

論 説

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 (2)

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、262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〕（以上、本号）

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

第二節 例外的アプローチ

本節では、例外的な形で一定の場合に限り、法廷地の通常の準拠法選択規則により指定される法の適用を排除するアプローチの妥当性を検討する。以下、形式別に、条約、各国実定抵触法上の規定、及び学説の順に検討する。ここでの目的は、これら例外的アプローチの抵触法上の根拠を確認すること、及び、それぞれのアプローチを Raape の事例¹⁾ 及び Schwebel 事件²⁾ にあてはめることで、各アプローチが本稿の想定する事案の解決枠組みとして妥当か否かを検討することである。

一 条約

1. ベネルクス条約

(1) 先ず、古くは、ベルギー・ルクセンブルグ・オランダから成るベネルクス三国により作成され、1951年の草案を経て成立した「国際私法についての統一法に関するベネルクス条約」(1969)³⁾の第21条2項(旧草案第25条2項)を挙げることが出来る⁴⁾。

1) 第二章第一節二. 反致(本誌262号(2015)163頁)を参照。

2) 第二章第一節三. 先決問題(本誌262号(2015)168頁)を参照。

3) 1951年の旧草案については、山田鐸一「ベネリユックス国際私法統一条約」法協71巻4号(1953)410頁以下、1968年の新法については、欧龍雲「国際私法に関するベネリユックス三国の統一法」法学研究(北海学園)7巻1号(1971)245頁以下に、簡単な解説及び条文の和訳がある。同条約は発効されるに至らなかったものの、その後、ベネルクス三国が同条約を基礎としてEEC委員会に提出した国際私法統一の提案により、1991年の所謂ローマ条約(ないしローマI条約)の作成へと至ることとなる(経緯につき、例えば、出口耕自「ローマIIおよび通則法における名誉毀損」法學論集(上智)54巻2号(2010)1頁、51頁以下及びそこに挙げられた文献参照)。

4) ベネルクス条約21条2項に類似する規定として、米州機構(OAS)の第2回米州国際私法専門会議で採択された「国際私法の一般規則に関する米州条約」

第21条2項「法律関係が、その発生または消滅の時ににおいて、その法律関係と本質的に（*essentiellement*）関係を有する国（*des pays*）の国際私法による準拠法に従い、ベルギー・ルクセンブルグ・オランダの外において、発生または消滅したとき、その発生または消滅は、本法の規定による準拠法に反するとしても、ベルギー・ルクセンブルグ・オランダにおいて等しく承認される。」⁵⁾

本規定は、ある法律関係が形成された時ににおいて関係を有した全法秩序による準拠法指定の一致を要件とし、法廷地の準拠法選択規則の適用を排除するという規定であるとされる⁶⁾。また、同条約は、当初オランダの *Meijers* によってオランダ新民法典草案として提出されたものが基となっており⁷⁾、同21条（旧草案25条）も、*Meijers* の学説に依拠するものであるとされる⁸⁾。*Meijers* は、反致（転致）を批判した上で、法廷地の抵触規則の適用を排除する原則を以下のように提唱する⁹⁾。即ち、「ある事実または法律行為が完成した時ににおいて、實際上競合する全ての国の法の抵触規則がある同一の法の適用を宣言する場合には、後の何らかの出来事により、前記事実または行為の法律上の効果を決定するのに偶然管轄を有するに至った、他の如何なる国の裁判官によっても、そ

(1979) の第7条を挙げることが出来る。

第7条「形成時に関連を有した全ての法（*all the laws*）に従い、ある加盟国で有効に形成された法的関係は、公序原則に反しない限り、他の加盟国で承認される。」（テキストは、<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-45.html> から入手可能）

- 5) 条文の全文は、F. Rigaux, *Le nouveau projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé*, 96-2 *Journal du droit international* (1969), at 334, 360 に掲載されている。条文の和訳につき、欧・前掲注3) 262頁参照。
- 6) 西賢「国際私法における最近の既得権説」同『国際私法の基礎』（晃洋書房、1985）1頁以下、9頁参照。
- 7) K. Nadelmann, *The Benelux Uniform Law on Private International Law*, 18 *Am. J. Comp. L.* 406 (1970), at 407. See also, L. I. de Winter, *La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé*, *Rev. crit. DIP* 57 (1968), at 38.
- 8) E. M. Meijers, *La question du renvoi*, *Bulletin de l'Institut juridique international* 191 (1938). 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 59f. *Meijers* の学説に言及する邦語文献として、例えば、桑田三郎「国際私法における外国抵触規定の効力（一）」法學新報（中央）65巻8号（1958）639頁、646-648頁、及び、西・前掲注6) 8-10頁等。
- 9) *Meijers, id.* at 222ff.

の法が等しく適用される」¹⁰⁾ という原則である。

(2) このように、Meijers が関係諸国の指定する準拠法の一致¹¹⁾ を理由として法廷地の準拠法選択規則の適用を排除する根拠は何だろうか。Meijers は、ベネルクス条約 21 条 2 項の基となった旧条約草案 25 条 2 項が外国で宣告された離婚または別居につき最も重要な規定であるとするが、同規定の根拠については述べていない¹²⁾。また、同条約の註釈によれば、同規定の趣旨は、「ある法律関係が特定国の領域外の本拠を有している場合には、同国はこの法律関係に係る諸国によって一致して認められるのと同じの解決を採用すべきである。この一致が国際私法の他の規定の適用により達成された時にも、偶然にもこの法律関係を裁判すべき国に行われているのと異なる国際私法の適用によって達せられたときでも、同様である」¹³⁾ と説明されるが、この説明から同規定の根拠は必ずしも明らかでない。

この点、西賢教授は、同規定はいわば抵触最低限の原則の発現であるとして、判決の国際的調和を目指す Wengler の国際的抵触最小限 (*le minimum de conflits internationaux*) の原則との共通性を指摘する¹⁴⁾。これに対し、Mayer は、反致と比較した同規定のアプローチの特徴の一つとして、法律関係の発生または消滅をなした行為の有効性を保護することに対し好意的である点を挙げる¹⁵⁾。その上で、同規定により法廷地の準

10) *Id.* at 225f. See also, Lewald, *supra* note 8, at 60.

11) 尚、関係諸国間における準拠法指定の完全一致を基本的要件とする Meijers に対し、Meijers の学説を継ぎ、同学説を「抵触規則の地域的変更 (*changement local des règles de conflit, örtlicher Kollisionsnormenwechsel*)」の理論として体系化した Makarov は、準拠法指定の一致は、優勢多数国 (*majorité prépondérante*) による一致で足りるとする。A. Makarov, *Les cas d'application des règles de conflit étrangers*, *Rev. crit. DIP* (1955), at 431, 444f. 西・前掲注 6) 11 頁も参照。

12) E. M. Meijers, *The Benelux Convention on Private International Law*, 2 *Am. J. Comp. L.* 1 (1953), at 4.

13) *Projet de la loi uniforme relative au droit international privé élaboré par la Commission belgo-hollando-luxembourgeoise pour l'étude de l'unification du droit*, *Rev. crit. DIP* 41 (1952), at 385ff. 西・前掲注 6) 9 頁も参照。

14) 西・同上 10 頁。「国際的抵触最小限の原則」とは、法廷地における準拠法選択は、同一の訴訟について管轄権を有する他国裁判所により指定される解決と法廷地における解決が同一となるように、なされるべきであるという原則であるとされる。W. Wengler, *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*, *Rev. crit. DIP* 41 (1952), at 611. 西・同上も参照。

15) P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, *Recueil des cours* 327 (2007), at 343.

拠法選択規則の適用が除外される根拠は、外国法秩序による準拠法指定が一致していることにあるのではなく、準拠法指定の集中により当事者において生じる期待(*prévisions*)にあるとする¹⁶⁾。換言すれば、Mayer は、同規定の根底には、「当事者が自らの行為の有効性につき当然に信頼を有し、かかる信頼が関係法秩序の集中する立場により強化される」¹⁷⁾ という発想がある、と考えるのである。

尚、Lagarde は、ベネルクス条約 21 条 2 項をはじめとする Meijers らの学説が未だ成功していないとした上で、その原因は、行為の形成時に法廷地と隔たりがある法的状況全てにつき法廷地の準拠法選択規則の適用を排除する、同学説の「野心の大きさ (*l'ampleur de ses ambitions*)」¹⁸⁾にあるとし、自らは、先決問題と法廷地との遠隔性の欠如のみを問題とする立場を採っている¹⁹⁾。

(3) では、上記ベネルクス条約 21 条 2 項の規定に従えば、本稿の問題は如何に解決されるだろうか。先ず、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、スイス実質法上は無効である婚姻の有効性に関する Raape の事例であれば、婚姻挙行地であるロシア及び当事者の本国であるスイス法秩序は、共に婚姻挙行当時に事案と関連性を有しており、かつ、婚姻の成立の準拠法としてロシア実質法を指定するため、ロシアで挙行されたロシア法上有効な婚姻は、結論として、法廷地であるドイツにおいても有効とされることとなろう。他方、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に関する Schwebel 事件については、離婚当時、事案と関連性を有したハンガリー及びイタリア法秩序は、ユダヤ方式による離婚を有効と認めず、他方で、離婚当時、事案と関連性を有さなかったイスラエル法秩序が問題となる余地はないため、当該離婚が有効とされることはないように思われる。

このように、上記条約の規定に従えば、Raape の事例のように適切な

16) *Id.* at 343f.

17) *Id.* at 344.

18) P. Lagarde, *La règle de conflit applicable aux questions préalables*, *Rev. crit. DIP* (1960), at 470. 例えば、ある法律関係の形成時に法廷地と関連が無くても、それを形成した外国判決の執行請求等が法廷地で問題となるならば、当該外国で形成された法律関係と法廷地との関連性は實際上確立される、とする。*Ibid.*

19) *Ibid.* 第二章第一節三. 先決問題（本誌 262 号（2015）168 頁）を参照。

解決が得られる場合もあるが、文言上、同規定は行為時を基準として事案と法秩序との関連性を問題とするため、Schwebel 事件のように、行為後にある法秩序と事案とが関連を有する至った場合、外国で生じた身分関係の有効性を認める処理枠組みとしては機能しない。よって、本稿の想定する処理枠組みとしては問題が残ると言えよう。

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

(1) 次に、婚姻という個別事項に関する条約であるが、「婚姻の挙行及びその有効性の承認に関するハーグ条約(以下、ハーグ婚姻承認条約)」(1978)を挙げることが出来る²⁰⁾。本条約は、1991年に発効し、現在のところ、オーストラリア・オランダ・ルクセンブルクの三カ国が批准し、エジプト・ポルトガル・フィンランドの三カ国が署名している²¹⁾。同条約は、婚姻の実質的成立要件及び形式的成立要件の準拠法に関する第1章、及び、外国で成立した婚姻の有効性の承認に関する第2章を中心に構成されるが²²⁾、本稿の観点から重要となるのは、後者である²³⁾。第2章の中核的規定とされる第9条1項は²⁴⁾、以下のように規定する。

第9条1項「挙行国の法律(law)上有効になされた婚姻又はその法律上有効になるに至った婚姻は、本章の規定に従い、全締約国において有効なものとなされる。」²⁵⁾

本規定は、条約全体を貫く基本理念である婚姻保護(favor

20) 尚、本条約の制定の背景等詳細については、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。

21) http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=88 (最終確認日 2015.06.02)

22) 池原・前掲注 20) 107頁参照。同条約は、第1・2章に加え、第3章(一般条項)、及び、第4章(最終条項)から構成される(同上)。

23) 尚、婚姻の実質的及び形式的成立要件を定める第1章と異なり、第2章は、批准及び署名の際、その適用を排除する旨の留保ができないことになっているため、第2章は、同条約の中核をなすと解されている(池原・同上参照)。

24) Åke Malmström, Explanatory Report on Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages, Tirage à part des Actes et documents de la Treizième session (1976), at 300.

25) 条文の和訳は、民事月報 41巻5号(1986)147頁に掲載されている。

matrimonii) の原則、即ち、国際平面において婚姻を有利に扱おうとする考え、及び、跛行的婚姻の防止の配慮、といった同条約の基本姿勢が直接に表現された規定であるとされる²⁶⁾。かかる考慮に基づく同条約では、当事者と挙行地との関連性の有無・程度を問わず、凡そ婚姻が挙行された地の抵触法を含む法 (law) によれば有効である婚姻については、公序違反が問題とならない限り（同 11 条、14 条）²⁷⁾、挙行国以外の全締約国において、その実質の有効性をも含め承認されることとなる²⁸⁾。以上の処理枠組みは、婚姻の成立における跛行婚の防止にとって大きな効果があると評価されている²⁹⁾。

しかしながら、婚姻と挙行地との関連性を要求しない本条約の態度に対しては批判もある³⁰⁾。例えば、Mayer は、同 9 条 1 項の規定が身分的地位の本質的要素を当事者の無限定な選択に拠らしめる点を過度に寛容であるとして批判し、挙行地国が少なくとも一方当事者のドミサイルのある国であるか本国であることを要件とすべきであると主張する³¹⁾。Mayer は、その根拠として、法律詐欺の防止に加え、挙行地国が少なくとも一方当事者のドミサイルのある国、又は、本国であるといった程度の関連性が欠ける場合においても、当事者らが、自らの婚姻が居住国や本国において有効となることにつき、正当に確信出来るかどうか疑問で

26) See, Malmström, *supra* note 24, at 289, 293. 池原・前掲注 20) 107, 109 頁も参照。

27) 本条約は、公序違反の制限的列挙をなす 11 条と、明らかに公序に反する場合には承認を拒否出来るとする 14 条の二つの公序例外規定を有する。

28) 尚、承認の対象に関しては、軍当局により挙行される婚姻、及び船舶または航空機上での婚姻、代理による婚姻、死後婚姻、方式を伴わない婚姻を除き（同 8 条）、締約国と非締約国とを問わず、凡そ挙行地で行われた婚姻が対象とされる（同 7 条）。

29) 池原・前掲注 20) 109 頁。尚、挙行地国で有効に成立したことの証明は、当該国当局の発給する婚姻証明書 (marriage certificate) で足りるとされる（同 10 条）。

30) 以下挙げる Mayer の他、同様の観点から批判するものとして、H. Batiffol, La treizième session de la Conférence de la Haye de droit international privé, *Rev. crit. DIP* (1977), at 451, 480; Y. Lequette, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, *Recueil des cours* 9 (1994 II). See also, S. Bollée, Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales, in P. Lagerde (sous la direction de), *La reconnaissance des situations en droit international privé* (Pedone, 2013), at 118.

31) Mayer, *supra* note 13, at 348. S. Bollée, L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale, *Rev. crit. DIP* 96 (2007) [hereinafter, Bollée 2007], at 307, at 339 も、法律詐欺の禁止の観点から Mayer の見解に賛成する。

あることを挙げる³²⁾。この背景には、法廷地の通常の準拠法選択規則の適用が除外される根拠は、婚姻の挙行の際に外国国家機関が介在することにより、当該婚姻の有効性につき当事者において正当な確信が生じることにあり、と考える Mayer の見解がある³³⁾。

(2) 上記ハーグ婚姻承認条約9条の規定に従えば、Raape の事例における婚姻は、公序違反が問題とならない限り、法廷地において承認されると解されるものの、Schwebel 事件における離婚は、外国で形成された婚姻に関する同規定では救済されない。だが、各国抵触法の統一が困難であるという状況の下、国際的な跛行的婚姻状態の発生防止という目的のため³⁴⁾、外国で形成された婚姻を緩やかな要件で承認するという本条約の処理枠組みは、国際的な身分関係の安定を目指す本稿の観点からは注目に値すると言えよう³⁵⁾。

二 各国実定法³⁶⁾

1. 外国で挙行された婚姻の承認に関する条項

32) Mayer, *id.* at 348.

33) *Id.* at 347.

34) 北坂・前掲注20) 172 頁参照。

35) 実際、近時のフランスにおける学説も、第二章第三節で扱う「状況の承認」の規定の一つとして同規定を紹介している。See, e.g., P. Lagarde, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures*, *RabelsZ* 68 (2004), at 225, 231; 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, 559, 562; Bollée 2007, *supra* note 31, at 339; Ch. Pamboukis, *La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance*, *Rev. crit. DIP* 97 (2008), at 513, 554.

36) 尚、以下本文で紹介する各国実定抵触法上の規定の他、近時、ドイツやスウェーデンといった国においては、他の EU 加盟国で取得された氏に関する特殊な規定が見受けられる (See, C. Kohler, *Towards The Recognition of Civil Status in The European Union*, 15 *YPIL* 13 (2013/2014), at 22ff)。特に、スウェーデンの氏に関する法律 (*Lag om ändring i namnlagen* (1968:670), of 9.2.2012, SFS 2012:66) 49a 条は、氏に関する準拠法が何れの国の法であるかを問わず、国籍や住所等一定の関連性を有する他の EU 加盟国内で取得された氏の自国内での使用を認める規定であり、これは、本稿第二章第三節で検討する「状況の承認の方法」との関係でも注目されるものである (尚、ドイツ及びスウェーデンの両規定の内容については、Kohler, *ibid.* を参照のこと)。しかし、これらの規定は、その射程が EU 加盟国内に限定されること、また、その制定の背景として、外国で取得された氏の承認に関する欧州司法裁判所判決 (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 等) が大きく影響しているものと考えられることから、本稿の検討対象からは除外した。

(1) 国内実定抵触法上、上記ハーグ婚姻承認条約と同様、外国で挙行された婚姻について内国で挙行された婚姻とは別に規定を設けるものとして、スイスの「国際私法に関する連邦法」(1987) 第45条(外国において挙行される婚姻)を挙げる事が出来る³⁷⁾。同条の規定は、以下の通りである。

第45条1項「外国において有効に挙行された婚姻は、スイスにおいて承認される。」³⁸⁾

本規定は、上記ハーグ婚姻承認条約と同様、婚姻保護を基本理念とし³⁹⁾、外国で行われた婚姻の形式的成立要件に加え実質的成立要件をも含めた、婚姻全体を承認する規定である⁴⁰⁾。同規定により承認される婚姻には、民事婚に加え、宗教婚や無方式の婚姻も含まれるとされるが⁴¹⁾、登録パートナーシップについては、2004年のスイスの登録パートナーシップに関する新規定により、同規定を準用する別の規定が設けら

37) スイス国際私法45条1項については、その前身である「居民及び居留民の民事的法律関係に関する連邦法(通称NAG)」(1891)の第7f条も含め、北坂・前掲注20)174頁以下参照。

38) 和訳は、奥田安弘「スイス連邦国際私法(1987)」奥田安弘編訳『国際私法・国籍法・家族法資料集 一外国の立法と条約一』(中央大学出版部、2006)16-17頁によった。尚、1982年草案では、「夫婦の一方の住所地国または本国で有効なものであるとき」という要件が入っていたことにつき、石黒一憲「スイス国際私法第二草案(1982年)について(1)」法協100巻10号(1983)1898頁、1906頁参照。また、同条2項の規定は以下の通りである。

第45条2項「当事者の少なくとも一方がスイス国民であるとき、または当事者の双方がスイスに住所を有するときは、外国において挙行された婚姻は、婚姻の無効に関するスイス法の規定を回避する明白な意図をもって、挙行地を外国に移したのではない限り承認される。」(和訳は、奥田・同上によった)

39) H. Honsell, N. P. Vogt & A. K. Schnyder (herausgg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht* (Helbing Lichtenhahn Verlag, 1996), Art.45 N.1. 北坂・前掲注20)181頁参照。尚、本稿では参照できなかったが、同スイス国際私法のコンメンタールの新版として、H. Honsell, N. P. Vogt, A. K. Schnyder & S. V. Berti (herausgg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht* (Helbing Lichtenhahn Verlag, 3. Aufl., 2013)がある。

40) Honsell, Vogt & Schnyder, id. Art.45 N.8. また、横山潤『国際家族法の研究』(有斐閣、1997)75頁、及び、北坂・前掲注20)180頁参照。

41) A. Heini, M. Keller, K. Vischer & P. Volken (herausgg.), *Zürcher Kommentar zum IPRG* (Schulthess, 1993), Art.45 N.16. 横山・同上82頁注(39)、及び、北坂・同上186頁参照。尚、上記ハーグ婚姻承認条約では、承認される婚姻から無方式の婚姻が排除されている(ハーグ婚姻承認条約8条)。

れた⁴²⁾。次に、「外国において有効に挙行された」という文言に関し、抵触法を含む挙行地法によれば有効である場合を含むことについてスイス学説上争いはない⁴³⁾。他方、挙行地法上は有効でないものの、挙行地以外の法により有効と見做される婚姻を含むか否かについては、解釈の余地があるが、スイス学説上は、一般に、当事者と密接に関連する法により有効であれば承認されてよいと考えられているようである⁴⁴⁾。

尚、同 45 条の規定に対しては、解決の国際的調和の観点から、その寛容な態度を疑問視する Mayer の批判がある⁴⁵⁾。Mayer は、例えば、オランダにおいて行われたイタリア人カップル（ドミサイルもイタリア）の同性婚がスイス抵触法上は同規定により承認されたとしても、当事者の本国であるイタリアにおいては当該婚姻を承認するスイス判決が承認されないことが予測されるため、その結果、解決の国際的調和を欠く点を批判する⁴⁶⁾。

(2) スイス国際私法 45 条 1 項は、上記ハーグ婚姻承認条約 9 条と同様、婚姻という事項に限定されているため、その射程が不十分であるという点を指摘出来るものの、同規定が採用する処理枠組みは、外国で既に形成された一定の身分関係の効果を法廷地でも認めるものとして、本稿の問題関心からは注目される。尚、同規定は、外国国家機関による介在の性質及び有無を問わず、外国で挙行された婚姻一般につき外国判決の承認アプローチと同様のアプローチを採るが、これについては、通常外国

42) Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, BBl 2003, 1295-1302, 1359ff. (<http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2003/1288.pdf> より入手可能) 北坂尚洋「登録パートナー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、426 頁以下参照。尚、同性者間の婚姻は、新規定である同 45 条 3 項により、スイスにおいては登録パートナーシップとして承認されることとなった。Botschaft, *id.* 1362.

第 45 条 3 項「外国で有効に挙行された同性者間の婚姻は、スイスでは登録パートナーシップとして承認される。」(和訳は、北坂・同上 440 頁によった)

43) See, e.g., Honsell, Vogt & Schnyder, *supra* note 39, Art.45 N.9. 北坂・前掲注 20) 180 頁参照。

44) 具体的には、少なくとも一方当事者の本国法又は住所地法(抵触法を含む)により有効と見做されればよいとする見解(Honsell, Vogt, & Schnyder, *ibid.*)や、本国・住所地法・居所地法のいずれかの国で有効とみなされればよいとする見解(Heini, Keller, Vischer & Volken, *supra* note 41, Art.45 N.16)等があるとされる(北坂・同上 181 頁参照)。

45) Mayer, *supra* note 15, at 349.

46) *Ibid.*

判決が存在する場合に採られるアプローチが何故それ以外の場合にも用いられるのかという点に関する理論的説明が必要となると思われる⁴⁷⁾。同規定の抵触法上の位置付け、及び、事案と法秩序との関連性を要求しない規律方法に関しては検討の余地があるが、ここでは検討材料が不足している。そのため、ハーグ婚姻承認条約9条及びスイス国際私法45条については、両規定を状況の承認に関する議論で取り上げる、本章第三節でのフランス学説⁴⁸⁾に関する分析を踏まえた上で、第三章の考察において検討することとする。

2. 一般例外条項

(1) 各国実定法上の規定としては、一定の場合に限り法廷地の通常の準拠法選択規則により指定される法を排除し、事案とより密接な関連を有する法の適用を認める一般例外条項を挙げることが出来る⁴⁹⁾。以下みる各国抵触法上の一般例外条項は、要件や射程の点では必ずしも一致しないものの、その根拠が、一般に、最密接関連性の原則ないし近接性の原則 (*principe de proximité*) にあるという点では共通すると言えよう⁵⁰⁾。ここでは、必ずしも網羅的とは言えないものの、代表的なスイス国際私法上の一般例外条項に加え、近時制定された規定として、ベルギー及びオランダ国際私法上の一般例外条項を概観することにする⁵¹⁾。

47) 同45条の位置付けにつき、同規定の処理枠組みが所謂外国国家承認アプローチ（国際民事訴訟法的アプローチ）と、準拠法選択アプローチの双方の要素を含むことから、「それらの中間に位置する新たなアプローチ」と捉える見解もあるが（北坂・前掲注20）187頁）、抵触法体系の構造論的理解という観点からは、このような理解には曖昧さが残る。

48) スイス国際私法45条については、Mayer 2005, *supra* note 35, at 559f; P. Lagarde, *La reconnaissance mode d'emploi, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon* (Dalloz, 2008), at 482, 493; Pamboukis, *supra* note 35, at 554, footnote (129)。

49) 一般例外条項ないし例外条項については、例えば、横山潤『国際私法』（三省堂、2012）96-97頁等参照。

50) 笠原俊宏『国際家族法新論〔補訂版〕』（文眞堂、2010）51-52頁、131-132頁参照。

51) ここに挙げた他、カナダ・ケベック州民法典第3082条（笠原・同上132頁参照）、及び、韓国改正国際私法（2001）8条1項（西山慶一「韓国国際私法の解説（1）（2）（3）」戸籍時報533号11頁、535号8頁、536号17頁（2001）参照）も、後述するスイス国際私法15条1項と同様の趣旨の規定と言える。尚、オーストリアの「国際私法に関する連邦法（国際私法典）」（1978）第1条1項（最も強固な関係の原則）を一般例外条項として解す立場があるが（石黒一憲『国際私法〔第2版〕』（新世社、2007）240頁、同『国際私法の解釈論的

(2)① 先ず、一般例外条項の典型である、スイス国際私法 15 条 1 項（一般例外条項）は、以下のように規定する。

第 15 条 1 項「この法律により指定された法は、事案がこの法とわずかな関連のみを有し、他の法とはるかに密接な関連を有することが、事情全体から明らかであるときは、例外的に適用されない。」⁵²⁾

これは、スイスの Vischer の提案により導入された例外条項であるとされるが⁵³⁾、同法の報告書によれば、同規定は、立法者が予測していなかったような例外的場合にのみ、法廷地の通常の準拠法選択規則の不適用を認める趣旨の規定であるとされる⁵⁴⁾。また、同規定の適用の際には、

構造」（東京大学出版会、1980）90 頁。但し、同規定の基となった所謂シュヴィント草案の規定に関する言及）、同規定が宣明する最も強固な関係の原則は、他の個別規定に受け継がれていること（山内惟介「オーストリアの国際私法典について」桑田三郎＝山内惟介編著『ドイツ・オーストリア国際私法立法資料』（中央大学出版部、2000）499 頁以下、507 頁）や、同規定の目的が立法時に予測し難い法規の欠缺補充、及び、抵触法の発展のための柔軟性の確保であるとされること（A. Duchek & F. Schwind, *Internationales Privatrecht* (Manzschsche Gesetzesausgaben, Sonderausgabe Nr.53, 1979) SS1-119, S.10. 山内・同上 507 頁参照）等からすれば、同規定が個別事案においてより密接に関連する法を指定する一般例外条項としての性質を有するかという点については、疑問がないわけではないとされる（Duchek & Schwind, *id.* S.10. また、山内・同上 507 頁参照）。よって、本稿ではオーストリア国際私法 1 条は扱わないこととした。尚、同規定は以下の通りである。

第 1 条 1 項「外国との関連性を有する事実関係は、私法的観点において、最も強固な関係が存在している法秩序に従って判断されるものとする。」（和訳は、山内・同上 511 頁によった）

- 52) 和訳は、奥田・前掲注 38) 8 頁によった。尚、同 15 条の適用が問題となった若干の裁判例が、A. E. von Overbeck, *The Fate of two remarkable provisions of the Swiss Statute on Private International law*, 1 *YPIL* 119 (1999), at 130-133 に紹介されている（法例研究会編『法例の見直しに関する諸問題（4）』（別冊 NBL89 号）163 頁注（555）〔中西康〕も参照）。例えば、本稿の想定する事案ではないが、離婚準拠法について 15 条を適用しスイス法を適用した 1992 年 1 月 23 日判決（BGE 118 II 246）がある。同事案は、カナダのケベックで婚姻したドイツ人男とカナダ人女がアメリカに帰化してテキサス州に居住した後スイスに居住するに至ったが、ドイツに行った妻に対し夫がスイス裁判所で離婚訴訟を提起したというものである。スイス国際私法によれば、本件離婚には共通本国法であるテキサス州法が適用されるが（同 61 条 2 項）、15 条により夫婦が 5 年程居住した地の法であるスイス法が適用された。*Id.* at 131.
- 53) F. Vischer, *Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts*, 90 *Zeitschrift für schweizerisches Recht* (1971-II), S.1, 74f. 奥田安弘『国際私法と隣接法分野の研究』（中央大学出版部、2009）222 頁参照。
- 54) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz): Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf (Schulthess, 1979), S.27ff, 59f. 奥田・同

以下の要素が考慮されるとされている⁵⁵⁾。先ず、準拠法として指定された法以外の他の法と事案との密接な関連の考慮が挙げられるが、これは、別の法に従う他の法律関係への密接な従属の考慮⁵⁶⁾、及び、場所的・空間的観点からの通常の見結点の孤立の考慮⁵⁷⁾に分かれる⁵⁸⁾。これらに加え、当事者の期待、及び、矛盾した結果の回避も考慮要素として挙げられるが⁵⁹⁾、スイス学説上、後二者については、客観的要素に基づく抵触法的考慮を問題とする一般例外条項においては考慮されるべきでない、という趣旨の批判がある⁶⁰⁾。

② 次に、ベルギーの「国際私法に関する法律」(2004) 第 19 条 1 項（一般例外条項）を概観する。同規定は、以下の通りである。

第 19 条 1 項「本法によって指定された法は、状況が他のいずれかの

上 224 頁参照。

- 55) これらは、Vischer が挙げる以下の考慮要素が基になっているとされるが、第四の要素については一般例外条項の考慮要素としては退けられた (Schlussbericht, *ibid.* 奥田・同上参照)。Vischer の挙げる考慮要素とは、①特定の法の適用に対する当事者の期待の考慮 (具体的には、ある法に従い有効に成立した法律関係の効力維持が挙げられる)、②他の法へのより密接な関連性の考慮、③実質法上及び抵触法上の矛盾した結果の回避、そして、④公序、及び、当事者に予測出来ない困難の回避である。Vischer, *supra* note 53, S.75ff. 奥田・同上 223 頁参照。
- 56) 従属関係の例としては、以下の裁判例及び学説上の例が挙げられる。即ち、特徴的義務を負う債務者の住所地法であるイタリア法が準拠法となる契約が、スイス法が準拠法となる他の契約に従属することから、前者についてもスイス法が適用された連邦裁判所裁判例 (BG I. 10. 1968, BGE 94 II 355) の他、身分関係については、学説上、妻の書面による同意なく夫がスイスにおいて締結した保証契約の有効性が婚姻の効力に従属し得るという例や、戸籍上の父との親子関係の否認は真実の父との親子関係の確認又は認知に従属し得るという例である。C. E. Dubler, *Les clauses d'exception en droit international privé* (Georg, 1983), at 51, 109, 135.
- 57) 見結点の孤立化の例としては、契約に関する連邦裁判所裁判例 (BG 10. 6. 1952, BGE 78 II 190) が挙げられている。Vischer, *supra* note 53, S.76. 金銭消費貸借契約に関する同事案では、特徴的給付の理論によれば貸主の契約締結時の住所地法であるドイツ法が適用されるべき場合において、貸主及び借主ともにスイスへの関連がより強く、またスイスにおける貸金の返還を想定していたといった事情を考慮し、裁判所はスイス法を適用した。
- 58) Vischer, *id.* S.75ff; Schlussbericht, *supra* note 54, S.27ff, 59f. 奥田・前掲注 53) 235-240 頁参照。
- 59) Vischer, *ibid.*; Schlussbericht, *ibid.* 奥田・同上参照。
- 60) Dubler, *supra* note 56, at 96; A. E. von Overbeck, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, Recueil des cours* (1982 III), at 191. 奥田・同上 239-240 頁参照。

国家と非常に密接な関係を呈示するのに、それが、指定された法が帰属する国家と非常に希薄な関係しか有しないことが全体の状況から明らかであるときは、例外的に適用されない。その場合には当該他国家の法が適用される。

第一項の適用の際には、とくに次に掲げることが考慮される。

— 準拠法の見込み可能性の要請、及び、

— 係争関係が、その関係がその形成当時に関係を呈示した国家の国際私法規則に従って合法的に形成された情況⁶¹⁾

本規定は、ベルギー国際私法の基本原則の一つである「近接性の原則 (principe de proximité)」に基づき⁶²⁾、関連する準拠法の適用が望ましくない場合に、裁判官が依拠し得る柔軟性を取り込むために導入された規定であるとされる⁶³⁾。同規定は、上記スイス国際私法 15 条 1 項に倣い導入された規定であるが⁶⁴⁾、同規定の適用にあたり考慮される要素が明示的に列挙されている点に、同 15 条 1 項との違いがある。列挙事由の前者は法的安定性の確保の目的から要請される考慮要素であり、後者は既得権理論の表れであるとされる⁶⁵⁾。

ベルギー国際私法 19 条 1 項については、スイス国際私法 15 条 1 項と異なり、考慮要素が例示列挙されている点が予測可能性の確保の観点から評価されるものの、同 15 条 1 項の適用上の考慮要素と同様、ベルギー国際私法 19 条の適用に際し考慮される要素も、必ずしも客観的関連性に関わる抵触法の考慮でない。これに対し、次に紹介するオランダ国際

61) 和訳は、笠原俊宏「ベルギー国際私法 (2004 年) の邦訳と解説 (上)」戸籍時報 593 号 (2006) 25 頁を参照した。

62) J.-Y. Carlier, *Le Code belge de droit international privé*, *Rev. crit. DIP* (2005), at 13, 19ff. 笠原俊宏「ベルギー国際私法 (2004 年) の邦訳と解説 (下)」戸籍時報 594 号 (2006) 57 頁参照。

63) A. Fiorini, *The Codification of Private International Law: The Belgian Experience*, 54 *I.C.L.Q.* 499 (2005), at 513.

64) Carlier, *supra* note 62, at 19ff. 笠原・前掲注 62) 58 頁参照。

65) Carlier, *ibid.* 笠原・同上 58 頁。尚、スイス国際私法の Vischer 提案における考慮要素には、ベルギー国際私法の考慮要素と同様、「既得権の保護」が含まれていたが (Vischer, *supra* note 53, S.75ff)、既得された権利の成立の根拠となった法が必ずしも密接に関連する法とは限らないため、学説上批判があった (von Overbeck, *supra* note 60, at 192; Dubler, *supra* note 56, at 118. 奥田・前掲注 53) 240-241 頁参照)。結果として、既得権の考慮は、スイス国際私法上の一般例外条項における考慮要素から排除された (奥田・同上 240 頁参照)。

私法における一般例外条項上の最密接関連性は、客観的要素のみに基づき判断されると解されている。

③ 比較的最近成立した一般例外条項として、オランダの「国際私法に関する民法典第10編」（2011）第8条1項（一般例外条項）を挙げることが出来る。同規定は、以下の通りである。

第8条1項「法定の規定によって指定された法律であって、当該法律との密接な関係の推定に基づくものは、全ての事情を考慮して、当該規定において推定された密接な関係が明らかに僅かしか存在せず、かつ、より多くの密接な関係が他の法律と存在するとき、例外的に適用されないものとする。かような場合には、当該他の法律が適用されるものとする。」⁶⁶⁾

本規定も、スイス及びベルギー国際私法上の一般例外条項と同様の趣旨の規定であるが、同規定における密接関連性の判断にあたっては、客観的要素に加え、解決の統一性・実効性が考慮される一方、実質的考慮の余地は排除されると解されている⁶⁷⁾。この点については、オランダ国際私法上、後述するように、当事者の利益保護を図ることを目的とする「既成事実の例外」条項（同9条）という特殊な規定が存在することが影響するものと思われる⁶⁸⁾。

(3) 以上、簡潔ながら、各国抵触法における一般例外条項の根拠、及び、考慮要素を概観した。スイス及びベルギー国際私法の一般例外条項に関しては、オランダ国際私法とは異なり、抵触法的な客観的関連性以外の考慮も問題となるとされていた。このように、一般例外条項において当事者の期待や既得権の考慮といった考慮を行うという立場に拠れば、ロシアにおいて形成された婚姻の有効性が問題となった **Raape** の事例のように、外国法秩序と事案とが客観的関連性を有する場合のみならず、イタリアにおいて行われたイスラエル法上有効な離婚の有効性が問

66) 和訳は、笠原俊宏「オランダ国際私法（2011年）邦訳と解説（1）」戸籍時報702号（2013）8頁、11頁によった。

67) M. H. Ten Wolde, *Codification and consolidation of Dutch private international law: The Book 10 Civil Code of the Netherlands*, 13 *YPIL* 390 (2011), at 400. 笠原俊宏「オランダ国際私法（2011年）邦訳と解説（6）」戸籍時報709号（2014）59頁参照。

68) 本節3. 既成事実の例外条項を参照。

題となった *Schwebel* 事件のように、当事者が期待を抱いた法秩序と事案との時間的及び場所的な客観的関連性が欠如する場合でも、一般例外条項による救済が可能となろう。他方、オランダ国際私法のように、一般例外条項における事案と法秩序との関連性は客観的要素の考慮のみに基づき判断されるという理解に拠れば、*Schwebel* 事件に関しては、離婚当時、当該離婚と客観的関連の欠けるイスラエル法が一般例外条項により適用されることはないと言えよう。

では、一般例外条項の理解としては、いずれの理解が妥当であろうか。問題は、基本的に事案と法秩序との客観的ないし空間的関連性を問題とする一般例外条項の適用に際し⁶⁹⁾、スイス及びベルギー国際私法のような考慮をなすことが妥当か否かであると思われる。*Schwebel* 事件のように、客観的関連性以外の主観的要素についても考慮を要する事案を救済するためには、主観的要素をも考慮する処理枠組みが必要となると言えよう。では、何故オランダ国際私法の一般例外条項の適用においては、客観的要素以外の要素を考慮する必要がないのだろうか。この点については、オランダ国際私法上、一般例外条項とは別に、主観的要素の考慮に基づく規定が設けられていることが関係すると思われるため、以下概観する。

3. 既成事実の例外条項

(1) 最後に、オランダ国際私法 9 条 (*Fait accompli exception* 既成事実の例外) を概観する。これは、比較抵触法的には特異な規定であるとされ⁷⁰⁾、本章第三節で扱うフランスにおける議論との関係でも注目されるものである⁷¹⁾。同条の規定は、以下の通りである。

第 9 条「オランダ国際私法に従って適用される法律に反し、関係外国の国際私法によって指定される法律の適用において、法的効果が何れかの事

69) 例えば、横山・前掲注 49) 97 頁参照。

70) Ten Wolde, *supra* note 67, at 400ff. 笠原・前掲注 67) 60 頁、及び、笠原俊宏「国際私法における既成事実の例外的連結について」大東ロージャーナル 10 号 (2014) 5 頁、10 頁以下も参照。

71) P. Lagarde, Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, in P. Lagerde (sous la direction de.), *La reconnaissance des situations en droit international privé* (Pedone, 2013), at 19.

実から生じるとき、同一の法的効果を認めないことが当事者の合法的な期待又は法的確実性の許容できない侵害を構成する限りにおいて、かような法的効果は、オランダにおいて、当該事実に戻ることができる。』⁷²⁾

本規定は、外国抵触法に基づき形成された法律関係（事実又は行為）の保護に対する当事者の合法的かつ正当な信頼を根拠として、法廷地準拠法選択規則が途を譲るべきことを定める⁷³⁾。要件としては、第一に、オランダ国際私法が関係外国と異なる法を指定することが前提となるが、国際私法常設委員会（State Commission on Private International Law）により提出された報告書⁷⁴⁾によれば、「関係外国」は、法的事実の発生した地である必要はないものの、その形成当時、例えば当事者が国籍やドミサイルにより関連を有していることが必要となるとされる⁷⁵⁾。第二に、外国準拠法選択規則により指定される法により当該法律関係が規律されることにつき、当事者が正当な期待を有することが要件となる⁷⁶⁾。同報告書によれば、この点については、期待される法的効果が外国準拠法選択規則の適用により生じる結果であるとの考えが当事者において存在することが要求されると解されている⁷⁷⁾。第三に、当該法律関係を有効と認めないことが、当事者の正当な期待、または、法的確実性の許容し難い侵害になることが要件となる⁷⁸⁾。

尚、オランダ国際私法の立法理由書は同9条の根拠について言及していないが⁷⁹⁾、上記国際私法常設委員会報告書によれば、同規定の根拠は、所謂時際法原則として同国最高裁判所判決により形成された「正当な期

72) 和訳は、笠原・前掲注66) 11頁によった。

73) Ten Wolde, *supra* note 67, at 400. 笠原・前掲注67) 60頁参照。Mayerは、本条は、法廷地準拠法選択規則によれば法的状況が有効とされない場合に、当該状況を有効とする補足的な機能を果たすと解している。P. Mayer, *La reconnaissance : notions et méthodes*, in P. Lagerde (sous la direction de), *La reconnaissance des situations en droit international privé* (Pedone, 2013), at 27, 31.

74) Report to the Minister of Justice on the General Provisions for a Private International Law Code, June 1st 2002, No.64. See also, Ten Wolde, *id.* at 401.

75) Ten Wolde, *ibid.* 笠原・前掲注70) 11頁参照。

76) *Id.* at 402.

77) *Ibid.* 笠原・前掲注70) 11-12頁参照。当事者の期待が合法的であるとされるためには、弁護士や公証人、登録吏等専門家からの情報の取得といった要素が必要となるとされる。*Id.* at 405f. 笠原・同上 15-16頁参照。

78) *Ibid.*

79) *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 137, No.3. See also, Ten Wolde, *id.* at 403.

待の原則」⁸⁰⁾、及び、法的確実性の考慮にあるとされる⁸¹⁾。

(2) では、上記オランダ国際私法 9 条の規定によれば本稿の想定する事案は如何に解決されるだろうか。先ず、Raape の事例に関しては、ハーグ婚姻承認条約の締約国であるオランダでは、外国でなされた婚姻は同条約 9 条の実施のために制定されたオランダ国際私法第 31 条 1 項⁸²⁾により承認されるため、實際上、オランダ国際私法 9 条の適用はない。だが、仮に同 31 条 1 項の適用がなくても、ロシアでの婚姻は、第一に夫婦のドミサイルである同国における婚姻であり関連性が満たされること、第二に当該婚姻が同国準拠法選択規則に従った有効なものであること、第三にその有効性に対する当事者の正当な信頼が存在することを根拠として、同 9 条により有効であると認められるだろう。

次に、Schwebel 事件に関しては、オランダ国際私法によれば、イタリアでなされたユダヤ方式の離婚につき離婚地以外の法であるイスラエル法が選択されることはないため (同 58 条)⁸³⁾、同 9 条の適用が問題と

80) 夫婦財産に関するオランダ最高裁判所 1989 年 4 月 7 日判決 (HR 4 April 1989, *Tan v. Bavinck*, NJ 1990, 347 (Sabah)) により形成された原則である。同事案において同最高裁判所は、マレーシアの Sabah で婚姻を締結したオランダ人とインドネシア人の夫婦財産の準拠法につき、同人らの婚姻後に確立した準拠法選択規則に従い、夫婦の最初の共同生活地の法を適用したが、同規則の週及的適用の例外の場合として、現行の準拠法選択規則以外の他の準拠法選択規則 (例えば、従前の準拠法選択規則) が適用されるという専門家の助言等に基づき当事者の正当な期待が形成されていた場合を挙げた。Netherlands *International Law Review* (1991), at 398-402, note Th.M.de Boer. この例外原則が所謂正当な期待の原則と呼ばれるものであり、オランダ国際私法草案に「既成事実の例外条項」として規定されるに至ったとされる。J.M.J. Chorus, P.H.M. Gerver, & E.H. Hondius (eds.), *Introduction to Dutch Law* (Kluwer Law International, 2006), at 286f. だが、同原則はいわば時際法規則であるため、各国準拠法選択規則の抵触問題についても当てはまるのかどうかについては疑問がある、と指摘されている。Ten Wolde, *ibid.*

81) Ten Wolde, *ibid.*

82) オランダ抵触法第 31 条 1 項は以下のように規定する (和訳は、笠原俊宏「オランダ国際私法 (2011 年) 邦訳と解説 (2)」戸籍時報 703 号 (2013) 35 頁によった)。第 31 条 1 項「オランダの外において締約された婚姻であって、挙行地の国家の法律に従って有効であるが、又は、後に当該法律に従って有効になっているものは、有効なものとして承認される。」

83) 第 58 条「外国において、夫婦の一方の一方的な宣言のみから生じる婚姻の解消は、次に掲げる要件が満たされるとき、承認される。

- (a) 当該方式の下における婚姻の解消が、婚姻を一方的に解消した配偶者の国籍の法律と一致しているとき、
- (b) 婚姻の解消が、それが行われた国家において有効であるとき、及び
- (c) 他方配偶者が明示的若しくは明示的に婚姻の解消に同意したか、又は、それらに服したことが明らかであるとき」(和訳は、笠原・同上 38 頁によった)

なる。そこで、同9条の要件を満たすか否かについて、以下検討する。

第一に、「関係外国」要件に関しては、離婚当時、当事者と関連性を有していなかったイスラエルが「関係外国」に該当するか否かが問題となる。報告書によれば、「関係外国」を判断する基準時は問題となる法律行為が行われた時であるとされるが⁸⁴⁾、同9条の文言上は明確でないため、解釈の余地がある。本件では、離婚当時、当事者らがイスラエルへの移住の途中であり、その後、同国でドミサイルを有するに至ったという事情を踏まえれば、イスラエルは「関係外国」に含まれると解すことが出来ると考えられる。第二に、正当な期待及びその侵害の要件についても、同事案における離婚が当事者らの信仰する宗教上の離婚方式によりなされたことや、事後的にイスラエル国が発行した身分的地位に関する証明書が存在すること、当該離婚の有効性を前提として妻がオンタリオ州において新たな婚姻関係を築いたこと、といった事情を総合的に考慮すれば、当該離婚の有効性を認めないことが当事者の合法的な期待の侵害にあたるということが出来よう。従って、結論として、同9条によれば、Schwebel 事件における離婚は有効とされることになるかと解される。

(3) このように、同9条は、本稿の想定する事案の処理にとって適切な処理枠組みを提供するように思われるものの、同9条の根拠については、十分な検討を要する。なぜならば、最密接関連性の原則に基づく一般例外条項とは異なり、同規定の依拠する、既成事実に対する当事者の期待といった私的利益の尊重の考慮が抵触法上如何に評価されるかについては、必ずしも明らかではないからである。この点については、本章第三節で後述するフランスにおける議論の整理・分析を踏まえ、第三章において検討することにする。

尚、当事者の期待という主観的考慮に依拠する同規定については、通常の準拠法選択規則の適用に関する法的安定性が損なわれる恐れがあるという点が一応問題となろう。だが、同9条の制限的な文言に加え、オランダ国際私法上は、外国で行われた婚姻に関する承認規定（同31条1項）や、離婚（同57条）⁸⁵⁾及び一方の配偶者による離婚（同58条）

84) Ten Wolde, *supra* note 67, at 401.

85) 第57条1項「外国において適正な手続の下に取得された婚姻の解消又は別居は、それが裁判官又は他の何れかの官庁の裁決から生じ、かつ、当該裁判官

に関する承認規定、外国登録パートナーシップの承認規定（同 61 条）⁸⁶⁾等が存在することを考えれば⁸⁷⁾、同国際私法の構造上、身分関係に関して同 9 条に解決が委ねられる事案は多くないように思われるため、大きな問題とはならないだろう。

三 学説〔抵触法上の実質規則—「国際私法における外観」法理〕

(1) ここでは、学説上のアプローチとして、1984 年にフランスの Jobard-Bachellier により提唱された「国際私法における外観 (l'apparence en droit international privé)」⁸⁸⁾の法理を検討する⁸⁹⁾。Jobard-Bachellier は、

又は当該官庁がそれについて権限を有したとき、オランダにおいて承認される。」

同 2 項「外国において取得された婚姻の解消若しくは別居であって、第 1 項に依って定められた何れか若しくは幾つかの要件を満たさないものであっても、外国手続における相手方が当該手続中に明示的に若しくは黙示的に婚姻の解消若しくは別居に同意したか、又は、手続後に判決に服したことが明らかであるとき、オランダにおいて承認されるものとする。」(和訳は、笠原・前掲注 82) 38 頁によった)。

86) 第 61 条 1 項「オランダの外において締結地の国家の法律に依って有効に締結されたか、又は、後に、当該法律に依って有効となった登録パートナーシップは、有効なものとして承認される。」(和訳は、笠原・同上 39 頁によった)

87) その他、親子関係に関して、外国において成立した法的事実を承認する規定(同 101 条 1 項)がある。

88) M.-N. Jobard-Bachellier, *L'apparence en droit international privé: essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé* (LGDJ, 1984) .

89) 他の学説上の議論としては、欧州連合におけるものではあるが、近時、欧州人権裁判所の所謂 Wagner 事件 (Judgement of 28 June 2007, no.76240/01) (邦語での同事案の紹介として、例えば、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 巻 2 号 (2009) 173 頁、194 頁以下) を始めとする、外国でなされた養子縁組や婚姻、離婚、外国で登録された氏、代理母契約により生まれた子との親子関係等、外国で形成された身分的地位や身分関係の法廷地における取扱いが問題となった欧州裁判所や欧州人権裁判所の裁判例を分析し、人権規範による実質法的正義の実現を一つのアプローチとして捉える見解がある (P. Kinsch, Recognition in The Forum of a Status Acquired Abroad—Private International Law Rules and European Human Rights Law, in K. Boele-Woelki et al (eds.) *Convergence and Divergence in Private International law—Liber Amicorum Kurt Siehr* (Eleven, 2010), at 259-275. See also, P. Kinsch, Private International Law Topics Before the European court of Human Rights, 13 *YPIL* (2011), at 37-49; P. Kinsch, Harroudj v. France: Indications From the European Court of Human Rights on the Nature of Choice of Law Rules and on Their Potential Discriminatory Effect, 15 *YPIL* (2013/14), at 39-44)。抵触事案における人権規範の介入を抵触法上如何に位置付けるかについては、我が国では未だまとまった研究がなく、今後増々重要な課題となることが予測される。だが、人権規範を用いたアプローチについては、国際法上の人権論との関係で、それ自体別途慎重な議論を要することであると思われるため、本稿では取り上げないことにした。

また、他にも欧州連合における議論として、抵触法の基礎としての所謂本原因

私人が正当に信頼した準拠抵触法体系についての錯誤ある権利外観に対し、例外的に効果を認めるという抵触法上の実質規則⁹⁰⁾を提唱する。同学説は、各国抵触法が相違することから生じる法律関係の矛盾の解消という、本稿と同様の問題意識に基づくものであることから、ここで取り上げることにする。以下、同学説の抵触法上の位置付け及び根拠、及び対象、要件、効果の順に同学説を要約するが、その前に Jobard-Bachellier の抵触法上の外観法理の全体構造を簡単に述べる。

Jobard-Bachellier は、国内法制度上の外観法理ないし表見法理（*théorie de l'apparence*）⁹¹⁾を着想源とし、抵触法上「法廷地抵触規則が導く解決の錯誤ある表象（*représentation*）を当事者が観念し（*se faire*）得た」⁹²⁾場合に、例外的に、錯誤ある外観に効果を付与する理論を提唱する。そこで、Jobard-Bachellier は、抵触法上の錯誤を、抵触法固有の法規の錯誤（*erreur de droit*）と事実の錯誤（*erreur de fait*）とに分けて論じるのだが、抵触法固有の法規の錯誤は、さらに、準拠抵触法体系についての錯誤と

法原則（country of origin principle）を提唱する学説（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). 本原国法原則と抵触法の関係に関する邦語文献として、例えば、長田真理「EU法における『本原国法原則』とその国際私法上の意義」*阪大法学* 55 巻 3・4 号 (2005) 227 頁）や、欧州連合の連邦化へ向けた一方主義的方法の拡大を説くもの（H. Muir-Watt, *European Federation and the "New Unilateralism"*, 82 *Tul. L. Rev.* 1983 (2007-08)）、また、抵触法における EU 法上の所謂相互主義（mutual recognition）原則の影響に関する議論（この点に関しては、R. Baratta, *Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC*, *IPRax* (2007), at 4 に学説が整理されている。相互主義と抵触法の関係に関する邦語文献として、例えば、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、北澤安紀「EU 国際私法における承認論」*法学研究*（慶應）88 巻 1 号 (2015) 147 頁）等、様々な議論がある。これらの議論は、間接的には、本稿第二章第三節で検討するフランス学説の「状況の承認」に関する議論に影響を与えるものであると考えられるが、いずれも EU 法制度に基づく議論であるため、本稿では検討対象から除外した。

90) 抵触法上の実質規則とは、本稿では、実質法的結果から中立的に準拠法を指定する準拠法選択規則とは異なり、一定の実質法的結果の実現を目指す規則のことを意味するものとする（中西康＝北澤安紀＝横溝大＝林貴美『国際私法』（有斐閣、2014）50 頁参照）。

91) フランスの表見代理に関しては、山城一真「表見委任」松川正毅＝金山直樹 他編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、2011）233 頁、及び、239 頁に挙げられた文献を参照。

92) P. Lagarde, *préface*, *supra* note 88, at XV.

準拠法規則の内容についての錯誤とに区別される⁹³⁾。前者は、何れの国の抵触法が適用されるのかという点に関する錯誤、後者は、各国準拠法選択規則の内容に関する錯誤である。本稿との関係で重要となるのは、前者の準拠抵触法体系に関する抵触法上の外観法理である。以下、詳しくみていくこととする。

(2) 先ず、抵触法上の位置付け及び根拠についてであるが、Jobard-Bachelier は、外観に基づく抵触法上の規則を以下のように提示する。

「外国で形成され、かつ、効果を生じた状況の範囲内で発生した権利は、法廷地抵触規則の適用が導く解決に背くものであっても、管轄がないと後に判明した外国法の適用可能性 (applicabilité) により創られたところの外観に基づき、当事者が、権利保有者の外観 (apparence titulaires) を呈する権利の法実在 (réalité juridique) と、合法的に形成されたように映る状況の法的合法性 (régularité juridique) とを、正当に信じる事が出来た以上、合法的に獲得されたと見做される。』⁹⁴⁾

上記規則は抵触法上の実質規則として位置付けられるが⁹⁵⁾、その根拠は、外観規則の目的が、ある外国準拠法選択規則の適用ではなく、直接に一定の実質法的結果を実現する点にあるとされる⁹⁶⁾。その上で、Jobard-Bachelier は、上記規則の性質を以下のように述べる。

第一に、同規則は、体系的・客観的・価値中立的な形で外国準拠抵触法体系を指定する超抵触規則 (super-règle de conflit) や⁹⁷⁾、抽象的な形で各国法秩序の調和を目指す反致や先決問題とは異なり、例外則として、具体的な形で正当な結果の達成を目指す規則であるとする⁹⁸⁾。また、同規則は準拠法適用の前提的問題に位置付けられることから、問題となる事案に複数の抵触法体系が利益を有する場合には、先ず外観の要件が満たされたか否かを確かめる必要があるとする⁹⁹⁾。第二に、同規則の根拠とし

93) Jobard-Bachelier, *id.* at 41.

94) *Id.* at 95.

95) *Id.* at 88.

96) *Id.* at 85, 88.

97) *Id.* at 48.

98) *Id.* at 48-51.

99) *Id.* at 89, 63.

て、遡及禁止の原則、及び、準拠法に関する責任の減免され得る (excusable) 無知の原則の二つを挙げる¹⁰⁰⁾。前者は、既に有効な主観的権利があるにも拘らず、かかる権利につき法廷地の準拠法選択規則が遡及的に適用されることにより生じる不都合の回避に関わる¹⁰¹⁾。後者は、準拠法選択規則による普遍的な規律とそれに対する例外則としての外観の実質規則とを両立させねばならないことから、錯誤は責任が減免され得る程度のものでなければならない、という同規則の発動の厳格性に関わる¹⁰²⁾。

以上に加え、Jobard-Bachelier は、抵触法上の実質規則の根拠を外観法理に求めることを正当化するために、既得権説、及び、当事者の期待の考慮という二つの原則に基づくことが適切かどうかについて検討する。一方で、適用意思を有する法秩序の中から決定的なものを選ぶ一方主義的な既得権説については¹⁰³⁾、Schwebel 事件のように、状況が形成された地の法と状況を形成したと当事者が信じた地の法とが異なる場合には対応出来ない点等を指摘した上で、当事者の期待を考慮することにより、かかる場合に対応することが可能な抵触法上の外観規則を評価する¹⁰⁴⁾。他方で、当事者の期待の尊重という考えについては、その内容が曖昧かつ抽象的であるため、それのみでは法廷地の準拠法選択規則を排除する根拠としては不十分であるとした上で、自らは、外観という具体的かつ客観的要素に依拠するとして、外観法理に基づくことの正当化を図るのである¹⁰⁵⁾。

100) *Id.* at 105f.

101) *Id.* at 106-108.

102) *Ibid.*

103) *Id.* at 92. ここでは、Gothot の見解を挙げる。P. Gothot, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, *Rev. crit. DIP* (1971), at 425ff. また、エクイティを根拠とし、法廷地抵触法と適用される法との間に最小限の関連性も存在しない場合に働く理論として既得権説を捉える Agostini の見解 (E. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangers et les conflits de systèmes en droit international privé* (Bordeaux, 1975), n°321ff) も同様の理由で退けている。Jobard-Bachelier, *supra* note 88, at 92f.

104) *Id.* at 92f.

105) *Id.* at 93f. また、一定の行為の有効性を維持するという原則（尚、この具体的な内容は述べられていないが、Francescakis が反致との関係で検討している原則であるとし、Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé* (Sirey, 1958), at 153-156 を引用する) による正当化に関しても、参照する法秩序を決定する際に、上述の既得権説への指摘と同様、外観の要件に基づく当事者の期待による権利の主観的な場所的位置付けが必要となるとする。*id.* at 94f

(3) 次に、外観規則の対象についてであるが、Jobard-Bachellier によれば、裁判官は、外観規則を適用し、「外国で執行の対象となる私人間でなされた行為、あるいは、一般に、外国で形成された如何なる法的状況であっても、その合法性を直接評価せねばならない」¹⁰⁶⁾とされる。ここでは、外国判決がある場合や外国行政機関が介在する場合、夫婦間合意の中に金銭命令 (*ordre pécuniaire*) の問題を規律対象とする条項が含まれる場合等様々な例が挙げられる¹⁰⁷⁾。従って、外観規則は、外国国家機関の介在を問わず、既に外国で何らかの形で形成された法的状況全般を対象とするものと考えられる¹⁰⁸⁾。

(4) 要件としては、客観的要件と主観的要件が挙げられる。即ち、客観的には法廷地に対する時間的及び空間的遠隔性 (*éloignement*) が、主観的には当事者の善意及び共通の錯誤が要件とされる¹⁰⁹⁾。

第一に、客観的要件については、法廷地法秩序に対し状況の遠隔性を示す時間的及び空間的要素が問題となる¹¹⁰⁾。一方で、客観的要件の時間的要素に関しては、「利害関係者にとって、自らの状況の形成の過程のときには取得されたように見えたが、予期しない法廷地抵触規則の介在という事実により後に再び問題にされる場合」¹¹¹⁾が問題となるとして、法的状況の形成時と法廷地でそれが争われる時との時間的遠隔性を要求する。また、かかる状況は、合法性 (*régularité*) を有するか、少なくとも合法であるように見えねばならないとされるが¹¹²⁾、その基準時は、権利が生じた時だけでなく権利が有効に取得されたと当事者らが正当に見做し得る時でもよいとされる¹¹³⁾。この場合として、Jobard-Bachellier は、

106) *Id.* at 84.

107) *Id.* at 57, 83f.

108) よって、外国判決の承認制度と外観規則との関係が問題となる。Jobard-Bachellier は、両者の関係につき明示的に述べていないようであるが、少なくとも、外国判決の承認における自国準拠法選択規則に従った準拠法審査 (所謂準拠法要件) に関しては、外観規則により修正される余地があると述べている。*Id.* at 90. 尚、フランスにおいて、所謂準拠法要件は、2007年2月20日の破棄院判決 (Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007) により廃止された。See, *Rev. crit. DIP* (2007) at 420.

109) *Id.* at 88.

110) *Id.* at 55.

111) *Id.* at 57.

112) *Ibid.*

113) *Id.* at 73.

Schwebel 事件を例にとり、前婚夫婦がイスラエルに到着した時を例として挙げる¹¹⁴⁾。他方で、客観的要件の空間的要素は二つの構成要素から成る。即ち、法廷地抵触法が法廷地実質法を指定するのでないこと、及び、問題となる状況が、その形成の本質的な時点において法廷地法秩序に関係するのではないこと、の二点である¹¹⁵⁾。

第二に、主観的要件としては、法廷地の準拠法選択規則の適用可能性に対する当事者の完全かつ正当な無知 (ignorance) があり¹¹⁶⁾、かつ、この無知につき当事者が善意 (bonne foi) であることが要求される^{117) 118)}。次に、当事者がなした錯誤が万人にとって不可避な共通の錯誤 (erreur commune)¹¹⁹⁾ であること、即ち、当事者の無知が責任の減免される (excusable) 無知であることが要求される¹²⁰⁾。この厳格な要件は、時間的遠隔性を客観的要件とすること、及び、外観が様々な効果を当事者のみならず第三者にも齎し得ることから課されることとなる¹²¹⁾。この点につき、Jobard-Bachelier は、再び Schwebel 事件を例にとり、前婚夫婦が

114) *Ibid.*

115) *Id.* at 59.

116) *Id.* at 59, 63ff.

117) *Id.* at 64.

118) 尚、Jobard-Bachelier は、フランス法上禁止されている法律詐欺ないし法律回避に関し、ある状況の形成当時における法律詐欺は、外観規則の適用上必ずしも問題とならないとする。なぜならば、ここでの問題は、権利形成の段階で法律詐欺や法秩序の錯誤に対する悪意があったか否かでなく、むしろ法廷地で問題となった時点において、当該権利を決定的に取得したことが当事者の正当な期待に属するものであるか否かであるからである。*Id.* at 67.

ちなみに、法律回避とは、抵触法上、「本来の準拠法を適用すると自己に不利な結果が生じる場合に、連結点自体を故意に変更して、自分に有利な結果をもたらす準拠法の適用を図ること」をいう（中西ほか・前掲注 90）78-80 頁）。我が国では法律回避行為自体を無効とする規定はないが、フランスでは法律回避行為は無効とされている（同上）。

119) これは、ローマ法諺「共通の錯誤は権利を成す (*Error communis facit jus*)」に由来し、「およそ最大限の注意を尽くしても万人が避けることのできない誤信」を指すとされる（武川幸嗣「フランスにおける表見代理法理の意義と機能」横浜市立大学論叢社会科学系列 47 巻 1 号 (1996) 129 頁、132-133 頁、及び、そこに挙げられる文献参照）。また、「当該法律行為をした第三者と同一の状況に置かれたすべての通常人が陥るであろう錯誤」である「正当な錯誤」と区別される（織田博子「フランスにおける外観法理—判例における表見代理理論の検討を中心として」駿河台 2 号 (1988) 161 頁、172 頁、及び、そこに挙げられた文献参照）。See also, J. Ghestin (sous la direction de), *Traité de droit civil : Introduction générale* (LGDJ, 4^e éd, 1994), at 840ff.

120) Jobard-Bachelier, *supra* note 88, at 74-76.

121) *Id.* at 74-76.

イスラエル社会に同化する (*intégrer*) 前に生じた、離婚の有効性に対する個人的確信は、その時点では、法廷地の通常の準拠法選択規則の適用を排除するには不十分であったとする¹²²⁾。

(5) 以上の要件が具備されれば、効果としては、問題となった行為や法的状況の合法性 (*régularité*) の保護という、一定の実質法的結果が実現されることとなる¹²³⁾。このように、外観規則は、新たな準拠法選択を目的とするのではなく、取得された筈の権利を維持することを直接の目的とし¹²⁴⁾、その際には、当事者が状況の法的現実につき信頼を形成する際に参照した法秩序を必ず問題とする¹²⁵⁾。この点で、外観規則は、前述のベネルクス条約に関連して述べた、複数法秩序の抵触法の参照という *Meijers* の学説や、「行為は場所を支配する (*locus regit actum*)」の原則¹²⁶⁾、関係する実質法の中で最も優位な法の適用¹²⁷⁾、といったアプローチとは異なるとされる¹²⁸⁾。

(6) 以上、*Jobard-Bachelier* の抵触法上の外観規則について概観した。既にみた他のアプローチと比べた同学説の最大の特徴は、時間的及び空間的遠隔性に由来する当事者の期待を考慮に入れ、具体的な形で、ある状況を維持するか否かを直接問題とする点にあると言える。本稿の想定する事案との関係では、*Jobard-Bachelier* 自身が検討した *Schwebel* 事件に加え、*Raape* の事例でも、ロシアで挙行された婚姻と法廷地であるドイツは時間的にも空間的にも関連を欠くことから、法廷地との関連性に関する客観的要件、及び、法廷地についての当事者の無知に関する主観的要件共に充足されると思われる。よって、*Jobard-Bachelier* の外観規則によれば、*Raape* の事例におけるロシアでの婚姻も有効とされるだろう。

122) *Id.* at 75.

123) *Id.* at 86.

124) *Id.* at 85.

125) *Id.* at 86.

126) これは、法律行為の成立を容易にするために、行為地法によれば法律行為が有効であれば、これを有効とする原則であるが、現在では一般に、方式に関して行為地法に従った方式を有効なものと認める原則として理解される (溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』(有斐閣、2005) 322 頁参照)。

127) これは、ある権利が世界中或いは少なくとも関係国の何れかの国内法に従い有効であれば、その有効性を認めてよいとする考え方である。*Jobard-Bachelier*, *supra* note 88, at 85.

128) *Id.* at 82-85.

このように、抵触法上の外観規則は本稿の問題に対し適切な処理枠組みを提示するように見える。しかしながら、外観規則にも問題がないわけではない。例えば、Mayer は、事件毎に当事者の主観的要素を評価することには困難が伴う点や、抵触法上問題となる法的状況が有する国際的性質は、それ自体で法廷地の確定に関する不確実性を伴うことから、外観規則の適用が通常の準拠法選択規則による原則的な解決を混乱させる恐れがある点を指摘する¹²⁹⁾。

本稿の著者は、Mayer が指摘するような外観規則の適用が齟齬処理の混乱という懸念に加え、法廷地の準拠法選択規則の適用に対する責任の減免され得る完全かつ正当な無知という外観規則の要件は、合法的に形成された法律行為や法的状況の保護という観点からすると、厳格すぎるのではないかと考える。例えば、Raape の事例において、仮に法廷地が当事者の本国であるスイスであった場合、法廷地が当事者の本国であることから上記の無知の要件が満たされないために、外観規則上ロシアにおける婚姻を有効と認めることが出来ないとするならば、外観規則は本稿の想定する事案の処理枠組みとしては適切ではないと言えよう。法廷地が当事者の本国であるか否かにより、ドミサイルがある地や常居所地等当事者と一定の関連を有する地で有効になされた婚姻の法廷地における取扱いを異にすることは、国際的な身分関係の安定という観点からは正当化し難いと思われるからである。

(7) 上記の外観規則の問題点を考慮し、本稿の著者は、抵触法上の外観規則を本稿の想定する事案の処理枠組みとして採用することは出来ないと考える。だが、同規則が、反致や先決問題従属連結説といった一般的かつ形式的な法理論とは異なり、外国で形成された具体的な法律関係を維持すべきか否かを直接に問題とした点は、本稿の想定する事案の処理枠組みを考える上で示唆的であったと思われる。この意味で、外観規則と同様、外国で形成された法律関係ないし状況を直接問題とするフランス学説の「状況の承認の方法」は、本稿の問題に関する処理枠組みの探求にとって重要となるアプローチと言えよう。

129) See, Mayer 2005, *supra* note 35, at 567.

