加害者であるとは限らない。また被告からも反訴請求がなされている場合には同一の事実関係について本訴原告の請求と反訴原告の請求とで準拠法が異なるという問題が生じる。そこで、私見としては、関連のある法の一つが法廷地法であれば、最後の手段として法廷地法によらしめればよいと考える。その場合において法廷地とは関連のない事案であれば、もはや単一の連結点によることができない場合であるので、例外的に両当事者の本国法の累積的適用による。

なお、五十嵐の唱える・共通常居所地法の内容が各当事者の本国法に共通の内容と異なる場合の例外的連結には一理あるがこれには反対である。第 1 に、同様の問題は 14 条が適用または (16 条などにより) 準用される場合にもあるが、それらの場合にはそのような解釈は文言上とれない。そうであるのに、婚約に類推適用される場合にだけこのような例外を認めるのは体系上アンバランスである。第 2 に、両当事者の本国法の内容が同一かどうかを判断するのは困難であるという、基準の明確性の問題がある。特に慰籍料請求の可否に関する

実質法上の基準は、日本法がそうである⁽⁹⁰⁾ように、あいまいなことが多く、適用結果の予測が困難なことがしばしばである。

(3) 成立と効力を分けることの当否

4(1)(イ)でみたようにフランスの本国法説は、婚約につき、成立と効力を分けていないので、これらを分けないことも考えられる。結論を先に述べれば、分けないほうが合理的であると考えられる。すなわち、成立の問題も含めて14条を(第3段階について前記の修正を加えた上)類推適用してはどうか。すなわち、「効力」についての14条を成立と効力の両者を含む単位法律関係に拡張して類推適用するわけである。

そもそも国際私法において成立と効力を別々の単位法律関係とする理由のうち最大のものは、「最密接関係地法が両者で異なる」ことにある。婚姻についていえば、「婚姻関係は……場合によっては、50年以上も続くこともあるため、連結政策上、いつの時点の連結点を用いるかという問題に関して異なる扱いが要請される」⁽⁹¹⁾。婚約の場合にはこれとは異なり、(仮に婚約が法律行為であるとして)その成立と効力が問題となる時点は近接しているので、両者を異なる抵触規則によらしめる必要はないと思われる⁽⁹²⁾。

また、婚姻の場合にはどこの国でも成立要件が定められているが、婚約の場合には事実関係説のとられている諸国ではそうではないであろう⁽⁹³⁾。周知のように、国際私法における性質決定においては、機能的にみて同様の関係は可能な限り法律構成にはとられずに同様に法性決定すべきであるので、国際私法上の婚約には準拠実質法上は事実関係とされる婚約も含むべきである。そもそも国によって法律関係とされたり事実関係とされたりする関係を成立と効力に分解することに無理があったのではないか⁽⁹⁴⁾。婚約の成立は諸国の法を通じてそれ自体として独立した問題として考えるのは無理で、むしろ効力と不可分の問題であると考えらるべきであろう。

もし婚約の実質的成立要件を独立の単位法概念とした場合、法例13条I項を類推適用することとなる。しかし、その場合、それによって指定された法が事実関係説をとっていれば、3(2)で紹介したドイツの学説のように、婚約が禁

止されていなければ成立を認めると解するか、または、破棄に対して何らかの法律効果が認められる場合には成立していると認めることとなるであろう。まず、前者の立場への批判であるが、法律関係説をとる法秩序で、事実的な婚約のうち一定の要件を備えるもののみを法律関係としての婚約と認めてそれに法律効果を認める法秩序の場合の成立要件の判断との整合性がない。また、後者への批判であるが、事実関係説をとる準拠法では婚約の成立と損害賠償請求の問題を分けていないので、両当事者が同一本国法を有しない場合には、その婚約が、違反に対して損害賠償を認めるに値するほど確固たる（熟した）ものかどうかという同一の問題について13条I項類推により各当事者の本国法でそれぞれチェックし、さらに14条類推により共通居所地法（または最密接関係地法）でもチェックするというように結果的に二重三重の累積的適用と同様の結果となり、損害賠償請求権の成立を抑止するおそれがある。

この解釈によるときには、方式についても22条ではなく14条類推によるので、択一的連結による成立の促進がなくなる。これはこの説の短所ではあるが、重大な弊害ではない。すなわち、（仮に婚約について方式と実質を区別すべきであるとして）そもそも方式を定めている国がまれだからである。前掲注(86)の婚約について法律関係説をとる韓国、台湾、タイ法にも方式を定めるものはない⁽⁹⁵⁾。また、欧州についてみれば、前出のイタリア民法81条は、方式というより損害賠償請求のできる場合を限定するもので実質に属すると解される⁽⁹⁶⁾⁽⁹⁷⁾。

（4）婚約の概念

国際私法上の婚約概念は法廷地実質法上の婚約概念をさらに一般化・包容化し、婚約という法律行為ないし法律関係が成立している場合に限らず、広く、婚姻の約束であって、それが破棄⁽⁹⁸⁾された場合にいずれかの国の法では何らかの法律効果が問題となりうるようなものも含むと解すべきである。ただし、2(2)ウ東京高判昭42年の事例のようにそもそも客観的にみて婚姻を締結できる現実的な可能性がなかった場合は除外すべきであろう。ただし、法例14条が婚姻に関する規定であるのに対し、そのような場合の男女関係には婚姻との類似性が認められないからである。すなわち、そのような場合の損害賠償請求問

題は不法行為として法例 11 条による。

(5) 法例 14 条と不法行為の間の法性決定

前出 3(5)の BGH1996 年判決のように詐欺が行なわれた事例での損害賠償請求が法例の解釈上問題となる場合、これにも 14 条を類推適用するかあるいはこれは婚約関係から逸脱した行為によるものであるから不法行為として 11 条によるかが問題となる。

このような場合にも 14 条を類推適用してよいと考える。詐欺があってもそれは婚約破棄の問題と不可分だからである。また、婚約違反が詐欺によるものであったかどうかによって国際私法上の性質決定を変えることに対する批判であるが、詐欺があったかどうかの認定はかなり微妙なケースが多いので、判決が出るまでは結果が予測できないことも充分ありうる。実体的な法律問題の解決のスタートラインとも言うべき準拠法決定をそのような基準によらしめることは予測可能性を害する。さらに、詐欺があれば 11 条によらしめるとすれば、11 条によったほうが 14 条によるよりも有利な結果を得られる当事者は、婚約の破たんが両当事者の相互作用によるものであっても、相手方が詐欺を行なったと言い立てて紛争が泥沼化する危険も考えられる。

(6) 贈与物の返還

ここでの問題は、婚約者間で行なわれる贈与を婚約という単位法律関係の一部と考えるとこれに 14 条を類推適用するか、あるいは、独立の単位法律関係と考えると 7 条によらしめるかである。

このような場合の贈与も法廷地法たる日本民法上は債権契約であり、多くの諸外国でもそうであろう。特にこれと異なる法性決定をする理由がなければ 7 条によらしめるべきであろう。ここで、7 条 I 項の当事者の意思による指定が現実になされるかどうかについて疑問も生じうると思われるので、その点につきここで論じる。明示の指定は現実にはあまりないであろうが、3(6)で紹介したアンドレ説のいうように贈与がそれに関係する法域のうちの特定の法域の伝統や慣習に従って行なわれた場合などには黙示意思の推定が可能であろう。例えば、前掲 2(2)(エ)の大阪地判昭 39 年のケースは、「大韓民国の風習に従」って

なされた贈与が問題となっていた。そのように当事者の意思が推定できることがあるので、当事者の予測可能性の保護のためにはその意思を尊重して準拠法を決定するのが妥当であろう⁽⁹⁹⁾。このような解釈に対しては、この場合の贈与は親族法的な目的のために行なわれたものであるとの疑問もあろう。しかし、ここでの問題は財産を移転せしめる個々の契約の効力の問題であり、かつ、(贈与に対する遺留分減殺請求の問題などとは異なり) 個々の契約当事者間の利害の問題である。一般の贈与とひとしく扱うべきであろう。

よって、この点に関しては、国際私法上の単位法律関係としては財産関係たる贈与と身分関係たる婚約を区別する沢木説⁽¹⁰⁰⁾に賛成する。この場合の贈与も7条によると解してはどうか。

なお、アンドレ説は家族法上の請求原因によるか財産法上の請求原因によるかで法性決定を分ける趣旨に受け取れるが、これはとれない。いずれの請求原因か区別できない場合が多いからである。例えば日本法上、この場合の贈与の性質について解除条件付き贈与説やまたは目的贈与説があるが、これらは財産法の法律行為論や契約法の一般法理にもとづいているので財産法的ともいえ⁽¹⁰¹⁾、また、親族法的な目的があるので親族法的だともいえ、いずれか一方に性質決定することができない。

なお、私見は利得の返還の問題も7条によらしめるとの立場⁽¹⁰²⁾であり、この点では沢木説と異なる。

(7) ま と め

最後に本章で提言した解釈論を要約する。

まず、婚約破棄による損害賠償請求の問題についてであるが、第1に、この問題について法例に抵触規則の欠缺が認められるかどうかにつき、以下の理由からこれを認める立場をとった。すなわち、日本法を含む多くの法秩序が婚約を親族法上の法律関係とみていることからこれを法例11条の適用の対象外とすることが可能である。また、これを11条の適用の対象外とするほうが、この問題と類似する離婚慰籍料請求についての解釈論との整合性がとれる。11

条によらしめると当事者が密接な関係をもたない地の法が適用される危険性が高くなる。第2に、従来「婚約の効力」といわれていた問題については14条類推説をとった。第3に、婚約につき成立と効力を分けることの当否については、フランスの本国法説でこれらを分けていないことを参考に、分けないことが妥当であるとした。すなわち、成立の問題も含めて14条を類推適用する。その主な理由は、婚約の場合には婚姻とは異なり、成立と効力を別の抵触規則によらしめる必要がないこと、および、成立を独立の単位法概念とすると、事実関係説をとる法が指定された場合に矛盾が生じることである。第4に、国際私法上の婚約の概念は広く婚姻の約束であってそれが破棄された場合にいずれかの国の法で何らかの法律効果が問題となりうるようなものを含むものと解した。ただし、婚姻できる現実的な可能性がなかった場合には法例14条(類推)ではなく11条による。第5に、詐欺のあった場合も11条ではなく14条(類推)によるのが妥当であるとした。

最後に、婚約者間で行なわれる贈与についてであるが、このような場合の贈与も7条によらしめ、贈与物の返還の問題も11条ではなく7条によらしめるとの立場をとった。

- (1) 本稿の対象には、一方的意思表示による婚約破棄のほか、合意による解約の場合に生じる損害賠償請求(それまでに支出した費用についての賠償請求など)や贈与物の返還請求問題も含む。そのため、標題の「婚約破棄」を「婚約解消」とすることも考えたが、この問題に関する日本での用語例は「婚約破棄」が普通であること、また、これらが問題となる典型的な場合は一方的破棄のなされた場合であることから、このような標題とした。すなわち、以下で「婚約破棄」について述べることは合意解約から生じた上記の問題にも及ぶ。
- (2) 拙稿「契約締結上の過失責任の国際私法上の性質決定について(1)～(2・完)」法学雑誌44巻2号185-207頁、45巻1号38-74頁(1998)、同「不当利得と基本関係の間の国際私法上の性質決定問題(1)～(2・完)」法学雑誌46巻2号175-207頁、4号561-604頁(1999-2000)。
- (3) 以下で扱う問題は法性決定問題に限られず、そもそも婚約につき抵触規則が欠缺しているかどうかの問題や、その欠缺補充をいかに行なうべきかの問

題も含まれているが、それにもかかわらず標記のような副題をつけたのは上記学会報告の続編であることを明らかにするためである。

- (4) 比較実質法研究に重点を置いたものとして、三浦正人「国際私法上の婚約の法的性質」山口大学教育学部研究論叢 4 巻 1 号第 1 部人文・社会 (1954) 42 頁以下、五十嵐清「婚約」池原・早田編『涉外判例百選』(1995, 第 3 版, 有斐閣) 57 事件解説がある。また、欧州諸国の比較実質法については、Staudinger/vBar/Mankowski (12. Aufl., 1996) Anh zu Art 13 EGBGB Rn. 1-Rn. 8 が詳しい。また、この点については日本民法上も学説に対立がある。この問題に関する日本の学説・判例については、中山秀登「わが国における婚約の法的構造」法学新報 99 巻 3・4 号 (1992) 125 頁以下、小野幸二「婚約の不当破棄と相手方の保護」日本法学 65 巻 4 号 (2000) 503 頁以下およびそれに引用される文献参照。
- (5) これは、婚約について抵触規則の欠缺を認めるかどうかという問題である (久保岩太郎『国際私法概論』(1955, 改正 7 版, 巖松堂) 24-27 頁参照。ここでは「国際私法々規の欠缺」と呼ばれる。)
- (6) 法性決定は抵触規則の趣旨・目的に従って行なわれるべき (池原季雄『国際私法 (総論)』(1973, 有斐閣) 115 頁) であり、以下に掲げる個別的な法性決定問題について考察するにはその前提として婚約をいかなる抵触規則によらしめるかが決まっている必要があるからである。
- (6 a) 後述 5(3)参照。
- (7) 五十嵐・前掲注(4)116 頁。
- (8) 婚約だけで相当の分量に達することおよび内縁その他の事実婚については研究が不十分であることによる。
- (9) 2(1)(2)では、法例の条文は、旧条文番号で引用する。
- (10) 以下に挙げる学説のうちには「婚姻予約」という語を用いるものも多い。特に戦前期にはそれが普通であった。この語は、日本民法においては「婚姻予約有効判決」(大正 4 (1915) 年 1 月 26 日大審院連合部判決民録 21・49) にみられるように内縁その他の一定の事実婚を含む意味で用いられることがあった (二宮周平「日本民法の展開(3)判例の法形成——内縁」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 I』(1998, 有斐閣) 352 頁以下、特に 356 頁およびそこに引用される文献参照) ので、初期の国際私法文献の「婚姻予約」にこれらの事実婚が含まれるかどうかの問題となる。しかし、戦前期においても、「婚姻ノ予約 Verlobnis ; Sponsalia」と書かれたり (河邊久雄『国際私法論』(1930, 訂正再版, 巖松堂) 338 頁, ドイツ・フランス等の欧州諸国の婚約に

関する学説を参考に立論されている(齋藤武生「国際私法上の婚姻予約について」法学論叢 27 卷 3 号 (1932) 337 頁以下, 山口弘一「親族法上の事項に適用する法律」東京商科大学研究年報法学研究 1 (1932) 14 頁以下〔『親族法及び国際親族法の研究』(1943, 巖松堂) 所収, 83 頁以下]) ことからして, これらの学説にいう「婚姻予約」は内縁その他の事実婚を含まないものと考えてよいであろう。

- (11) 遠藤登喜夫『国際私法』(1927, 巖松堂) 257 頁。
- (12) 河邊・前掲注(10)箇所。また, 山口弘一もこの説を支持する(前掲注(7)箇所)。
- (13) 齋藤・前掲注(10)353 頁以下。
- (14) 齋藤・前掲 351 頁。
- (15) 齋藤・前掲 362-363 頁。
- (16) 齋藤・前掲 363 頁。
- (17) これを支持する学説は多数にのぼるので列挙は避ける。それらについては, 櫻田嘉章「婚姻予約および内縁」島津一郎編『判例コンメンタール 7 民法 V (相続・涉外家族法)』(1978, 三省堂) 749 頁以下およびそこに引用される文献ならびに山田録一『国際私法』(1982, 筑摩書房) 365-366 頁, 伊東すみ子「婚約」池原・早田編『涉外判例百選』(1986, 第 2 版) 123 頁参照。
- (18) 久保岩太郎『国際私法』(1939, 三笠書房) 200-201 頁。同・前掲書注(5)205 頁も同旨。
- (19) 三浦は, 国際私法自体の立場からの法性決定の具体的な方法として比較的方法を用いる。婚約に関する各国実質法を比較し, 「事実関係説, 債権契約説及び身分契約説」のうち, 「第三の説が圧倒的に優勢である」と結論づけ, またその説が正当であるとする(三浦・前掲注(4)43-48 頁)。国際私法上の考察を加えた上, 準拠法の決定について齋藤説と同旨の立場をとっている(三浦・前掲 49-52 頁)。
- (20) 三浦・前掲 50 頁は, この場合の損害賠償の決定は「ある程度法的安定性を必要とする」が, 事実関係説によれば, 「不法行為地法の偶然に左右されて私法的国際交通の法的安定性が乏しい」と批判する。折茂豊『国際私法(各論)』(1972, 新版, 有斐閣) 319 頁は, 不法行為地法によるとすれば「いずれの場所が不法行為地とせられるべきかについて困難が生じうる」と批判する。
- (21) なお, 損害賠償に関しては矢ヶ崎武勝「婚約破棄の場合の慰藉料請求権の準拠法について」法政研究 29 卷 1-3 号 (1963) 87 頁以下があるが, 論旨が明確ではないので本文ではとりあげなかった。この 1963 年論文は「婚約破棄にもとづく損害賠償」は「婚約状態の成立, 維持について国籍による連結を

必要ならしめるような国家的な特質とは関係のない、換言すれば全く当事者たる私人相互間の、債務不履行の理論乃至は場合によっては不法行為理論にもとづかしめる」とする(106頁)。「債務不履行の理論」とは、本国法によらしめることに反対していることからして、7条によらしめるという意味であろう。どのような場合に7条、11条にそれぞれよるかは明示されていないが、同「法性決定論議の大半は法政策的調和の問題に還元さるべきの論」同誌27巻2-4号(1961)237頁以下、特に241-246頁に照らして考えれば、原告の選択によるのであろう。この1963年論文は、1961年論文への三浦による批判に対する「再反論」である(1963年論文111頁注⁽²⁹⁾)ので、1961年論文と一貫した立場で書かれていなければならない。しかし、1961年論文の立場によれば、裁判所は原告の主張の首尾一貫性を原告の主張する準拠法によって判断しなければならないはずである。原告が親族法上の契約たる婚約による義務への違反を主張してそれにもとづいて、あるいは、本国法上の親族法規定にもとづいて、損害賠償請求を行なう場合には、22条(またはその他の国際親族法規定)によらなければならないのではないか。よって、1963年論文の上述の説は1961年論文と一貫したものとしては理解できない。なお、1961年論文の要約およびそれに対する批判として、三浦正人「国際私法における法性決定問題に関する一考察」国際法外交雑誌61巻4号(1962)245頁以下、特に256頁以下〔『国際私法における適応問題の研究』(1964, 有斐閣)145頁以下〕参照。

- (22) 久保・前掲注(18)201頁, 同・前掲書注(5)205頁。
- (23) 田村精一「不当利得の準拠法の適用範囲について」谷口知平還暦記念『不当利得・事務管理の研究(3)』(1972, 有斐閣)345頁。
- (24) 櫻田・前掲注(1)751頁。直接には後掲2(2)(エ)大阪地判昭和39年についての記述である。
- (25) 三浦・前掲注(4)42頁。
- (26) 沢木敬郎・涉外判例研究(後掲2(2)(エ)大阪地判昭和39年の評釈)・ジュリスト329号(1965)127-128頁。これらの説は、原因関係と不当利得を別々の抵触規則によらしめる説であるが、沢木は、原因関係を贈与契約とし、7条によらしめる。「財産関係としての贈与と、身分関係としての婚姻予約を結合することは許されないであろう」との理由による。この記述は直接には親どうしの間での贈与についてのものであるが、前掲の理由からすれば婚約当事者間の贈与にも当てはまると解される。
- (27) この点に関する学説の対立については、拙稿「不当利得と基本関係の間の

国際私法上の性質決定問題(1) 前掲注(2)178頁以下, およびそこに引用される文献参照。

- (28) 上野昌子「婚姻予約・内縁の不当破棄の準拠法」判タ747号(1991)454頁。
- (29) 折茂・前掲注(20)320頁注(6), 櫻田・前掲注(17)751頁。
- (30) 沢木・前掲注(26)箇所。
- (31) 田村・前掲注(23)345頁。
- (32) 改正法施行後はこの問題に関する裁判例は見当たらない。
- (33) 三浦正人編『国際私法』(1990, 2訂, 青林書院)120頁〔三浦〕はⅢ項但書を除外し, これ以降同項を類推適用するものほとんどもそのような立場をとっている。
- (34) 山田録一『国際私法』(1992, 有斐閣)379頁。
- (35) 溜池良夫『国際私法講義』(1999, 第2版, 有斐閣)456頁。
- (36) 溜池・前掲箇所。
- (37) 木棚・松岡・渡辺『国際私法概論』(1991, 新版, 有斐閣)180頁〔木棚〕。
- (38) この理由は前掲書の第3版(1998)から追加された(183頁)ものである。
- (39) 青木清・法例14条注釈・木棚・松岡編・基本法コンメンタール国際私法(1994, 日本評論社)94頁。
- (40) 東原清彦「婚約の成立及び効力はどこの国の法律によるか」『問答式国際家族法の実務』(1990, 追録第4号, 新日本法規)319頁, 田中恒郎「婚姻予約不履行ないし内縁不当破棄の要件及び効果は, どこの国の法律によるか」同書同号326頁は, 法例8条説をとる。しかし, そこでは, 法例22条の適用について検討されていない。
- (41) 木棚・前掲注(37)箇所, 根本洋一「婚約」山田・早田編『演習国際私法』(1992, 新版, 有斐閣)178頁, 櫻田嘉章『国際私法』(2000, 第3版, 有斐閣)267-268頁, 青木・前掲注(39)箇所, 五十嵐・前掲注(4)117頁, 廣江健司『集中講義国際私法』(2000, 成文堂)110頁。
- (42) 根本・前掲箇所。
- (43) 木棚・前掲注(38)182頁(1998)。なお, 同・前掲注(37)箇所(1991)は, 共通常居所地がなければ〔最密接関係地によらず〕累積的連結によるとしていた。
- (44) 五十嵐・前掲注(4)117頁。「イギリス」もニューヨーク州も婚約破棄訴訟を認めないことが前提である。
- (45) 東原・前掲注(40)319-320頁, 田中・前掲注(40)箇所, 山田・前掲注(34)380頁, 溜池・前掲注(35)456-457頁, 出口耕自『基本論点国際私法』(2001, 第2版, 法学書院)64-65頁。

- (46) 溜池・前掲箇所。
- (47) 青木・前掲注(39)箇所。同旨・五十嵐・前掲注(4)117頁。
- (48) 山田鏡一ほか『わかりやすい国際結婚と法』(1995, 新版, 有斐閣) 29頁。
- (49) 齋藤・前掲注(10)論文の用語法に従えば, 「事実関係説」に当たるものである。
- (50) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門』(1996, 第4版第1刷, 有斐閣) 109頁。なお, 石黒一憲『国際私法』(1994, 新世社) 312頁は, 前掲2(2)(ア)東京地判昭46年のとった本国法の累積的適用を批判して, 「むしろ, 法例11条によるなどとして, とにかく単一の法によることを志向すべきではなかったか」とする。
- (51) 以前の学説・判例については, 齋藤・前掲注(10)論文, 川上太郎『独逸国際私法』(1942, 有斐閣) 200-201頁, 矢ヶ崎・前掲注(2)1963年論文参照。
- (52) BGB1297~1302条(1998年改正)。この改正の前の法についてであるが, 中山秀登「ドイツにおける婚約の法的構造」法学新報98巻7・8号(1992)175頁以下およびそこに引用される文献参照。
- (53) 連邦通常裁判所[BGH]1996年2月28日判決BGHZ132, 105, 116。この判決については, 本文3(5)参照。
- (54) Staudinger/vBar/Mankowski, a.a.O. (4), Rn. 10, 14およびそこに引用される文献。
- (55) Dieter Henrich, Internationales Familienrecht (Frankfurt a.M., 1989), S. 19 (佐藤文彦訳『国際家族法』(1992, 日本加除出版) 22頁), Christian von Bar, Internationales Privatrecht, Bd. 2. (München, 1991), Rdnr. 111, S. 74f., Staudinger/vBar/Mankowski, a.a.O., Rn. 13。
- (56) v. Bar, a.a.O., S. 74。
- (57) Soergel/Schurig (12. Aufl., 1996) Vorbem 14 zu Art 13 EGBGB。
- (58) Staudinger/vBar/Mankowski, a.a.O. (4), Rn. 16およびそこに引用される文献。
- (59) これを方式と法性決定するものとして Erik Jayme, Spannungen bei der Anwendung italienischen Familienrechts durch deutsche Gerichte (Bielefeld, 1961), S. 19f., Murad Ferid, Internationales Privatrecht, (3. Aufl., Frankfurt a. M., 1986), Rn. 8-20, 8-22.などがある。
- (60) v. Bar, a.a.O., Rdnr. 112, Staudinger/vBar/Mankowski, a.a.O. (4), Rn. 18。
- (61) Ebenda, Rn. 22。
- (62) Ebenda, Rn. 22。
- (63) 後掲本文3(5)参照。

- (64) Staudinger/vBar/Mankowski, a.a.O. (4). Rn. 24.
- (64a) EGBGB14 条については、例えば、横山潤『国際家族法の研究』(1997, 有斐閣) 85-93頁, 273-274 頁(条文の和訳) 参照。
- (65) Peter Mankowski, Verlöbnißbruch, konkurrierende Deliktsansprüche und Rückforderung von Geschenken im Internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht, IPRax, 1997, 173, 178ff., Abbo Junker, Internationales Privatrecht (München, 1998), S. 419, Marianne Andrae, Internationales Familienrecht (Baden-Baden, 1999), S. 388, Jan Kropholler, Internationales Privatrecht (4. Aufl., Tübingen, 2001), S. 332f.
- (66) MünchKomm-Coester Vor Art. 13 EGBGB, Rdnr. 4 (3. Aufl., 1998).
- (67) Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht (8. Aufl., München, 2000), S. 683.
- (68) Thomas Rauscher, Internationales Privatrecht (Heidelberg, 1999), S. 155f., Palandt-Heldrich, Vorbem v EGBGB 13 Rdnr. 30 (59. Aufl., 2000).
- (69) ここにいう附従的連結とは、特別の法律関係の当事者間でそれと実質的な関連をもって発生した不法行為をその特別の法律関係の準拠法に連結することである。これについては、拙稿「契約と不法行為の抵触規則の競合問題—法性決定の一特殊問題として—(2)」法学雑誌 33 卷 1 号 (1986) 42 頁以下、ほか参照。
- (70) BGHZ 132, 105.
- (71) MünchKomm-Coester a.a.O. (66), Rdnr. 5. 同旨 Rauscher, a.a.O. (68), S. 156 f., Kegel/Schurig, a.a.O. (67), S. 684.
- (72) Peter Gottwald, JZ, 1997, 93.
- (73) Bernd v. Hoffmann, Internationales Privatrecht (6. Aufl., München, 2000), S. 425f.
- (74) Mankowski, a.a.O. (65), 180f.
- (75) 同じく本件で附従的連結を認めるべきであったとするものとして, Kropholler, a.a.O. (65), S. 333, N. 38 がある。
- (76) なお、婚約の場合に一般論として附従的連結を認めるが、本件についての意見は述べていないものとして, Andrae, a.a.O. (65), S. 391 がある。
- (77) Ebenda, S. 389f. おそらく同旨, Mankowski, a.a.O. (65), S. 177.
- (78) Andrae, a.a.O. (65), S. 389.
- (79) Pierre Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles* (Paris, 1961), pp. 119-120, Alex Weill, fiançailles in *Répertoire de droit international*, 1^e éd., t. 2 (Paris, 1969), p. 22, 23, R. Dayant, note, *Journal*

du droit international, t. 96 (1969), 928, 929.

なお、フランス民法については、例えば、宮崎孝治郎「フランス婚姻法」『新比較婚姻法Ⅲ』（1962、勁草書房）637-639頁参照。

- (80) Tribunal civil de Valenciennes, 19 déc. 1935, *Nouvelle Revue de d.i.p.*, 1936, 325. XYとも本国法はドイツ法。X女は、Y男による偽りの婚約により誘惑されたとして精神的・物質的損害の賠償を請求した。判決は、この請求は「人の身分」を原因とするものではないとして、これを不法行為と法性決定し、行為が行なわれたフランス法によるとした。
- (81) Bourel, *op. cit.* (79), p. 121, Weill, *op. cit.* (79), pp. 23-24もこれに賛成。なお、ブレルの「社会環境」説については、折茂豊『涉外不法行為法論』（1976、有斐閣）128頁以下、155頁以下、参照。もっとも、ブレルは、「責任の評価」について「加害者の〔住所地〕法」をも参照するのが適切であろうとする(Bourel, *loc. cit.*)。おそらく、加害者の住所地法で合法とされる行為については責任を認めないとの趣旨であろう。
- (82) Pierre Mayer, *Droit international privé*, 1^e éd. (Paris, 1977), p. 391 n° 528, 6^e éd. (1998), p. 354 n° 548, Bernard Audit, *Droit international privé*, 1^e éd. (Paris, 1991), p. 502 n° 624, 3^e éd. (2000), p. 536 n° 624.
- (83) なお、これらの説の以前に André Ponsard, *La conclusion du mariage in Société de législation comparée, Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne* (Paris, Tübingen, 1954), pp. 1-2, p. 31がフランスの婚約破棄に関する判例が本国法主義をとっていると理解していたが、このような理解はその後支持されていないのでこの説は本文では省略した。
- (84) Weill, *op. cit.* (79), p. 24.
- (85) そのほか、日本の家事調停において婚約の履行を求める申立てについて調停を行なうことがある(櫻田典子「婚約履行の請求」沼邊愛一ほか編『新家事調停読本』(1994、第2版、一粒社)314-317頁、ほか)。しかし、これは実体法上の権利を前提としない人間関係調整機能であるので、国際私法を適用する必要はないであろう(人間関係調整機能と準拠法の関係については、離婚調停におけるカウンセリングについての鳥居淳子・昭和52年度重要判例解説(ジュリスト666号、1978)258-260頁ほか参照)。
- (86) 注(4)に挙げた比較法研究の対象国のほか、アジア諸国で身分関係の面で日本との交流の比較的多い諸国の中からその例を挙げれば、韓国民法800~806条、台湾に妥当している中華民国民法972~979条の2、タイ民商法1436~

1444条 (Vicha Mahakun (ビチャー・マハークン), *Law concerning Marriage and Dicorce (Thailand)* (タイの婚姻・離婚法), ([1982] 日本加除出版), p. 3f. (英文), p. 33f. (和訳) によった。この資料については, アジア家族法協会事務局「アジア家族法会議 (参加9カ国) の開催」戸籍時報296号 (1982) 26頁参照。) などがある。

- (87) 拙稿・涉外判例研究・ジュリスト1093号 (1996) 136-138頁, 五十嵐清・平成8年度重要判例解説 (同1113号, 1997) 276頁およびそれらに引用される文献参照。
- (88) ここにいう「常居所地」は不法行為地の決定のために用いられるものであるから, 段階的連結における本国法の次順位の連結点としての固定的・安定的な性質の常居所 (舛場準一「法例の改正規定と常居所基準説の論拠について」国際法外交雑誌90巻2号 (1991) 124頁以下, 特に136頁の用語法によれば「ハードな常居所」とは異なり, 比較的短期の滞在でも認められる(「ソフトな常居所」) こととなるであろう。
- (89) 石黒一憲『現代国際私法上』(1986, 東京大学出版会) 135-138頁は, 内縁の不当破棄による慰藉料と離婚慰藉料についての論述であるが, 「本国法主義の硬直緩和のため」に11条へと法性決定することを肯定する。
- (90) 婚約破棄の正当事由についての日本の判例については, 最近の文献として, 小野幸二・前掲注(4)516頁以下を挙げるにとどめる。
- (91) 道垣内正人「実体と手続, 成立と効力, 実質的成立要件と方式」『ポイント国際私法各論』(2000, 有斐閣) 32-33頁。
- (92) 婚約成立後の準拠法変更によって不当な結果が生じることも考えられないではないがそのようなケースはまれであろう。
- (93) 例えば, フランス法をドイツ法の体系に合わせて叙述している Ferid-Sonnenberger, *Das Französische Zivilrecht*, Bd. 3 (2. Aufl., Heidelberg, 1987), Kap. 4B § 1 A.でも「婚約の法的性質」の項の後ですぐ「婚約の法的効力」の説明に移っており, 成立要件の記述はない。
- (94) なお, 日本の判例は婚約が法律関係であると認めるが, 婚約の成立要件としての「真意に名をかりて, 保護すべき婚約とそうでないものとを識別する価値判断をしているのではないか」と指摘されている (高梨公之「婚約の破棄」『家族法大系Ⅱ』(1959, 有斐閣) 7頁。植木とみ子「婚約」『講座・現代家族法第2巻』(1991, 日本評論社) 44頁もこれを肯定。)。また, 我妻栄『親族法』(1961, 有斐閣) 191頁は婚約の解消を一方当事者の責めに帰すべきかどうかの判断に当っては「最初の合意成立の事情も考慮されるべきである。

けだし、婚約という合意の成立は、当事者間の比較的軽易な口約束から、結納の授受、エンゲージ・リングの交換、さらに親族・知友への公示など、社会的に見て強弱の差があり、それに応じて、当事者の負担する婚姻の成立のために尽すべき誠実の義務にも強弱があることを認むべき」と解する。このように法律関係説をとる実質法の下でもその要件と効果は不可分の関係にあることも多いと思われる。

- (95) タイ民法 1437 条では男性が女性に“Khongman”という贈り物をするのが婚約の成立要件とされており、これが方式に当たるかが問題となるが、このような贈与は意思表示の外部的表現形式にとどまらないので方式には当たらないと解される。
- (96) 前掲 3(3)。ドイツの最近の文献では最も詳細な Staudinger/vBar/Mankowski, a.a.O. (4) のうち方式についての Rn. 16-Rn. 18 には、方式に属すると判断された具体例は挙がっていない。
- (97) ここでは、14 条を類推適用すると表現した。これに対しては、そのような連結を行なうとの結論はともかく、「効力」に限定された 14 条を成立と効力を区別しない単位法律関係に類推するというのは無理であるとの批判があった(2001 年 4 月 28 日の国際私法研究会での議論)。これは類推適用の定義にかかわる問題である(椿寿夫「民法における類推適用」法律時報 62 巻 7 号(1990) 72 頁以下参照)。ここでは、法例 14 条の単位法概念が「効力」に限られている理由が婚約には当てはまらず、婚約の場合には成立と効力が不可分であり、かつ、事実関係説をとる法秩序が多いので効力に重点があることを説明した。類推適用について緩やかな定義によればこの場合も類推といえるだろう。しかし、類推適用について厳格な定義をとり、かつ、14 条の要件が「効力」に限られているのは本質的な特徴であると考えれば、このような場合はもはや類推適用ではなく、「趣旨の類推」であるともいうべきことになろう。
- (98) 注(1)で述べたように、合意による解消を含む。
- (99) 特定の地域の慣習に従わない贈与でその贈与行為にはほかに当事者の意思を表わす個別具体的な徴表がない場合にも黙示の意思推定を行なってよいかについても簡単ではあるが考察する。従来の学説についてみるに、久保岩太郎『国際私法』(1954, 有信堂) 163 頁や實方正雄「各種の契約」『国際私法講座第 2 巻』(1955, 有斐閣) 449 頁は、贈与者の本国法または住所地法による意思を推定する。しかし、それでは国際私法上贈与者の利益に偏るので、贈与が婚約に関連してなされたことから、14 条による準拋法と同じ法によらしめる意思であったと推定してはどうかと考える。これは明確な推定則であり、

かつ、そのように推定しても当事者の期待に反することはないであろう (14条によれば同一本国法によるべき場合だが一方当事者の国籍が形がいが化していて本国文化とのつながりが無いといった場合には推定を覆す事情があるとすればよい)。

(100) 前掲注(26)。

(101) 例えば、加藤雅信『事務管理 不当利得』(1999, 三省堂) 176頁以下参照。

(102) この点については拙稿「不当利得と基本関係の間の国際私法上の性質決定問題 (1)~(2・完)」前掲注(2), 特に596頁以下で論じたので、理由についてはここでは省略する。

Engagement to marry in Private International Law

Akihiko KUNITOMO

Professor of Law, Graduate School of Law, Osaka City University

In this paper, Japanese, German and French cases and theories on the conflict-of-laws questions concerning engagement to marry are studied.

The current status of Japanese academic discussion on the question concerning damages on breach of the engagement is as follows. Most authors apply some conflict rules in family law (Family Relationship Theories). To existence and material validity of the engagement, they apply Art. 13 (1) (existence and material validity of marriage) of Horei (Law concerning the Application of Laws in General) by analogy. According to the majority its form falls into the ambit of Art. 22 (form of juridical acts regarding family relationships). To its effect, the relative majority applies Art. 14 (effects of marriage) by analogy. Another view applies Art. 23 (other family relationships). Against these Family Relationship Theories Dogauchi deems the question on damages as within the purview of Art. 11 (Torts) (Tort Theory). (In this Summary, Japanese precedent is omitted because of its absence after the reform of Horei in 1989.)

The main part of the present author's conclusions on the question on damages is as follows. The primary problem is the opposition of Family Relationship Theories and Tort Theory. The present author supports the former

view on the following reasons. First, many substantive law, including Japanese law, regards the engagement as a relationship in family law. Secondly, as this question is related with the legal culture on family, the *lex loci delicti* is not proper. The second problem is the choice between Art. 14 and Art. 22. The present author prefers Art. 14, since Art. 22 would often lead to the cumulative application of both national laws. Thirdly, the division of the relationship into three legal categories (existence and material validity, form, effects) is called into question. In France Mayer applies national law to the engagement without such a segmentation. This view suggests us that the classification as a family relationship does not necessarily bring the division. The present author applies Art. 14 by analogy, extending its purview to existence and material validity. The main reason is that the requirement of the formation of an engagement is not provided in the countries where it is not legal relationship but mere fact. Such a relationship, which is in one country a legal relationship but in another a mere fact, is hard to divide into the three categories.

As for restitution of gifts after breaking off, two views on characterization is asserted. The first regards it as "unjust enrichment" (Art. 11). The second characterizes it as "engagement" and applies Art. 14 or Art. 22. The present author deems the gift as a contract (Art. 7) and bring the restitution problem under the scope of the governing law of contract.

〔附記〕本研究は日本学術振興会平成12～13年度科学研究費基盤研究(C)「当事者間の特別の法律関係と法定債権の間の国際私法上の性質決定問題」の成果の一部である。