

国際的な身分関係の継続に向けた抵触法的対応
—フランス学説の「状況の承認の方法」の
検討を中心に (1)

加 藤 紫 帆

第一章 問題の所在

第二章 抵触法上の解決アプローチ

第一節 一般的アプローチ

- 一 既得権説
- 二 反致
- 三 先決問題〔従属連結説（本問題準拠法所属国抵触法説・準拠法説）〕（以上、本号）

第二節 例外的アプローチ

- 一 条約
 1. ベネルクス条約
 2. 婚姻の挙行及びその有効性の承認に関するハーグ条約
- 二 各国実定法
 1. 外国で挙行された婚姻の承認に関する条項
 2. 一般例外条項
 3. 既成事実の例外条項
- 三 学説〔抵触法上の実質規則—「国際私法における外観」法理〕

第三節 フランスにおける議論—「状況の承認の方法」

- 一 抵触法上の位置付け及び根拠
- 二 対象
- 三 要件
- 四 効果
- 五 小括

第三章 検討

- 第一節 はじめに
- 第二節 外国判決以外の外国国家行為の内国における処理
- 第三節 私的行為への承認アプローチの拡大根拠
- 第四節 我が国における具体的処理枠組み
- 第五節 結語

第一章 問題の所在

本稿の目的は、法廷地である我が国の通常の準拠法選択規則により、既に外国で成立した人の身分に関する法的地位ないし法的関係の有効性が再び問題とされる場合に、我が国裁判所において用いるべき抵触法¹⁾上の理論的処理枠組みについて考察することである。

各国準拠法選択規則が相違する現状では、ある国で一旦有効とされた身分関係であっても、法廷地の準拠法選択規則の指定する準拠法によれば、その有効性が否定されるという不都合が生じ得る。例えば、ユダヤ教徒であるハンガリー人夫婦がイスラエルへの移住の途中、イタリアにおいて行ったユダヤ方式の離婚の有効性が争われた *Schwebel v. Unger*²⁾ 事件では、離婚後妻 Y が7年半ほど生活したイスラエルの抵触法によれば当該離婚は有効とされるにも拘わらず、法廷地であるカナダ・オンタリオ州の準拠法選択規則により指定されるハンガリー法あるいはイタリア法によれば、無効になってしまうという事態が生じた。他の例としては、ロシアに居住するスイス人の叔父と姪がロシアにおいて有効な婚姻を締結したが、同人らが後に住所を移したドイツの準拠法選択規則によれば当該婚姻には本国法であるスイス法が適用されるため、これが無効になってしまうといった事例が挙げられる³⁾。

1) 本稿では、以下、所謂広義の国際私法の意味で「抵触法」の用語を用いる（中西康＝北澤安紀＝横溝大＝林貴美『国際私法』（有斐閣、2014）8頁参照）。狭義の国際私法については、基本的に「準拠法選択規則」と呼ぶこととする。

2) (1963) 42 D. L. R. (2d) 622. 本稿第二章第一節三において扱う。

3) L. Raape, *Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé*, *Recueil des cours* 50 (1934 IV), at 413ff. See also, H. Lewald, *Règles générales des conflits de lois: Contribution à la technique du droit international privé*, *Recueil des cours* 69 (1939 III), at 58ff. また、江川英文「若干の反致論について」法協 68 巻 8 号 (1951) 803 頁、819 頁以下も参照。

従来抵触法上、各国準拠法選択規則の相違から生じるこのような不都合の発生を回避するため、様々な解決アプローチが提唱されてきた。一方で、抵触法上の法理論としては、外国で成立した権利を既得権として法廷地で保護する既得権説、及び外国準拠法所属国の準拠法選択規則を考慮する反致並びに先決問題の所謂従属連結説（本問題準拠法所属国抵触法説・準拠法説）が挙げられる。しかし、上記法理論に対しては学説上かねてより批判がある。その根本的なものは、上記法理論が自国の通常の準拠法選択規則の不適用を認める点にあると言える⁴⁾。即ち、法廷地準拠法選択規則は、あらゆる法的問題に対し時々刻々と法的解答を与える「天下無双唯我独尊」の存在であり、抵触法的規律により国際的私法秩序を築く際には、各国抵触法が現状で統一されていないとしても本来外国抵触法は存在してはならない⁵⁾、とされるのである。他方で、通常の準拠法選択規則に対する例外という形でその適用を一定の場合に排除することで、本稿の想定する事案に対応するアプローチも存在する。代表的には、「婚姻の挙行及びその有効性の承認に関するハーグ条約」(1978)⁶⁾上の外国で挙行された婚姻の承認に関する規定や、各国準拠法選択規則上の一般例外条項が挙げられる。しかしながら、これらのアプローチには法的安定性や予測可能性の観点から問題があるためか、現在のところ、我が国抵触法上は採用されるには至っていない。

このように、我が国抵触法上、外国で形成された身分関係の継続性を確保する適切な処理枠組みは、未だ確立されていない状況にある⁷⁾。し

4) 例えば、本稿第二章第一節一で後述するフランスのPilletの説に対するものであるが、既得権説に関し、跡部定次郎『国際私法論上巻』（弘文堂、1925）28頁以下、反致及び先決問題従属連結説に関し、溜池良夫『国際私法講座〔第3版〕』（有斐閣、2005）152頁以下、229頁以下等。

5) 道垣内正人『ポイント国際私法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007）212頁。

6) 本条約の制定の背景等については、池原季雄ほか「ハーグ国際私法会議第十三会期の成果」ジュリ 635号（1977）106頁以下〔池原季雄〕、及び、北坂尚洋「外国で挙行された婚姻の有効性の承認—1978年ハーグ条約及びスイス国際私法のアプローチ—」阪大法学 50巻1号（2000）167頁を参照。

7) 我が国抵触法上、外国で形成された身分関係の安定に向けた処理枠組みに関する議論が十分に尽くされたとは言い難い現状の背景には、以下の事情があると考えられる（但し、本稿の問題を自覚的に扱った研究として、外国で成立した身分関係の我が国での効果に関する北坂尚洋教授の以下の一連の論稿がある。北坂・同上、同「外国で成立した養子縁組の承認」阪大法学 51巻1号（2001）235頁、同「外国で成立した身分関係の我が国での効力—スイス国際私法における取り扱いについて—」国際私年報 6号（2004）168頁、同「登録パートナー

かしながら、国際的に活動する私人の身分関係の安定という抵触法の基本理念からすれば、一旦有効に形成された身分関係の有効性を国際的に認めるための処理枠組みが不可欠であることは明らかである。さらに近時、欧州連合では、国境を越える人ないし家族の移動に関する事案において、抵触法による事案の処理に変更を迫るような形で「私生活及び家族生活の尊重についての権利」（欧州人権条約 8 条）を中心とした人権規範が影響を及ぼしていることをも考慮すると⁸⁾、本稿の問題が今後我が国における基本的人権の議論との関係でも重要な問題となり得ることが十分予測されよう⁹⁾。

そこで本稿では、既に外国で成立した人の身分関係の継続を達成するために我が国において採られるべき処理枠組みについて検討することとする。その際には、上述した従来からの解決アプローチの網羅的検討を行うことで、それらのアプローチの問題点を明確にすると共に、かかる問題

シップに関するスイス国際私法の新規定」法學論叢（福岡）49 卷 3・4 号（2005）423 頁）。

第一に、ある国では有効であるが他国では無効であるといった国際的に不均衡な法律関係を意味する「跛行的法律関係」という抽象的かつ漠然とした用語の下、本稿の問題が各国抵触法の相違から生じるやむを得ない事象として把握されてきたことが挙げられる。例えば、山田鎌一『国際私法 [第 3 版]』（有斐閣、2005）417 頁は、「跛行的な法律関係は、婚姻についてのみでなく、親子その他についてもみられる。跛行的な法律関係の発生を防ぐことは望ましいことではあるが、現在の国際私法の構造からすれば止むをえないことである」と述べる。また、溜池・前掲注 4）221 頁も、「わが国においては有効であるが本国においては無効とされるような婚姻は、一種の不均衡婚…であるが、このような婚姻は、諸国の国際私法の原則の相異なる現状においては、しばしば発生するものであって、この場合だけを特に問題とするのは理由が無い」とする。

第二に、従来学説が、反致や先決問題といった抵触法上の法理論を個別に発展ないし柔軟化させることで本稿の問題への対応を試みてきたことが挙げられる（反致論における利益衡量説（池原季雄『国際私法 [総論]』（有斐閣、1973）211-212 頁、山田・同上 67-68 頁）、及び、先決問題の折衷説（山田・同上 163 頁）等）。

- 8) 近時、欧州司法裁判所や欧州人権裁判所では、外国で成立した婚姻や離婚、養子縁組等の身分関係に対する法廷地抵触法上の規律と人権規範違反との抵触が問題となる事件が多く見受けられるようになっている。例えば、Case C-148/02, *Garcia Avello v. Etat Belge* [2003] ECR I-11613; Case C-353/06, *Stefan Grunkin and Dorothee Regina Paul* [2008] ECR I-07639（氏に関する判決）や、ECHR case no. 6240/01, *Wagner and JMWL v. Luxembourg*, 28 June 2007; ECHR case no. 56759/08, *Negreponitis-Giannisis v. Greece*, 3 May 2011; ECHR case no. 43631/09, *Harroudj v. France*, 4 Oct 2012（養子縁組）、ECHR case no. 38797/07, *Mary Green and Ajad Farhad v. Malta*, 6 July 2010（婚姻）等。
- 9) 抵触法における人権規範の意義とその適用範囲を考察する邦語文献として、西谷裕子「国際私法における公序と人権」国際法外交雑誌 108 卷 2 号（2009）173 頁。

点を克服するアプローチとして注目される議論として、「状況の承認の方法」¹⁰⁾を唱えるフランス学説の議論を整理・概観する。これは、以下詳しくみるように、外国で既に形成された法的状況 (situation juridique) を法廷地において承認するというアプローチである。その上で、以上のフランス学説の分析を通じ明らかになった論点を検討し、我が国で採られるべき処理枠組みを提示する。

次章では、第一に、本稿の問題解決に資すると思われる抵触法上の法理論として、既得権説、反致、及び先決問題といった一般的アプローチを検討する (第一節)。第二に、本稿の想定する事案につき一定の場合に限り対応するアプローチとして、「婚姻の挙行及びその有効性の承認に関するハーグ条約」(1978)における外国で挙行された婚姻の承認に関する規定や、抵触法上の一般例外条項、抵触法上の実質規則といった例外的アプローチを検討する (第二節)。最後に、外国で既に形成された法的状況を法廷地において承認するという状況の承認の方法により、本稿の問題の解決に対する理論的処理枠組みの構築を試みるフランスにおける議論を整理・分析する (第三節)。

第三章では、前章での分析を踏まえ、以下の二点につき考察を行う。

10) 本稿の検討対象となる論文は以下である。① P. Lagarde, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures*, *RebelsZ* 68 (2004) [hereinafter, Lagarde 2004], at 225; ② P. Mayer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (Daloz, 2005) [hereinafter, Mayer 2005], at 547; ③ S. Bollée, *L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale*, *Rev. crit. DIP* 96 (2007) [hereinafter, Bollée 2007], at 307; ④ Ch. Pamboukis, *La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance*, *Rev. crit. DIP* 97 (2008), at 513; ⑤ P. Lagarde, *La reconnaissance mode d'emploi*, *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon* (Daloz, 2008) [hereinafter, Lagarde 2008], at 482; ⑥ P. Lagarde, *Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés*, in P. Lagerde (ed.), *La reconnaissance des situations en droit international privé* (Pedone, 2013) [hereinafter, Lagarde 2013], at 19; ⑦ P. Mayer, *La reconnaissance : notions et méthodes*, *id* [hereinafter, Mayer 2013], at 27; ⑧ S. Bollée, *Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales*, *id* [hereinafter, Bollée 2013], at 113; ⑨ P. Lagarde, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?* *Recueil des cours* 371 (2014) [hereinafter, Lagarde 2014], at 9. 状況の承認の方法に触れる邦語文献として、中西康「EU法における『相互承認原則』についての考察—国際私法方法論の観点から—」法学論叢 (京都) 162 巻 1-6 号 (2008) 218 頁、221 頁、及び、横溝大「グローバル化時代の抵触法」社会科学研究 65 巻 2 号 (2014) 129 頁、135-136 頁がある。

第一に、外国判決以外の外国国家行為を我が国において如何に扱うべきかについて検討する（第二節）。ここでは、外国国家行為の承認の効力範囲に関する我が国学説を検討した上で、抵触法上考慮されるべき私的利益の実質法的考慮に関する議論を踏まえ、外国判決以外の外国国家行為の我が国における処理枠組みを提示する。第二に、外国国家行為が何ら介在せずに形成された身分関係については如何なる処理がなされるべきかを検討する（第三節）。ここでは、外国国家行為承認アプローチが仲裁判断という私的行為に用いられる根拠を法的擬制（fiction juridique）に求める見解から示唆を得、外国国家行為が介在しない場合の処理枠組みを提示する。最後に、以上の検討を通じて示された処理枠組みの具体的例を提示する（第四節）。

本稿の想定する事案に対し本稿が唱える処理枠組みを予め示せば、以下ようになる。即ち、一方で、外国判決以外の外国国家行為により形成された身分関係については、その実質的成立要件を含め外国国家行為承認アプローチにより承認されるが、当該外国国家行為が当該身分関係を形成する際に判断の基礎とした準則に基づく我が国での無効請求の可能性に開かれていなければならない。他方で、外国国家行為が介在することなく私的行為により生じた身分関係についても、当該身分関係を一定程度固定化ないし安定化し、かつ、当該身分関係につき第三者への公示性を備える私的行為については、外国国家行為承認アプローチに服す余地がある、ということになる。これらの本稿が唱える処理枠組みは、当事者の期待に基づく国際的な身分関係の継続という実質法的考慮を根拠とする。

第二章 抵触法上の解決アプローチ

本章では、外国で形成された身分関係につき法廷地の通常の準拠法選択規則の適用を排除することで、国境を越える身分関係の継続を実現するのに資するアプローチを整理・概観する。ここでは、本稿の想定する事案の妥当な解決との関係で一般的及び例外的アプローチが有する問題点を明らかにすると共に、かかる問題点を克服するアプローチとして注目されるフランスにおける状況の承認に関する議論を分析する。以下、

抵触法上の法理論に基づき法廷地の通常の準拠法選択規則の適用を排除するアプローチ (第一節)、例外的に或いは一定の場合にのみそれを排除するアプローチ (第二節)、及び、近時フランス学説が提唱する所謂状況の承認の方法 (第三節) の順にみていくこととする。

第一節 一般のアプローチ

本節では、法廷地の準拠法選択規則の適用を抵触法上の法理論に基づき排除する、既得権説、反致、及び先決問題従属連結説の三つを取り上げる。その理由は、これらの法理論が、各国準拠法選択規則の相違する現状において、一定の法的问题につき法廷地の準拠法選択規則を排除することにより、国際的な人の身分関係の安定に資する法理論であると考えられるからである。先ず、既得権説については、既得権概念を抵触法の基礎理論と考えるイギリスの Dicey¹¹⁾ とは異なり、既得権説を以て既に外国で形成された権利の国際的効果の問題と考えるフランスの Pillet¹²⁾ や Niboyet¹³⁾ らの見解は、とりわけ国際的な権利関係の調和を意識するものと言え、また、各国準拠法選択規則が相違する現状において外国準拠法選択規則を適用する反致や先決問題の従属連結説も、国際的な解決の調和を齎す機能を有していると評価出来よう¹⁴⁾。

以下、本節では、本稿の想定する事案がこれらの法理論によれば如何に処理されるのか、という点について考察する。具体的には、第一章で上述した、ロシア人の叔父と姪の婚姻の事例 (本事例は、Raape が考案した事例として有名であるため、以下「Raape の事例」と呼ぶ)、及び、Schwebel v. Unger 事件 (以下、「Schwebel 事件」と呼ぶ) を各法理論にあてはめて処理することで、その解決の妥当性を判断する。尚、これら二つの事例を取り上げる理由は、第一に、両事例共に、法廷地の通常の

11) A.V. Dicey, *A Digest of The Law of England With Reference to The Conflict of Laws* (Sweet & Maxwell, 2nd ed., 1908).

12) A. Pillet, *Principes de Droit International Privé* (Pedone, 1903), at 495ff.

13) J.-P. Niboyet, *Territoriality and Universal Recognition of Rights of Conflict of Laws*, 65 *Harv. L. Rev.* 582 (1952).

14) 例えば、反致に関しては、池原・前掲注 7) 204 頁、山田・前掲注 7) 66 頁、溜池・前掲注 4) 159 頁以下参照。先決問題の従属連結説に関しては、池原・同上 277 頁、山田・同上 161 頁、溜池・同上 229 頁以下参照。

準拠法選択規則によれば外国で既に成立した身分関係の有効性が否定される事案であること、第二に、前者では、当該外国の準拠法選択規則によれば当該身分関係の有効性が肯定されるのに対し、後者では、当該外国以外の第三国の準拠法選択規則によらなければ、それが肯定されない点に違いがあること、の二点にある。

ここで予め結論を示せば、これら三つの法理論は、本稿の想定する事案の解決にとって実効的かつ十分な処理枠組みを提示するとは言えないということになる。

一 既得権説

(1) 既得権説は、法廷地での外国法の適用を外国法により成立した権利の承認及び執行と捉えることで、外国法の適用を理論付ける抵触法理論として登場した¹⁵⁾。その基礎は、オランダ学派の Huber の唱えた所謂 コミタス (comitas 礼讓) 理論の第三公理¹⁶⁾にあるとされる¹⁷⁾。しかし、既得権説の代表論者であるイギリスの Dicey は、外国で取得された権利の保護は、外国主権国家に対する courtesy (礼儀・好意) の表れではなく、保護しないことが訴訟当事者に対し不都合及び不正義を齎すためになさ

15) 三浦正人「既得権説」国際法学会編『国際法辞典』(鹿島出版会、1975) 127 頁参照。尚、西賢「既得権説」国際法学会編『国際法関係辞典』(三省堂、2005) 715 頁、及び、西賢「既得権理論」澤木敬郎・塚場準一編『国際私法の争点 [新版]』(有斐閣、1993) 46-47 頁は、既得権概念とは、「その取得に国際的管轄を有する一国の法秩序が規定するすべての条件に従い、この国において有効に取得され、その有効性が、後に、何らかの理由で、前者と共存する他国の法秩序の支配下に問題とされる権利」であると述べる(西(争点)・同上 46 頁)。

16) Huber の第三公理は、以下の三大公理の第三の公理を指す。「(1) およそ一国の法は、当該国家の領域内において、その効力を保持し、その臣民のすべてを拘束する。但し、それ以上には及びない、(2) およそ当該国の領域内に在る者は、永住者たるか一時滞在者たるかを問わず、すべて当該国の臣民である、と看做される、(3) およそ一国の法が、当該国の領域内で、施行されている以上、その効力が如何なる場所においても承認されるように、各国の為政者は、友好的配慮・譲歩の精神 (comiter) をもって、努力するものとする。但し、他の国および其の市民の主権あるいは権利の侵害を招く場合は、この限りでない」U. Huberus, *Praelectionum juris civilis tomities* (Franequerae, 1686). 和訳は、塚場準一『ウルリクス・フベルス「法抵触論」註解』(尚学社、1996) 39 頁によった。尚、Huber の理論及びそのコミタス (comitas) ないしコミティ (comity) 概念については、折茂豊「国際禮讓の理論—特に英米国際私法に於けるそれについて—」法學 10 卷 12 号 (1941) 1 頁、石黒一憲「コミティ批判」法曹時報 44 卷 8 号 (1992) 1425 頁等を参照。

17) 西(争点)・前掲注 15) 46 頁参照。

れるとして、外国法適用の根拠をコミタス理論に求める立場を否定する¹⁸⁾。その上で、Dicey は、抵触法の一般原則の第一において、「文明国の法のもとで適正に取得せられた (duly acquired) すべての権利は、承認され、かつ一般に執行される」¹⁹⁾ という外国法適用の根拠としての既得権説を定立するのである。

Dicey の既得権説によれば、Raape の事例及び Schwebel 事件における婚姻及び離婚は、外国で有効に取得された権利として法廷地においても有効とされるように思われる。しかし、実際の処理は異なる。なぜならば、Dicey は、後の見解において、「適正に取得された」か否かの基準を自国準拠法選択規則に求めたからである²⁰⁾。両事例に当てはめれば、一旦有効に獲得された婚姻や離婚という法的状況の有効性は、法廷地であるドイツないしオンタリオ州の準拠法選択規則により指定されるスイス法ないしイタリア法により判断されるため、結論として否定されることになる。従って、Dicey の既得権説は、本稿の対象とする事案を救済する処理枠組みとしては十分に機能しないと言える。

ところで、Dicey から英米既得権説がこのように外国法適用の根拠として既得権概念に依拠する理由は、英米既得権説が前提とする法の属地主義的な理解にあるとされる²¹⁾。即ち、英米抵触法は、法は一国の主権領土内のみ及ぶという法の属地主義原則を前提としたため、内国裁判所は外国法を適用することが出来ず、外国法により取得された権利を内国で承認・執行するという理論構成を採らざるを得なかったのである²²⁾。

18) Dicey, *supra* note 11, at 10. また、川上太郎「ビールとアメリカ国際私法」『国際私法の基本問題 久保岩太郎先生還暦記念論文集』(有信堂、1962) 23 頁、33 頁以下、種村佑介「ダイシーの国際私法理論に関する一考察—国内法説、既得権説を中心に—」法学会雑誌 54 卷 2 号 (2014) 135 頁、145 頁以下等も参照。

19) Dicey, *id.* at 23ff. 原文は以下の通りである。“Any right which has been duly acquired under the law of any civilised country is recognised and, in general, enforced by English courts.”

20) 即ち、同上の原文“under the law of any civilised country”の直後に、“which is applicable according to the English rules of the conflict of laws” (イタリック体ママ) との修正が加わった。A.V. Dicey, *The Conflict of Laws* (Stevens & Sons, 6th ed., 1949), at 11. 西 (争点)・前掲注 15) 46 頁も参照。

21) 例えば、川上・前掲注 18) 43 頁参照。See also, R. D. Carwell, *The Doctrine of Vested Rights in Private International Law*, 8 *I.C.L.Q.* 268 (1959), at 271-273.

22) Dicey, *supra* note 19, at 12. 川上・同上 43 頁も参照。See also, Carwell, *ibid.* このため、英米の既得権説は、一般に、法の属地主義原則のコロラリーとして理解されている。See, H. Muir-Watt, *Quelques remarques sur la théorie anglo-*

(2) 上述の外国法適用の根拠としての英米既得権説とは異なり、フランスの Pillet や Niboyet らが唱えた既得権説は、外国法適用理論から独立した法理論として位置付けられる。以下、Pillet、Niboyet の順にそれぞれの見解をみていく。

① Pillet は、既得権説を、「国家は、原則として、外国で取得された権利の尊重と遵守を保証せねばならない」²³⁾ という国際法上の原則として位置付ける。Pillet によれば、外国で合法的に取得された権利 (*droits acquis régulièrement*) が存在する場合には、当該権利の第三国での効果が問題なのであり、いずれの法が権利を形成するかという準拠法選択の問題は生じないとされる²⁴⁾。このように、Pillet によれば、抵触法上、既得権説は準拠法選択理論と独立して位置付けられる²⁵⁾。つまり、一方で、準拠法選択理論は法律関係の発生ないし成立の問題に関わり、他方で、既得権説は法律関係の存続即ち効果の問題に関わるとされ、外国で有効に取得された権利の効果は、後者の問題として原則国際的に承認されることとなるのである²⁶⁾。

しかし、上述の Dicey と同様、Pillet も、外国における権利の取得は

américaine des droit acuis, *Rev. crit. DIP* 75 (1986), at 425. 尚、同じく既得権説を唱えたアメリカの Beale が法の属地主義原則を厳格に解したのに対し、Dicey は契約につき行為地法でなくプロパー・ローの適用を認めることから分かるように、Dicey の既得権説は、準拠法選択規則の内容までを提供するものではなかったとされる。See, J.H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol.1 (Cambridge, 1916), at 53ff; J.H. Beale, Dicey's 'Conflict of Laws', 10 *Harv. L. Rev.* 168 (1896), at 169ff. See also, R. Michaels, EU Law as Private International Law? Reconceptualising the County-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory, 2 *J. Priv. Int'l L.* 195 (2006), at 215f. 種村・前掲注 18) 157-158 頁も参照。

23) Pillet, *supra* note 12, at 515. See also, G. Kaeckenbeeck, The Protection of Vested Rights in International Law, 17 *Brit. Y.B. Int'l L.* 1 (1936), at 7; Michaels, *id.* at 216-218. 三浦・前掲注 15) 127 頁参照。また、跡部・前掲注 4) 28 頁以下に Pillet の学説の紹介及びそれに対する批判がある。

尚、Pillet は、自国法により形成された権利が外国で尊重されることに対する国家利益の存在、及び、かかる権利に効果を与えないことに対する外国国家の国家利益の欠如から、既得権説の国際法上の原則としての性質を導いている。Pillet, *id.* at 515.

24) Pillet, *id.* at 500f, para.277. See also, Michaels, *supra* note 22, at 217. 跡部・前掲注 4) 31 頁以下参照。

25) See, Michaels, *id.* at 216f.

26) 尚、跡部・前掲注 4) 34 頁は、準拠法選択規則が法律適用に関する規則であっても、効果が問題となる場合であっても法律の適用は問題となることから、このような Pillet の区別を批判する。

法廷地準拠法選択規則に従う限り有効であると考えたため²⁷⁾、Pilletの既得権説によっても、上述したDiceyの見解による場合と同様、両事例で問題となる婚姻及び離婚は法廷地であるドイツないしオンタリオ州の準拠法選択規則に従い形成されていないため、法廷地では無効とされることになる²⁸⁾。

② これに対し、所謂新属地主義学派²⁹⁾といわれるフランスのNiboyet³⁰⁾は、外国で形成された権利の有効性を定める法は権利が発生した国の準拠法選択規則に従い定められるとする³¹⁾。つまり、Niboyetは、Pilletと同様、権利の形成の問題とその国際的有効性の問題とを区別するが、Pilletとは異なり、後者の問題に関しては、外国準拠法選択規則に従い有効に形成された権利は原則として法廷地でも承認されるのである³²⁾。このように、Niboyetは法の属地的適用を原則とした上で、外国において当該外国の属地法に従い取得された権利は、それにつきフランス法が管轄を有さないこと、及び、公序に反しない限りで、フランスにおいて認められるという「権利の国際的有効性 (l'efficacité internationale des droits)」の原則を唱えるのである³³⁾。

Niboyetの既得権説に立てば、外国で取得された権利については当該権利の発生地の準拠法選択規則が適用されるため、DiceyやPilletらの既得権説が有していた問題、即ち法廷地の準拠法選択規則により外国で

27) See, Muir-Watt, *supra* note 22, at 433, 437; Michaels, *supra* note 22, at 217.

28) 尚、Muir-Watt, *id.* at 436, footnote (41)は、そもそもDiceyらとは異なり、領域外の人及び物につき内国法の適用を認めるPilletにとって、何故、人的関係や婚姻関係の永続性を付与するため既得権概念に依拠する必要があったのか理解し難いと述べる。Muir-Wattは、例えば、人の移動の事案では、国籍といった比較的永続的な連結点を用いることで足りたのではないかと指摘する。

29) 新属地主義学派とは、属人法の適用範囲を縮小し、中世以来の属地主義理論の復活及び拡大を唱えるフランスの学説のことをいう(溜池・前掲注4) 53-54頁)。このような新属地主義学派の主張の背景には、自国において増加する移民に対し、その属人法の適用を回避し内国法であるフランス法の適用範囲を拡大しようとする政治的意図があったとされる(同上)。Niboyetと同じく新属地主義を唱えたフランスのLouis-Lucasの学説については、江川英文「フランス国際私法における新属地主義について」法学協会雑誌 65巻 57頁に、紹介及びそれに対する批判がある。

30) Niboyet, *supra* note 13. また、西賢『国際私法の基礎』(晃洋書房、1985) 1頁、5頁以下、及び、西(争点)・前掲注15) 47頁を参照。

31) J.-P. Niboyet, *Cours de droit international privé français* (Sirey, 2e éd., 1949), at 443f. 西(基礎)・同上 5-6頁参照。

32) Niboyet, *id.* at 438ff. 西・同上 5頁参照。

33) Niboyet, *ibid.*; Niboyet, *supra* note 13, at 592. 西・同上参照。

取得された権利の有効性を判断するという問題は解消される。よって、Raape の事例におけるロシアでの叔父と姪の間の婚姻は、法廷地であるドイツの準拠法選択規則を介すことなく、ロシアの準拠法選択規則により指定される法であるロシア法により有効となる。他方、Schwebel 事件におけるイタリアでの離婚には、Niboyet の既得権説によれば、準拠法選択規則を含む属地法であるイタリア法が適用されると解されるが³⁴⁾、同法上も、ユダヤ方式による離婚は無効である。従って、法廷地の準拠法選択規則の適用の排除を認めた Niboyet の既得権説も、Schwebel 事件のように、離婚がなされた地（イタリア）とそれを有効と認める地（イスラエル）とが異なる場合には十分に機能しないといえる。

(3) 以上、各論者により主張される既得権説につき本稿の想定する事例をあてはめたが、いずれの見解においても、本稿の想定する事案に対し満足のいく解決は与えられなかった³⁵⁾。一方で、Dicey 及び Pillet の既得権説は、法廷地の準拠法選択規則に従い外国における権利取得の有効性を判断する法を指定するとしたため、本稿の想定する事案の解決としては機能しなかった³⁶⁾。他方、外国で取得された権利の有効性判断に關

34) Niboyet, *supra* note 13, at 592-595.

35) 尚、ここで紹介しなかったドイツの Niederer が唱える「公序の留保条項の補充」としての既得権説は、「裁判官の法感情が、抵触法的に管轄なき法の不尊重を通じて、著しく侵害される」場合には、管轄なき外国法を尊重すべきであるとし、ある外国法上有効である法律関係の有効性を認めないことが関係者にとって耐えがたいときには、その有効性を法廷地においても認めるべきであるとする説である。W. Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts* (Schulthess, 2 Aufl., 1956), S.79, 125. 西・前掲注 30) 14-16 頁参照。

Niederer の見解についても、Niboyet のように、ある権利が形成された外国法秩序が客観的要素に基づき選択されるならば、Niboyet の見解に対するのと同様の問題点を指摘出来る（尚、Niederer は、自身の見解の説明にあたり、権利発生国において有効な準正の有効性が 10 年後に法廷地で問題となった例を挙げている。Id. S.322. 西・同上 15-16 頁参照）。また、同説が既得権概念ではなく法廷地の正義感を根拠とする点に関し、西教授が、ここでの問題の解決は、「結局は、価値判断の問題であることを示しているように思われる」（同上 25 頁）と指摘するように、既得権概念自体が権利取得の有効性を判断する準拠法選択の基準を何ら提示しない点は、既得権説に基づく理論を構築する場合には問題とならざるを得ないだろう。だが、準拠法選択規則上の例外条項により既に外国で形成された権利の有効性を尊重する処理枠組み自体は、次節で検討するように、本稿の想定する事案の解決にとって有用となり得ると言えよう。

36) このような双方主義的な基準により、外国での権利取得の要件を判断する法を選択する考えは、既得権説の否認論に繋がることとなる（西（争点）・前掲注 15) 47 頁参照）。

し法廷地の準拠法選択規則は適用されないと考える Niboyet の既得権説も、権利取得は属地的に関連する地の準拠法選択規則に従い判断されると考えたため、Schwebel 事件のように、ある行為がなされた地の法とその行為を有効と判断する地の法とが異なる場合の解決枠組みとしては、うまく機能しなかった。

二 反致

(1) 抵触法上、反致は、一般に、自国準拠法選択規則によって指定された準拠法所属国の抵触法が自国法又は第三国の法を指定する場合に、自国法又は第三国法を準拠法とすることを認める原則であるとされる³⁷⁾。反致に関しては既に我が国においても多くの文献があるため³⁸⁾、本稿では、反致の詳細な検討はかかる文献に譲り、反致により上述の Raape の事例及び Schwebel 事件を処理する際の問題点を中心に検討する。以下では、先ず、反致の機能を確認するために、反致を用いたことで有名な初期裁判例、及び、反致の必要性を証明するためにしばしば挙げられる Raape の事例を簡単に検討した後で、反致の一般的かつ形式的性質は、本稿の問題の処理枠組みとして不十分であることを明らかにする。

(2) 抵触法上、反致が活発に議論される契機となったのは、フランスの有名な Forgo 事件判決である³⁹⁾。本件では、ドイツ・バヴァリアで出生した後、幼年から死亡するまでフランスに事実上の住所を有した Forgo 氏の動産相続が問題となったが、フランス破棄院は、本来の準拠法所属国であるバヴァリアの準拠法選択規則を参照することでフランス

37) 江川英文『国際私法 [改訂]』(有斐閣、1988) 64 頁、池原・前掲注 7) 195、197 頁、山田・前掲注 7) 58 頁、61 頁、溜池・前掲注 4) 147 頁以下参照。

38) 跡部定次郎「反致論ノ當否ヲ論シテ法例二九條ノ適用範圍ニ及フ」京都法学会雑誌 6 卷 11 号 41 頁、折茂豊「反致」国際法学会編『国際私法講座 第 1 卷』(有斐閣、1953) 188 頁、江川・前掲注 3)、須藤次郎「反致論に関する一考察」(慶応) 法学研究 25 卷 7 号 (1952) 432 頁、塚場準一「国際私法の現代的意義—反致主義の理論的基礎付けへの試論—」一橋論叢 44 卷 4 号 (1960) 503 頁、林脇トシ子「反致論をめぐって」(慶応) 法学研究 28 卷 6 号 (1952) 466 頁、桑田三郎「アメリカ国際私法における反致問題—シュナイダー事件を中心として」法学新報 62 卷 8 号 (1955) 11 頁、石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』(東京大学出版会、1980) 等。他にも、山田・前掲注 7) 62 頁参照。

39) Cass. civ. 24 juin 1878. 早川芳郎「フォルゴ事件」国際法学会編『国際法関係辞典 [第 2 版]』(三省堂、2005) 746-747 頁等も参照。

法を適用し、結論として、Forgo 氏の財産をフランス国庫に帰属させた⁴⁰⁾。同判決が反致を用いた根拠は必ずしも明らかでないが⁴¹⁾、本件において反致は、問題となった法的问题につき準拠法所属国と同一の準拠法を適用することで、各国準拠法選択規則の相違から生じる不都合を回避させる機能を果たしたといえよう⁴²⁾。

他にも、Forgo 事件以前の裁判例で反致を用いたものとして、イギリスの *Collier v. Rivaz*⁴³⁾ が挙げられる。本件では、ベルギー及びイギリスの各方式に従い作成された遺言及び六つの遺言補足書の形式的有効性が問題となった⁴⁴⁾。裁判所は、ベルギー方式で作成された遺言及び二つの遺言補足書については準拠法であるベルギー実質法を適用する一方、イギリス方式で作成された四つの遺言補足書についてはベルギー抵触法からの反致を認め、イギリス実質法を適用することで、結論として、全ての遺言及び遺言補足書の形式的有効性を肯定した⁴⁵⁾。裁判所は、このような処理の理由として、イギリス裁判官は本件をベルギーの裁判官として判断せねばならない、という原則を挙げた⁴⁶⁾。学説上、本判決に対しては、抵触法上の法指定の対象を外国実質法或いは外国抵触法のいずれかに定めず、両者を選択的に指定した点に批判があるが⁴⁷⁾、本判決の結論に対しては、遺言保護 (*favor testamenti*) という実質法的価値の実現という観点から肯定的な評価がなされている⁴⁸⁾。

40) *Ibid.* 早川・同上参照。

41) *Ibid.* 但し、反致が用いられた理由は、バヴァリア法上認められる Forgo 氏の母方の傍系親族への相続権を否定し、内国法であるフランス法を適用して同財産を国庫に帰属させるためには、反致構成を採るのが都合がよかったため、という憶測もある (溜池・前掲注 4) 149 頁参照)。

42) 折茂・前掲注 38) 190 頁参照。

43) (1841) 2 Curt 855. See also, Dicey, Morris, & Collins, *The Conflict of Laws* (Sweet & Maxwell, 15th ed., 2012), at 81f; Cheshire, North, & Fawcett, *Private International Law* (Oxford, 14th ed., 2008), at 66f. 折茂・前掲注 38) 191 頁、並びに、そこに挙げられた文献、及び、石黒・前掲注 38) 205 頁以下も参照。

44) (1841) 2 Curt 855.

45) (1841) 2 Curt 855. See also, Dicey, Morris, & Collins, *supra* note 43, at 81f; Cheshire, North, & Fawcett, *supra* note 43, at 66f.

46) 以下の有名な記述である。“The court sitting here to determine it, must consider itself sitting in Belgium under the peculiar circumstances of this case.” (1841) 2 Curt 855. 尚、この判旨に対し学説上、イギリス裁判所は、ベルギー裁判所が反致を用いてイギリス方式の遺言補助書につきベルギー実質法を適用する可能性を考慮していない、との指摘がある。Dicey, Morris, & Collins, *id.* at 81.

47) Dicey, Morris, & Collins, *ibid.*; Cheshire, North, & Fawcett, *supra* note 43, at 66f.

48) 例えば、Cheshire, North, & Fawcett, *id.* at 67 は、本判決の示した準則の一般

(3) このように、反致が準拠法所属国の抵触法を参照することで、準拠法所属国と法廷地との国際的判決の調和の達成に寄与することから⁴⁹⁾、学説上、その有用性を積極的に評価する見解がある。その内の一人である Raape は、以下の事例(本稿における「Raape の事例」。)を挙げ、反致は解決の国際的調和を促進する手段として有用であると主張する⁵⁰⁾。

ロシアに居住するスイス人の叔父と姪により締結されたロシア法上有効な婚姻は、スイス実質法上は無効であるが、スイスの抵触法によれば、外国で挙行される婚姻の有効性については婚姻挙行地法であるロシア法が準拠法となるため、スイス法秩序からみれば、結局のところ有効である⁵¹⁾。ところが、叔父と姪が後にドイツに住所を移し、ドイツ裁判所で一方が婚姻無効の訴えを提起する場合、ドイツ裁判所は、婚姻の成立につき本国法の適用を命じる自国準拠法選択規則に従ってスイス実質法を適用するため、同婚姻は無効となってしまう⁵²⁾。そのため、Raape は、この場合にドイツ裁判所は、準拠法所属国であるスイスの準拠法選択規則を考慮に入れ、反致(転致)⁵³⁾により、ロシア法の適用を認める必要があるとするのである⁵⁴⁾。

化は認めないとしつつも、「明白に表明されかつ本質的に異議のないものである遺言者の意思が、合理的に可能な限り尊重されるべきことは、明らかに望ましいことである」という理由で本件の判断を是認する。

また、石黒・前掲注38) 208頁、210頁は、本件裁判例における反致をイギリス国際私法の硬直性緩和のための回避装置(escape device)と捉える Morris (J.C.H. Morris, *The Conflict of Laws* (Stevens, 1971), at 471) の見解等を引いた上で、本判決の意図を以下のように再述する。即ち、「外国国際私法の指示に従うのは、いわゆる *favor testament*…という国際私法上の要請を満たすときのみであって、反致を認めることがかえって右の要請に反する結果となるならば、その場合には反致を認めない、ということである」。

49) 池原・前掲注7) 205頁以下、山田・前掲注7) 66頁、溜池・前掲注4) 159頁以下等参照。

50) Raape, *supra* note 3, at 410ff. また、江川・前掲注3) 819頁以下も参照。

51) Raape, *id.* at 413.

52) *Ibid.*

53) 転致(Weiterverweisung [独]、le renvoi au second degré [仏])とは、例えば、F国の準拠法選択規則によればA国法によるべき場合に、A国準拠法選択規則によればB国法とされるとき、B国実質法を適用することをいう(溜池・前掲注4) 149-150頁参照)。これをRaapeの事例に当てはめると、ドイツの準拠法選択規則の指定するスイス法によるべき場合であるが、スイスの準拠法選択規則がロシア法を指定するので、ロシア実質法を適用することとなる。

54) Raape, *supra* note 3, at 413.

一見、上記の Raape の事例及び主張は、反致（転致）の有用性及び必要性を証明するように思われる。しかしながら、かかる Raape の主張に対しては、以下のような反論がなされている。即ち、同事例を、準拠法所属国以外の第三国が前者からの反致を受け入れるという要件を課す場合とそうでない場合とに分けて検証することで⁵⁵⁾、結局反致（転致）が当事者の期待を尊重することになるのは偶然に過ぎないという反論である⁵⁶⁾。また、我が国の江川英文教授も、上記の Raape の事例に対し、もし一旦適法に成立したとされる法的関係を無効とすることが妥当でないと考えるならば別途対応すべきであり⁵⁷⁾、そのために反致が一般的に承認されねばならないと言えるかどうかは疑問である、と指摘している⁵⁸⁾。

(4) 確かに、反致は、Raape の事例の解決のように、法廷地の準拠法選択規則の硬直性を緩和し⁵⁹⁾、各国準拠法選択規則の相違から生じる不都合を回避する機能があると言える⁶⁰⁾。だが、例えば Schwebel 事件においては、離婚当時、両当事者のドミサイルがあったハンガリー法が離婚

55) 具体的には、以下の論証である。即ち、転致は、準拠法所属国以外の第三国が、前者から自国への反致を受け入れることを前提条件としないため、第三国が自らの法に管轄を認めていなくても同国法が適用されることがある。反対に、第三国が準拠法所属国からの反致を受け入れるという要件（＝第三国抵触法上、当該法的関係につき自国法を通常適用される法として規定していること。実定法上の例として、イタリア国際私法 13 条 1 項 (a) 等が挙げられる）を課したとしても、例えば、上述の Raape の例で、準拠法所属国スイスが狭義の反致を認めず、第三国ロシアが狭義の反致を認めれば、結局いずれの法秩序もロシア法を指定するにも拘わらず、第三国ロシアが同国準拠法選択規則上、当該法の問題につき管轄を認めておらず、転致の要件が充足しないので、ロシア法への転致が成立しないことになるのである。P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, *Recueil des cours* 327 (2007), at 330, footnote (542), at 342. 尚、恐らく後者の場合には、転致が成立しないため、法廷地の通常の準拠法選択規則に従い、スイス法が適用されるものと思われる。

56) *Id.* at 341f.

57) 江川教授は、ここで、本章第二節一で挙げるオランダの Meijers の見解を挙げているが、教授自身の同学説に対する評価はなされていない（江川・前掲注 3）820-821 頁）。

58) 江川・同上 820 頁。

59) See, e.g. Dicey, Morris, & Collins, *supra* note 43, at 85. 石黒・前掲注 38) 234 頁以下、及び、石黒一憲『国際私法 [第 2 版]』（新世社、2007）239 頁は、*Collier v. Rivaz* 判決において既に反致という法理論には、事案の柔軟性の確保という目的と反致という法律構成という手段との間に乖離が存在したと指摘する。

60) 池原・前掲注 7) 205 頁以下、山田・前掲注 7) 66 頁、溜池・前掲注 4) 159 頁以下等参照。

準拠法となるが、同国の準拠法選択規則によってもユダヤ方式による離婚は有効とされないため⁶¹⁾、同事件において反致は、Raapeの主張するような解決の調和を達成するとはいえない⁶²⁾。そもそも反致は、既に外国で有効に形成された身分関係の存在如何に拘わりなく、法廷地の準拠法選択規則によれば準拠法となる国の抵触法を参照し、自国法或いは第三国法を適用するという法理論であるため、既にある身分関係が法廷地の準拠法選択規則が指定する準拠法とは異なる外国法により形成されていた場合であっても、反致により当該外国法が適用されるとは限らない。

かかる反致の一般的かつ形式的性質に鑑みれば、反致は、外国で既に成立した身分関係の処理のための枠組みとしては適切でないといえよう。尚、学説上は、反致の一般的かつ形式的な運用を緩和し、抵触法上の利益考慮の手段としての反致を肯定的に捉える見解⁶³⁾や、反致条項である法例旧29条〔通則法41条(但書きを除く)〕の解釈により反致を柔軟かつ機能的に用いることで、事案毎に妥当な連結を確保しようとする見解がある⁶⁴⁾。これらの見解に対しては、法的安定性や文言解釈の点

61) 本節三において述べる *Schwebel v. Unger* (1964) 42 D.L.R. (2d) 622 事件控訴審判決参照。但し、同裁判所は、反致の可能性について明確に検討しておらず、当事者のドミサイルのあったハンガリー法、及び、離婚の行為地であったイタリア法上、*gett* による離婚は無効であるという専門家意見書に言及するのみである。 *Ibid.*

62) 尚、国際的判決の調和が達成されるか否かは関係外国が反致主義を採るか否かといった条件に依存するため、国際的判決の調和という根拠は、反致の実際的根拠として不十分であると指摘される(池原・前掲注7) 208-209頁、山田・前掲注7) 66頁、溜池・前掲注4) 159頁等参照)。

63) 池原・前掲注7) 211-212頁、及び、山田・前掲注7) 67-68頁、木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論 [第5版]』(有斐閣、2007) 57頁等が挙げられる。池原教授は、「反致を認めるか否かは、国際私法の発達の現状において準拠法を選択する際の国際私法的利益の衡量の問題として、合目的に且つ個別的に考えるべきであろう」とし、反致を抵触法上の一般法理論として広く認めるのでなく、抵触法上の利益衡量の手段として捉える(池原・同上)。また、山田教授は、上記の池原教授の見解に賛成した上で、「通常の連結 (*gewöhnliche Anknüpfung*) を維持すべき利益…、準拠法の適用が容易であり、迅速、確実にして実際の裁判をなすという秩序利益…、裁判の国際的調和の利益…などの諸利益が比較衡量されたうえで反致の成否が決められるべきである」とする(山田・同上 68頁。ここで山田教授は、G. Kegel, *Internationales Privatrecht* (München, 7 Aufl., 1995), S. 287ff を引用している)。

64) 石黒・前掲注38) 1頁以下、及び、石黒・前掲注59) 239-242頁。石黒教授は、事案と本国法とが何ら関連を有さない場合にも本国法が適用されるという、法例〔通則法〕における本国法主義の硬直性への対応として、法例旧29条〔通則法41条(但書きを除く)〕の反致条項の文言の縮小解釈(=本国が法廷地から見て事案とより密接に関連する場合には反致を成立させない)、及び、括

から批判があるが⁶⁵⁾、本稿の観点からは、以下の点が問題となる。先ず、前者については、法廷地の準拠法選択規則によれば準拠法となる国の準拠法選択規則を参照するという反致の構造上、Schwebel 事件のように、準拠法国の準拠法選択規則が指定する法が有効と認めない身分関係は救済されない、という問題がある⁶⁶⁾。また、反致を抵触法上の一般例外条項として位置付ける後者の見解については⁶⁷⁾、確かに、この見解によれば、本国連結が採用されることの多い身分関係に対し事案に応じた最密接関連地法の適用が可能となる。しかし、一般例外条項としての反致の適用にあたり、最密接関連地法が抵触法的な客観的関連性により選択されるならば⁶⁸⁾、Schwebel 事件のように、形成された身分関係がそれを有効と認める法秩序との関係で時間的及び空間的関連を欠く場合には、同見解は十分に機能しない。よって、以上のいずれの見解によっても、反致により本稿の想定する事案を処理することには問題が残ると言えよう。

三 先決問題〔従属連結説(本問題準拠法所属国抵触法説・準拠法説)〕

(1) 1930年代に Melchior 及び Wengler らにより抵触法上の課題として認識されるに至った先決問題は⁶⁹⁾、抵触法上、一般に、裁判所で解決されるべき法的関係の確定が他の法的問題に依存する場合における後者

張解釈(=①本国主義が形骸化していること及び②具体的本拠が法廷地たる日本であることが明白であること、という要件の下、本国の抵触法の規定に拘わりなく、日本法を適用する)を通じ、事案毎に最も密接に関連する法への連結を確保することを目指す(石黒・前掲注38)179-180頁、石黒・前掲注59)240-242頁参照)。

65) 道垣内・前掲注5)223-224頁参照。

66) 例として、上述の Schwebel 事件が挙げられる。

67) 石黒・前掲注59)240-242頁。また、神前禎=早川吉尚=元永和彦『国際私法【第3版】】(有斐閣、2012)65-66頁[元永和彦]も参照。

68) 一般例外条項において考慮されるべき要素については、本章第二節二で後述するように、最密接関連性に基づく一般例外条項に関しても問題となる。

69) G. Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts* (Leipzig, 1932), at 245-265; W. Wengler, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 8 (1934), at 148-251. 佐藤やよひ「ヴェングラーの先決問題理論とその国際私法理論」甲南法学40巻3・4号(2000)371頁、372頁、三浦正人「先決問題における準拠法説について」『国際私法の基本問題 久保岩太郎先生還暦記念論文集』(有信堂、1962)105-106頁注(1)参照。

の問題のことをいう⁷⁰⁾。例えば、Aの遺産の相続が法廷地で問題となった場合に、法廷地の準拠法選択規則により指定される相続準拠法上、養子に相続権が認められているとする⁷¹⁾。このとき、Aとその養子とされるBとの養子縁組の成立の問題は、遺産の相続という「本問題」に対する「先決問題」と位置付けられる⁷²⁾。抵触法上は、先決問題の解決につき用いるべき準拠法選択規則を何れの国の法とするかが問題となるが、これについては、法廷地の準拠法選択規則によるとする法廷地抵触法説と、本問題の準拠法所属国の準拠法選択規則によるとする従属連結説とが対立してきた⁷³⁾。先決問題の詳細な検討については他の文献に譲り⁷⁴⁾、本稿では、外国準拠法選択規則を参照することで本問題準拠法所属国における解決との調和を図る従属連結説が、本稿の想定する事案の処理枠組みとして適切か否かを検討する⁷⁵⁾。

(2) 最初に、従属連結説による処理の好例とされるカナダの *Schwebel v. Unger*⁷⁶⁾ を概観し、同説の機能と本稿の観点からの限界を明らかに

70) 舛場準一「国際私法上の先決問題の問題について」『国際私法の基本問題 久保岩太郎先生還暦記念論文集』(有信堂、1962) 131頁、132頁参照。但し、同論文は、かかる問題を「先決問題」と呼称する。

71) 中西ほか・前掲注1) 121頁参照。

72) 同上参照。

73) 三浦正人「国際法上の先決問題について」国際法外交雑誌 66巻2号(1967) 121頁、122-123頁参照。尚、前者は、他にも独立連結説や先決問題不存在説と呼称される(道垣内正人「先決問題」櫻田嘉章=道垣内正人『国際私法判例百選[第2版]』(有斐閣、2012) 6-7頁参照)。

74) 既に挙げた文献の他、久保岩太郎『国際私法構造論』(有斐閣、1955) 138頁以下、江川英文「親子間の法律関係を定むる国際私法規定の適用に関する若干の問題(二・完)」国際法外交雑誌 36巻7号(1937) 619頁、桑田三郎『国際私法研究』(文久書院、1966) 125頁以下、三浦・前掲注69) 101頁、同『国際私法における適応問題の研究』(有斐閣、1964) 321-267頁、井之上宜信「国際私法における先決問題について」高岡法学 5巻1・2号(1994) 277頁、金汶淑「国際家族法上の先決問題について(一)(二・完)」民商法雑誌 124巻3号 359頁、4・5号 646頁(2001)等。

75) 尚、本稿は、外国で有効に形成された身分関係の有効性を法廷地でも認めるアプローチとして、法廷地の準拠法選択規則の適用の排除を認める法理論を検討するものであるため、先決問題の処理につき法廷地の準拠法選択規則を用いる法廷地法説(先決問題不存在説)については、検討対象から外した。

76) (1964) 48 D. L. R. (2d) 644, affirming (1963) 42 D. L. R. (2d) 622, which reversed (1963) 37 D. L. R. (2d) 467. 評釈として、A. Hooper (1964) 27 *M.L.R.* 727; K. Lysyk (1965) 43 *Can. Bar Rev.* 363; T. C. Hartley (1965) 4 *W. L. Rev.* 99; P. R. H. Webb (1965) 14 *I.C.L.Q.* 65; W. Wengler (1965) *Rev. crit. DIP*, at 321. また、Dicey, Morris, & Collins, *supra* note 43, at 57f; Cheshire, North, & Fawcett, *supra* note 43, at 52-54; J. McLeod, *The Conflict of Laws* (Carswell, 1983), at 50-55等。本件に触れる邦語文献として、石黒・前掲注59) 250頁以下、金・前掲注74) 656頁以下

する。本件では、後婚の成立（妻の婚姻能力）が争われた際に、前婚の解消の有効性が問題となった。

【事案の概要】1945年、ハンガリーにおいて婚姻したユダヤ教徒であるハンガリー人A男及びY女は、イスラエルへの移住の途中の1948年、短期的に滞在したイタリアの難民キャンプにおいて、ユダヤ教の方式（*gett* 離婚状）⁷⁷⁾に従い離婚した。その後Y女は、イスラエルでの7年半の居住の後、最終的には、カナダのオンタリオ州に至り、1957年、同州のカナダ人男性Xと婚姻した。その後、XYの夫婦仲に問題が生じたため、夫X（原告）は、オンタリオ州裁判所において、妻Y（被告）のイタリアにおける前婚の離婚が無効であるとし、重婚を理由とするオンタリオ州での後婚の無効確認の訴えを提起した。

イタリアでユダヤ方式による離婚が行われた当時、AYらのドミサイルはハンガリーにあったとされたため、オンタリオ州の通常の準拠法選択規則によれば、離婚の準拠法はハンガリー法となる⁷⁸⁾。しかし、ユダヤ方式の離婚は、その後取得されたYのドミサイルであるイスラエル法（抵触法を含む）によれば有効であるが、ハンガリー法上は無効となるという事情があった⁷⁹⁾。尚、同事件におけるイスラエル法の鑑定人証

等がある。

77) ユダヤ法においては、夫の要求により作成された *gett*（離婚状）が妻に対して申し渡されることで離婚が正式に成立するとされ、*gett* には、当事者の氏名、作成の時及び場所、当該文書が婚姻関係の解消のための離婚状であることの宣言が含まれる。J. D. Bleich, *Jewish Divorce: Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement*, 16 *Conn. L. Rev.* 201 (1983-1984), at 201. See also, D. Gordon, *Foreign Divorces: English Law and Practice* (Avebury, 1988), at 36-45. アリエル・ピン・ナン（半田伸訳）『イスラエル法入門』（法律文化社、1996）82頁以下も参照。

78) (1963) 37 D. L. R. (2d) at 467. 尚、オンタリオ州の抵触法によれば、外国で下された離婚判決（*decree*）は、離婚当時の当事者のドミサイルのある地の裁判所により下された場合に加え、ドミサイルのある地の抵触法によれば承認される場合にも、法廷地において有効として扱われる（e.g. *Armitage v. Attorney-General*, (1906) P. 135; *Watker v. Watker*, (1950) 4 D.L.R. 235）。See also, Hartley, *supra* note 76, at 105, 101f. また、所謂裁判外で行われる離婚（*extra-judicial divorce*）は、離婚当時の当事者のドミサイルのある地の法により有効である場合には法廷地において有効とされる（e.g. *Har-Shefi v. Har-Shefi* (No.2), (1953) P. 220; *Dame Goldenberg v. Triffon*, (1955) C.S. 341）。See also, Hartley, *id.* at 105, 104f. 以上の *Schwebel* 事件以前の規則によれば、本件におけるイタリアでの離婚は、ハンガリー法上無効であり、仮に *gett* による離婚を判決（*decree*）と考えたとしても（see, Lysyk, *supra* note 77, at 317）、いずれにせよハンガリー抵触法上、当該離婚は承認されないため、当該離婚が法廷地で承認されることはない。

79) (1963) 37 D. L. R. (2d) at 467.

拠によると、イスラム法上、*gett* は如何なる場所で申し渡されても有効であるとされ⁸⁰⁾、また、XY らがオンタリオ州におけるユダヤ教の Rabbi に対し同人らの婚姻について相談する際、妻 Y は、自己が独身であることを証明する趣旨のイスラエル国の証明書を提出していた⁸¹⁾。

【判旨】原告夫 X の請求を認容した原審判決に対する控訴審（オンタリオ州控訴院）は、概略以下のように述べ、ユダヤ方式による離婚を有効とし後婚の有効性を認めた。

先ず、裁判所は、ここでの問題は、「Y の人的地位が、1957 年に X と婚姻した際、既婚であったか或いは独身であったか」⁸²⁾ であるとする。これを決定するためには、オンタリオ州法の下でイタリアでの離婚手続きに付与される効果ではなく、夫 X との後婚当時、妻 Y のドミサイルが存在したイスラエルの法の下で当該手続きに付与される効果について審査せねばならない⁸³⁾。問題は、Y が自らの地位を得た手段ではなく、ドミサイルの法の下での Y の地位であるからである⁸⁴⁾。そして、裁判所は、これに反する形でオンタリオ州法に従いオンタリオ州にドミサイルを有さない者の人的地位を判断することは、跛行的婚姻関係が問題となった過去の裁判例で言及された社会悪を齎す結果となるだろう、と述べる⁸⁵⁾。本件離婚は、離婚当時ドミサイルのあった地の法であるハンガリー法上無効とされることから、この点において、本件結論は従来裁判例⁸⁶⁾とは異なるため⁸⁷⁾、本件は、従来オンタリオ州抵触法上の規則⁸⁸⁾に対する例外と考えられねばならない⁸⁹⁾。このような解決がなされる理由は、Y が、オンタリオ州に訪れる以前、さらには、後婚の締結によりオンタリオ州のドミサイルを獲得する以前に、イスラエルにおいてドミ

80) (1963) 42 D. L. R. (2d) 622, at 622. See also, Webb, *supra* note 76, at 660.

81) *Id.* at 623.

82) *Id.* at 626.

83) *Id.* at 633.

84) (1963) 42 D. L. R. (2d), at 633.

85) *Ibid.*

86) 具体的には、Le Mesurier v. Le Mesurier, (1895) A.C. 517; Armitage v. Attorney-General, (1906) P. 135; Mountbatten v. Mountbatten, (1959) P. 43; Har-Shefi v. Har-Shefi (No.2), (1953) P. 220 を引用する。(1963) 42 D. L. R. (2d), at 626-633.

87) (1963) 42 D. L. R. (2d), at 633-634.

88) 前掲注 78) 参照。

89) *Id.* at 633-634.

サイルを獲得しており、その地の法によれば、イタリアにおける離婚が有効と認められるからである⁹⁰⁾。

【考察】本判決がオンタリオ州抵触法上の外国離婚に適用される準拠法選択規則の適用を排し、イタリアにおける離婚の有効性を認めた法的根拠は、判旨からは必ずしも明らかでない⁹¹⁾。だが、先決問題の従属連結説によれば、以下のような説明が可能となる。即ち、前婚解消の有効性の問題を、妻 Y の婚姻締結能力の問題に対する先決問題と考えた上で、先決問題たる前婚の解消の有効性については、本問題である妻 Y の婚姻締結能力の準拠法所属国であるイスラエルの抵触法により指定される法に従い判断した、という説明である⁹²⁾。このように、従属連結説は、外国で一旦有効に形成された離婚を法廷地でも有効に扱う法理論として、本件との関係では有効に機能したと評価出来よう。

しかしながら、本件においてイタリアでの離婚を有効とするイスラエル法秩序が本問題準拠法所属国として指定されたことは、単なる偶然でしかない。例えば、後婚前に前婚の解消の確認の訴えが提起された場合や、後婚当時、既に妻 Y のドミサイルがオンタリオ州にあった場合、イスラエル法秩序が妻 Y の婚姻締結能力という本問題の準拠法所属国として指定されることはない⁹³⁾。換言すれば、先決問題の現れ方は訴訟戦略や時間的要因に依存するため⁹⁴⁾、有効な身分関係の維持が問題となるような本稿の想定する事案の解決にとって、従属連結説は必ずしも十分な処理枠組みを提供するとは言えないのである。

(3) 以上の考察から、外国準拠法選択規則によれば有効である法律関

90) (1963) 42 D. L. R. (2d), at 634.

91) 尚、本件 XY 夫婦が、オンタリオ州における Rabbi の面前で婚姻した後、数年間の夫婦生活の中で子どもを一人もうけていたこと、また本件の実際上の争点がカナダ・トロントにある夫婦の住居に対する妻 Y の権利であったこと (Dicey, Morris, & Collins, *supra* note 43, at 58) 等の事情からは、前婚解消の無効により後婚までも無効とすることは妥当でないとの裁判官の考慮があったことが容易に推測されよう。

92) 従属連結説を採ったものと解するものとして、Wengler, *supra* note 76 があるが、他方、オンタリオ州の新たな外国離婚の承認規則が示されたと解するものもある (See, e.g. Hooper, *supra* note 76, at 730; Hartley, *supra* note 76, at 106-107)。また、以下の見解は、どちらかといえば前者の解釈に肯定的である。Lysyk, *supra* note 76, at 374ff; McLeod, *supra* note 76, at 52-55; Dicey, Morris, & Collins, *supra* note 43, at 58; Cheshire, North, & Fawcett, *supra* note 43, at 52-54.

93) Dicey, Morris, & Collins, *supra* note 43, at 58; Lysyk, *supra* note 76, at 378f.

94) 道垣内・前掲注 5) 132 頁。

係を法廷地においても有効と認める従属連結説の機能、及び、それが本稿の想定する事案の解決枠組みとしては不十分であることが明らかになった。これに対し学説上は、従属連結説を相対化することで事案に応じた先決問題の処理の柔軟化を図るものがある⁹⁵⁾。上述の純粋な従属連結説による処理と比べ、以下の見解は、本稿の想定する事案の解決につき、より適切な処理枠組みを提示し得るといえる。しかし、以下述べるように、本稿の問題は先決問題としてだけでなく本問題としても問題となり得るため、先決問題の処理枠組みである従属連結説による解決ではなお不十分であること、また、後述の Wengler の見解に至っては、事案類型に応じた個別化により、先決問題の処理が複雑化している点に運用面での困難があることが指摘出来る。

① 先ず、従属連結説を法廷地抵触法説との関係で相対化するフランスの Lagarde は、先決問題に対する準拠法選択規則の管轄という観点から、以下のように従属連結説を理論付ける⁹⁶⁾。第一に、先決問題につき法廷地抵触法の管轄が排除される根拠は、先決問題の法廷地法秩序に対する遠隔性 (éloignement)、即ち外国で生じた状況と法廷地法との接触 (contact) が欠如していることにあり⁹⁷⁾、第二に、その代わりに本問題準拠法所属国抵触法が適用される根拠は、本問題に適用される外国法の内的論理を尊重する必要性があるためであるとする⁹⁸⁾。Lagarde は、先決問題に対する従属連結説を原則とした上で、先決問題と法廷地法秩序との関連性が確立され、同問題が法廷地法秩序に組み込まれている (insérée)⁹⁹⁾ 場合には、法廷地抵触法が先決問題を例外的ないし補足的に規律することとなるのである¹⁰⁰⁾。

95) 本稿で取り上げるものの他、各国裁判例の詳細な分析を行うことで事例毎に先決問題の処理規則を定立することを試みるものとして、A. E. Gotlieb, *The Incidental Question Revisited—Theory and Practice in the Conflict of Laws*, 26 *I.C.L.Q.* 734 (1977) がある。

96) P. Lagarde, *La règle de conflit applicable aux questions préliminaires*, *Rev. crit. DIP* (1960), at 459. また、三浦・前掲注 73) 135-137 頁参照。

97) Lagarde, *id.* at 468f.

98) *Id.* at 407.

99) 具体的には、自然的組み込み (法廷地裁判所が法的状況を形成したか、法的状況が法廷地法に規定される方式による場合) と、人為的組み込み (外国裁判の執行が求められた場合) が挙げられる。*Id.* at 481f.

100) *Id.* at 479.

Lagarde の見解に対しては、従属連結説と同様、本問題の準拠法所属国法に先決問題の処理を委ねたとしても、問題となる法律関係が必ずしも有効とならない点が本稿の観点からは不十分であると指摘できる。一方では、本稿の想定する事案は、例えば婚姻や離婚の戸籍吏への登録の際に外国で形成された婚姻や離婚の有効性が問題となる場合等、必ずしも何らかの本問題に対する先決問題として争いになる訳ではなく、他方で、Schwebel 事件に対する考察で述べたように、本問題の準拠法所属国の準拠法選択規則が、常に先決問題となった身分関係を有効とする法を指定する訳でもないのである。さらに、Lagarde の見解については、先決問題について問題となる外国法秩序との関連性の有無が、本問題との関係では全く問題とされない点も、理論的整合性に欠けるように思われる¹⁰¹⁾。

よって、従属連結説を相対化する Lagarde の見解も、本稿の問題解決のための処理枠組みとしては適切でないとと言える¹⁰²⁾。

② 次に、従属連結説の提唱者でもある Wengler は、1961 年及び 1966 年公表の論文により自身の先決問題論を一層発展させている¹⁰³⁾。Wengler は、法廷地は先決問題が当該先決問題の準拠法所属国において本問題として争われたときと同じ準拠法を常に適用しなければならないのか¹⁰⁴⁾、という問題提起をした上で、Lagarde の見解と比べ、一層個々の状況に応じた先決問題の処理の個別化を行う¹⁰⁵⁾。例えば、法廷地の準拠法選択規則

101) この点に関し、Lagarde は、本章第二節一で後述するベネルクス条約が奏功していない要因は、一般的な形で最も関連を有する外国法秩序の抵触法を適用するという、野心の大きさ (*l'ampleur de ses ambitions*) にあるし、遠隔性による法廷地準拠法選択規則の排除の射程を先決問題に限定すべきである、と述べる。 *Id.* at 470.

102) 尚、山田鎌一教授らが好意的に評価する以下の先決問題折衷説は、上記の原則＝例外関係を逆転したものといえるが、本稿の観点からは同様の問題が指摘出来よう。尚、先決問題折衷説とは、山田教授によれば、「事案の諸事情から国際私法的な利益衡量をし」、以下のような場合には、例外的に準拠法所属国抵触法を適用するという考えである。即ち、①先決問題の事実関係が法廷地と関連を欠く場合、②本問題につき法廷地と準拠法所属国との間で裁判の調和が得られる場合、③法廷地の裁判の国内調和が乱れる恐れのない場合、④本問題に照らした当事者の利益保護等の見地から合理性が認められる場合等である (山田・前掲注 7) 161-163 頁)。

103) W. Wengler, *General Principles of Private International Law, Recueil des cours* (1961 III), at 354ff; W. Wengler, *Nouvelles réflexions sur les « question préalable »*, *Rev. crit. DIP* (1966), at 165. また、三浦・前掲注 73) 138-141 頁も参照。

104) Wengler 1966, *id.* at 166. 三浦・同上 139 頁参照。

105) 三浦・同上 138-139 頁参照。

によれば有効性が否定される法律関係の存在が、外国の準拠法選択規則により認められる場合において、準拠法選択に関し当該法律関係の形成当時の関連国間で一致が無いならば、法廷地は、それを有効に形成し得た国の法的観点に従うべきだろうとされる¹⁰⁶⁾。反対に、法廷地の準拠法選択規則によれば有効とされる法律関係が、その効力につき管轄を有する外国の準拠法選択規則によれば無効とされる場合においては、法廷地の準拠法選択規則を適用することが唯一の解決ではなく、法廷地裁判所は、複数の関係国間で共通する原則に可能な限り近似する特別規則 (*un droit spécial*) に基づき、衡平 (*équité*) による解決を試みることも出来るとされる¹⁰⁷⁾。尚、これらの処理の背景には、法律関係の有効性を維持すべきであるという Wengler の考えがあることが指摘されている¹⁰⁸⁾。

このように、本問題準拠法所属国以外の法秩序の準拠法選択規則の適用を認める Wengler の見解は、確かに既に形成された法律関係の有効性を尊重しようとする点で、本稿の問題関心に沿うものである。だが、個別具体的な事案においてかかる考慮を行うことは、先決問題の処理の複雑化・混乱を招くように思われ賛成できない。とりわけ、上述した衡平による解決といった処理については、法廷地裁判官に大きな裁量の余地を認めるものであり、予測可能性や法的安定性の観点からは問題が多いように思われる¹⁰⁹⁾。

106) Wengler 1966, *supra* note 103, at 185f.

107) *Id.* at 215.

108) 三浦・前掲注 74) 21 頁参照。他にも、有効性の尊重の考慮がなされていると考えられる処理としては、法廷地並びに本問題たる相続準拠法の所属国 A 国の準拠法選択規則によれば、先決問題たる婚姻が無効となる場合であっても、事案と関連を有する (例、関係者のドミサイルがある等) 第三国 B 国の準拠法選択規則によれば当該婚姻が有効とされる場合、当該婚姻を有効と扱うべきである、というものがある。Wengler 1966, *id.* at 180f. ここでは、遺言を残さず死亡した婚外子であるフランス人の財産相続に際し、同人と母を同じくする妹との親族関係の存否が先決問題として争われた Witschy 事件 (Cour d'appel de paris, 29 juin 1963, *Rev. crit. DIP* (1964), at 300, note Graulich) が引用されている。同事件において、パリ控訴院は、フランス準拠法選択規則を適用せず母の本国法たるスイス実質法を適用した。その理由は、スイス法が出生の事実のみで婚外母子関係を認めているからというものであった (以上、三浦・前掲 74) 127-128 頁参照)。Wengler は、同事件の背景には、両人らの親族関係を肯定し、遺産を国庫に帰属させないという裁判所の考慮があったとみている。Wengler 1966, *id.* at 181, footnote (1)。

109) また、そもそも先決問題が本問題準拠法の適用に対する前提的問題という形で認識されたことを考えると、先決問題の準拠抵触法として、本問題の準拠法所属国以外の外国抵触法が選択される余地はなかった筈である。この意味で、

(4) 以上の考察から、国際的な身分関係の継続に向けた先決問題論による処理の以下のような問題点が明らかになった。即ち、一般的かつ形式的な先決問題従属連結説による処理は、本稿の想定する事案の解決のためには不十分であること、また、後期 Wengler の見解で問題とされた国際的な法律関係の有効性の維持という考慮も、先決問題の処理の複雑化・混乱を招くものとして問題があるということである¹¹⁰⁾。

先決問題たる法律関係を有効とする法を指定する抵触法を適用するといった Wengler の先決問題論は、先決問題の本来の処理から乖離するものであると言えよう。

110) 尚、金(二)・前掲注 74) は、国際的な身分関係の安定という観点から、「一定の法律行為または一定の者に抵触法上特別に法律の優遇あるいは保護 (favor juris) を与えようとする」(溜池・前掲注 4) 61 頁)「優遇の原則 (Günstigkeitsprinzips)」により、先決問題法廷地法説に対する例外として、先決問題で問題となる身分関係を有効とする法を選択することを認めるべきであるとする。しかし、先決問題論の枠内にかかる特別な考慮を行うよりも、後述のように、対象を先決問題に限定することなく、形成された身分関係を有効とすべきか否かを直接問題とする処理の方が国際的な身分関係の安定により資すると考えられ、要件の明確性という観点からも望ましいと思われる。