

論 説

国際的な身分関係の継続に向けた抵触法的対応(4・完) — フランス学説の「状況の承認の方法」の 検討を中心に

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、263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（以上、264号）

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（以上、本号）

第三章 検討

第一節 はじめに

前章第一節及び第二節においては、従来のアプローチが外国で形成された身分関係の継続を確保する処理枠組みとしては、十分機能するとはいえないことを示した。同章第三節においては、従来のアプローチの欠点を克服するものとして、フランスにおける「状況の承認の方法」を取り上げ、それに関するフランス学説を整理・概観した。前章での分析によれば、状況の承認の方法は、以下挙げる点で、外国で形成された身分関係の継続を確保するのに有力な処理枠組みを提供しうると評価できよう。

第一に、反致や先決問題による処理は、外国で既に形成された身分関係の有効性を法廷地で認めるための処理枠組みとしては、一般的かつ形式的すぎる点に問題があった¹⁾。これに対し、状況の承認の方法は、既に形成された身分関係を維持すべきか否かを直接かつ具体的に問題とする点に利点がある。第二に、既得権説は、法律関係とそれが形成された地との属地的関連性を要求する点が、身分関係の継続という観点からは厳格であったことに加え²⁾、根本的には、既得権概念自体が具体的な処理枠組みを提示するものではない点に問題があるといえる³⁾。これに対し、状況の承認の方法は、必ずしも厳格な属地的関連性を要求しない、外国判決の承認要件

1) 第二章第一節二及び三（本誌 262 号（2015）163-176 頁）を参照。

2) 第二章第一節一（本誌 262 号（2015）158-163 頁）を参照。

3) Pamboukis によれば、既得権説の真の弱点は、法律関係がいつ存在するのかを正確かつ客観的に確立することが困難である点にあるとされる。Ch. Pamboukis, *La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance*, *Rev. crit. DIP* 97 (2008), p. 513, 526.

を基にした処理枠組みを提示する点で、柔軟性と明確性のバランスにおいて優れているといえる。第三に、ベネルクス条約や抵触法上の一般例外条項、外国で挙行された婚姻の承認に関する規定は、一定の場合には機能すると評価できるものの⁴⁾、状況の承認の方法は、外国で形成された身分関係一般につき外国判決の承認要件を基にした要件を設定する点で、一般性や明確性の観点から評価できるだろう。最後に、抵触法上の外観規則（Jobard-Bachellier）は、当事者の期待に基づきある状況を維持するか否かを具体的かつ直接に問題とする点で、状況の承認の方法と類似するが、当事者の主観面の判断に関し不明確さが残る点や、外観規則の適用にあたり、厳格な法廷地との関連性の希薄さが要件とされる点については、予測可能性や実効性の観点から問題がある⁵⁾。

以上簡潔にまとめたように、フランス学説が提唱する状況の承認の方法は、既に外国で形成された身分関係が存在する場合の事案の処理枠組みとして、有力なアプローチを提供するものと評価できる。そこで、以下では、フランスにおける議論での対立点を踏まえつつ⁶⁾、外国判決以外の外国国家行為が介在する場合（第二節）、及び、外国国家行為が何ら介在しない場合（第三節）の二つの場合に分け、外国で形成された身分関係につき我が国で用いられるべき処理枠組みを検討することとする。前者は、外国国家行為承認の効力範囲に関する我が国抵触法上の議論と連続性を有するが、後者は、従来我が国抵触法上十分議論されてこなかった点であるといえる。最後に、外国登録パートナーシップと外国国家機関が介在することなくなされた私的離婚を例として取り上げ、以上の検討により提示された処理枠組みの具体的な適用方法を示すこととする（第四節）。

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

（1）我が国抵触法上、身分関係に関する外国判決以外の外国国家行為の内国における効果という問題は、外国離婚判決といった形成判決の実体法上の形成力が、我が国民訴訟法 118 条の外国確定判決の承認の範囲に含

4) 第二章第二節一及び三（本誌 263 号（2015）438 頁以下）を参照。

5) 第二章第二節三（本誌 263 号（2015）456-463 頁）を参照。

6) 第二章第三節五の小括（本誌 264 号（2015）287-288 頁）を参照。

まれるか否か、という形で議論されてきた⁷⁾。この点に関しては、外国形成判決が形成した離婚の実質的成立要件につき、我が国の準拠法選択規則が指定する準拠法による審査を行うことを提唱した、江川英文教授のいわゆる準拠法の要件説が有名である⁸⁾。だが、現在、外国形成判決の承認に際し準拠法要件は一般に不要であると考えられており、外国離婚判決も外国確定判決と同様、基本的には我が国民訴訟法 118 条を適用するというのが通説及び裁判例の立場であるとされる⁹⁾。このように、我が国抵触法上は、外国形成判決、さらには、承認要件に関する争いがあるものの、外国非訟事件裁判についても¹⁰⁾、外国国家行為承認アプローチ¹¹⁾の処理枠組みにより判断されているといえる。

これに対し、我が国学説上、婚姻届の受理等の外国行政行為が介在して形成された身分関係の処理については見解が分かれる。通説的立場によれば、外国における婚姻や裁判外での離婚・養子縁組等の身分関係の実質的成立要件については、我が国の準拠法選択規則である「法の適用に関する通則法（以下、「通則法」とする）」が指定する準拠法によるとされる¹²⁾。

7) 外国形成判決の形成力の承認に関して、例えば、酒井一「外国形成裁判の承認」高田裕成他編『企業紛争と民事手続理論』（商事法務、2005）889 頁、907 頁以下参照。また、中西康＝北澤安紀＝横溝大＝林貴美『国際私法』（有斐閣、2014）180 頁参照。

8) 江川英文「外国離婚判決の承認」立教法学 1 号（1960）27 頁。

9) 学説の整理として、徳岡卓樹「身分関係事件に関する外国裁判の承認」澤木敬郎＝青山善充『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、1987）403 頁、417-425 頁、渡辺惺之「外国形成判決の承認」澤木敬郎＝塚場準一『国際私法の争点 [新版]』（有斐閣、1996）243 頁、244 頁、河野俊行「非訟裁判の承認」櫻田嘉章＝道垣内正人『国際私法判例百選 [第 2 版]』（有斐閣、2012）232 頁等参照。裁判例としては、民訴訟法 118 条を準用するものとして、東京高判平成 5 年 11 月 15 日高民集 46 卷 3 号 98 頁、東京高判平成 10 年 2 月 26 日判時 1647 号 107 頁等がある。他方、118 条を全面的に適用するものとして、東京地判平成 4 年 1 月 30 日家月 45 卷 9 号 65 頁、東京高判平成 9 年 9 月 18 日高民集 50 卷 3 号 319 頁、大阪高判平成 22 年 2 月 18 日家月 63 卷 1 号 99 頁等がある。なお、本文で述べたような外国離婚判決の効力の承認に関する戸籍実務の方向転換は、昭和 51 年法務省民二第二八〇号民事局長通達においてなされた（同通達に関し、藤田秀次郎「外国離婚判決の承認」戸籍 363 号（1976）13 頁以下、平賀健太「外国離婚判決の承認」戸籍 369 号（1976）1 頁以下参照）。

10) 以下、本稿では、前掲注 9) で挙げたような、我が国学説上、民訴訟法 118 条による処理に服すと考えられている外国国家行為を「外国判決」と呼ぶ。

11) 以下、本稿では、我が国民民事訴訟法 118 条に規定される外国裁判所の確定判決の承認を中心とする手続的なアプローチを「外国国家行為承認アプローチ」と呼ぶ。

12) 裁判外離婚について、渡辺惺之「外国の離婚・日本の離婚の国際的効力」岡垣學＝野田愛子『講座・実務家事審判法（5）』（日本評論社、1990）189 頁、192-

従って、石黒教授の見解によれば、「方式」としての外国行政行為といった外国国家行為の承認の効力が、当該行為により形成された身分関係の実質的成立要件にまで及ぶこととなる。

② 次に、横溝大教授は、上述した石黒教授の見解と同様、外国国家行為一般を外国国家行為承認アプローチに服させるべきであると主張するが、外国判決以外の外国国家行為の承認の効力が及ぶ範囲につき、石黒教授とは異なる見解に立つ¹⁷⁾。横溝教授は、外国判決の承認を中心とする外国国家行為承認制度を、「既に断定的に新たな権利義務関係を形成した外国国家行為が存在している場合にその効果を法廷地でどのように評価するか¹⁸⁾」という問題として、一般的な形で把握する。その上で、外国国家行為の承認要件については、「外国国家行為承認制度の制度趣旨を体現した民法118条との整合性という観点から、国際管轄、手続的保障、及び公序¹⁹⁾」を基軸とした承認要件を課すとするが、その承認の効力が及ぶ範囲については以下のように述べる。すなわち、「外国国家行為の承認の効果」の発生は、「外国国家行為を契機とした強行的適用法規の適用²⁰⁾」の結果であり、「外国国家行為の承認により発生する効果の範囲という問題は、当該外国国家行為が契機となって適用される当該外国『強行的適用法規』の範囲によって定まってくる²¹⁾」、とするのである。

の問題との関係」（石黒・同上174頁）についての理論的整理、という同教授の問題意識がある。

- 17) 横溝大「外国国有化・収用措置の我が国における効果」法協113巻2号(1996)224頁、同「国際預金取引への国家干渉に関する抵触法的考察」金沢法学40巻2号(1998)189頁、同「国際倒産法の再検討⑤否認・双務契約・相殺(上)(下)」NBL663号43頁、666号37頁(1999)、同「法人に関する抵触法的考察—法人の従属法か外国法人格の承認か—」民商135巻6号(2007)1045頁。なお、これらの論稿は人の身分的地位や身分関係に関するものではないが、外国国家行為一般の承認に関する議論をなすものであることから、本稿の問題に対する処理枠組みを採るために取り上げることとする。
- 18) 横溝大「国内に所在する外国国家財産に対する執行について」金沢法学43巻2号(2000)133頁、178頁。
- 19) 横溝(法人)・前掲注17)1070頁。
- 20) 横溝(倒産法(下))・前掲注17)39頁。「強行的適用法規」については、本誌264号(2015)275頁注(66)参照。
- 21) 横溝・同上。例えば、外国判決の承認の効果は、「『判決』という国家行為に連動して『強行的適用法規』である民事訴訟法が適用されることにより生じる」(横溝・同上41頁注(55))という形で説明される。従って、判決国法上の効力範囲と承認国法上のそれとの乖離が著しい場合における「公序」に基づく調整や、争点排除効(collateral estoppel)について、前訴における当事者の「手続保障」が確保されているときには、それを承認してよいといった処理(本間靖規=中野俊

その上で、横溝教授は、外国国家行為と密接に結びつく外国強行的適用法規が問題とならず、かつ、外国国家行為から影響を受けずに私人間の法律関係を規律する法規²²⁾が問題となる場合には、当該法律関係の効果に関して別途準拠法選択が必要になるとする²³⁾。この場合には、「外国国家承認制度の本質とされる実質的再審査禁止の原則との関係で、外国国家機関が実質的な審査を行ったか否かという点により異なる処理をするべきである」²⁴⁾とし、かかる実質的な審査が行われていないときには、形成された法律関係の法廷地での無効の可能性に開かれていなければならない、とするのである²⁵⁾。よって、実質的な審査が行われていないときには、法廷地の準拠法選択規則に従った準拠法選択がなされることとなる²⁶⁾。

このように、横溝教授の見解は、外国判決以外の外国国家行為についても、我が国民訴訟法 118 条類似の要件により、手続的に審査することを主張する点で石黒教授の見解と軌を一にするが、当該外国国家行為の承認の効力をどこまで及ぼすかという点においては、同教授の見解と一線を画す。すなわち、権利形成的国家行為の承認の効力は当該国家行為が形成した私的法律関係の実質的成立要件にまで及ぶと考える石黒教授の見解に対し、横溝教授の見解は、外国国家行為から影響を受けずに私人間の法律関係を規律する法規が問題となるときには、当該外国で実質的な審査がなされていない限り、外国国家行為の承認の効力は当該私的法律関係の実質的成立要件にまでは及ばない、とするのである。加えて、横溝教授の見解によれ

一郎＝酒井一『国際民事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2012）178頁参照）は、同見解によれば、判決を契機として適用される強行的適用法規たる外国民事訴訟法の一部の規定に対する、承認審査として説明されよう。

22) 横溝教授は、これを準拠法選択規則により選択されることで初めて適用される法規として、「任意的適用法規」と呼ぶ（横溝大「職務発明を巡る国際的法適用関係」知的財産法政策学研究 18号（2007）201頁、205頁）。

23) 横溝（倒産法（下）・前掲注17）40頁。

24) 横溝（法人）・前掲注17）1068頁。

25) 同上。

26) 横溝・同上 1068頁、1073頁注（105）。ここでは、以下の中西康教授の見解が引用される。すなわち、「行為地が外国の場合、統一的処理を目指さず、外国国家機関の決定ならば民事訴訟法 118 条によるその承認を問題とし、そうでない単なる事象は我が国の国際私法により指定された準拠法により審査するというように、処理方法を二分する方が妥当であろう（決定があればその実質はもはや審査せず承認するのに対して、国家が関与しても、単なる受理のように決定の要素のない場合は指定された準拠法による再審査をすることに、十分理由がある）」という記述である（中西康「審判離婚」櫻田嘉章＝道垣内正人『国際私法判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2012）7頁）。

ば、かかる実質的成立要件の審査の際には、法廷地の準拠法選択規則により指定される準拠法が適用されることとなる。

(2) では、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、如何なる処理を行うのが適切だろうか。以下、この点について検討する。

① 先ず、準拠法選択アプローチと外国国家行為承認アプローチのいずれの処理枠組みを用いるべきかが問題となる。既に述べたように、我が国の通説的見解によれば、外国形成判決や非訟事件裁判を含む外国判決とそれ以外の外国国家行為とが区別された上で、後者については、外国国家行為承認アプローチではなく準拠法選択アプローチに服することとなる。しかし、石黒教授が指摘するように、権利形成的国家行為が裁判行為か行政行為かにより外国国家行為承認アプローチと準拠法選択アプローチとを区別する理由は必ずしも明白でない²⁷⁾。また、私的法律関係が何らかの外国国家行為の介在により断定的に形成された以上、当該国家行為が我が国で有する効力については、準拠法選択アプローチの処理枠組みを通じて当然にそれを認めるのではなく、関係当事者の手続的権利の保護という観点から、外国国家行為承認アプローチの処理枠組みにおいて手続的審査を経た上で認めるべきであろう²⁸⁾。

従って、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の有効性については、外国国家行為一般に関する我が国での処理の一貫性、及び、外国国家行為の手続的審査による私人の手続的権利の保護という観点から、外国国家行為承認アプローチの処理枠組みにより判断する方が適切であると考えられる。

② 次に、外国国家行為承認アプローチの処理枠組みを用いるとしても、承認の効力について、身分関係の実質的成立要件と形式的成立要件のいずれにまで及ぶとすべきかが問題となる。言い換えれば、外国判決以外の外国国家行為の承認の効力は、それにより形成された身分関係の実質的成立

27) 石黒・前掲注14) 174頁。高桑・前掲注12) 99頁も、外国で行われた裁判外の離婚に関し、「離婚地において裁判による離婚も当事者の協議による離婚もともに認められている場合に、両者について異なる取扱をする実質的な理由は明らかでない」と述べる。平賀・前掲注9) 6頁にも同様の指摘がある。

28) 婚姻の形式的成立要件としての国家機関の介在に関し、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』(有斐閣、2011) 23頁〔横溝大執筆〕参照。

要件にまで及ぶ（石黒説）とするか、それとも、その形式的成立要件にまでしか及ばない（横溝説）と解すべきであろうか。これは、石黒一憲教授が指摘するように、論理の問題ではなく、どのような処理が妥当かという価値判断の問題であるといえる²⁹⁾。

では、各国の準拠法選択規則が相違するという現状で、我が国抵触法上、外国判決以外の外国国家行為を介して形成された身分関係の有効性をどこまで尊重すべきなのだろうか。我が国抵触法上、国境を越えることで発生する矛盾した身分関係が私人にもたらす不都合については、かねてよりその問題が指摘されてきた³⁰⁾。にもかかわらず、外国で既に形成された身分関係につき我が国通則法が指定する準拠法を適用した結果、国際的に矛盾した身分関係が発生したとしても、それは各国準拠法選択規則が異なるために生じる不可避的な現象であり、やむを得ないことであると考えられてきたのである³¹⁾。

しかし、石黒一憲教授が指摘するように、国家行為のなされた地で有効に形成された法律関係につき、法廷地の準拠法選択規則を介して新たにその実質的有効性を判断することは、国際的身分関係の調和の観点からすれば望ましいことではない³²⁾。例えば、登録や届出の受理等の外国国家行為の介在により外国で有効になされた婚姻関係を前提とし、場合によっては養子縁組といった他の身分関係が生じていることが考えられる³³⁾。それにもかかわらず、我が国通則法により指定される婚姻準拠法上の実質的成立要件が充足されていないことのみを理由に、当該婚姻の法廷地における有効性を否定することは、一旦有効に形成された身分関係に関する当事者の期待を裏切るものであり、長期間継続する性質を有する身分関係の安定にとって耐えがたい混乱を齎すといえる³⁴⁾。

29) 正確には、外国の権利形成的国家行為につき、我が国民訴法 118 条による手続法のアプローチすなわち外国国家行為承認アプローチと狭義の国際私法すなわち準拠法選択アプローチとの何れのアプローチを採用かという両アプローチの調整についての言及である（石黒・前掲注 14）202 頁）。

30) 例えば、本誌 262 号（2015）153 頁注（7）に挙げられる文献を参照。

31) 同上参照。

32) 高桑・前掲注 12）99 頁も参照。

33) 北坂・前掲注 12）170-172 頁参照。また、高桑・同上 100 頁も参照。

34) 例えば、P. Lagarde, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures*, *RechtsZ* 68 (2004), p. 230 s は、契約や不法行為と比べ、長期間継続する身分的地位に関し重要なことは、それがひとたび形成

以上の考察によれば、石黒説のように、外国判決以外の外国国家行為の承認の効力は当該国家行為の形成した私的法律関係の実質的成立要件にまで及ぶこととなると考えるのが自然であろう。しかし、かかる処理にも以下のような問題がある。ここでは、外国で挙行された婚姻の承認の可能性に関する、横山潤教授の以下の指摘が重要となる。すなわち、「国家機関の関与が創設的な意味をもつかぎり、婚姻意思、届出そして受理という三つの問題を一体として把握し、『承認』を問うことができよう。とはいえ、国家機関の関与がもつ機能に着目するかぎり、それは、基本的に次の三つの意味をもっており、それ以上のものではあるまい。すなわち、婚姻の実質的成立要件の確認、婚姻成立時期の明確化そして第三者にたいする公示である。逆に、婚姻の実質的成立要件の存否についてまで機関所属国法が密接に関連するわけではない³⁵⁾」との指摘である。Mayer や Bollée が指摘するように³⁶⁾、裁判外での身分関係の形成における実体審査に関しては、外国国家機関の関与が通常限定的な意味しか有さず、常にその無効の可能性に開かれているため、そのようにして外国で形成された身分関係につき、無効確認請求等の機会を奪い、当該外国で付与する以上の効果を我が国で付与することには問題があるといえるだろう³⁷⁾。

従って、外国で形成された身分関係の実質的成立要件につき当該外国国家行為による実質的審査が行われていない以上、法廷地では、当該身分関係について実質的（再）審査の余地が残されていなければならないといえ

されれば当該私人の国際的な移動により再び問題とされることのないことである、と述べる。

35) 横山潤『国際家族法の研究』（有斐閣、1997）75頁。また、外国離婚に関しては、高桑・前掲注12）104頁が、「外国でなされた離婚の効力を尊重し、これを承認することが望ましいとはいっても、離婚にはいくつかの方法があり、離婚の確定の度合にちがいがあ」と述べている。高桑教授は、「裁判外の離婚であっても、それが離婚地における通常の方法では覆しえないような場合はこれを承認してよいが、そうでない場合には、わが国の国際私法の指定する準拠法に従った離婚であるかどうかによって承認されるか否かを決めざるをえない」（同104頁）とし、具体的には、調停離婚や行政機関による離婚等は承認されうるが、単なる協議離婚や一方的意思表示による離婚等については、離婚地の準則（実質法あるいは準拠法選択規則）に従い当該離婚の有効性を判断することが考えられるものの、かかる処理を「内国の裁判所又は戸籍実務の担当者に求めることが適当かどうか疑問」であることから、この場合には、我が国準拠法選択に指定する法によるべきであるとする（高桑・同上104-105頁）。

36) Mayer の見解につき、本誌264号（2015）273-274頁参照。Bollée の見解につき、同284-285頁参照。

37) V. P. Callé, *L'acte public en droit international privé* (Economica, 2004), pp. 267-270.

よう³⁸⁾。この点において、法廷地における実質的再審査の余地を排除してしまう石黒説を採ることはできない。

③では、実質的再審査の余地を残した処理枠組みとして、具体的に如何なる処理枠組みが考えられるだろうか。ここで、仮に横溝説のように、外国国家行為の介入により実質的な審査を経ずに形成された身分関係に関し、その実質的成立要件の瑕疵を理由とした無効請求が我が国において提起された場合に、我が国通則法に基づく実質的な再審査を認めるならば、各国準拠法選択規則が相違するという現状では、国際的に矛盾した身分関係の回避という目的に反する結果となる恐れがある。従って、この場合には、Bolléeが述べるように、当該外国国家機関の前で身分関係を形成した当事者が抱く準拠法に関する期待の尊重という観点から³⁹⁾、我が国通則法上指定される準拠法の適用を排し、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⁴⁰⁾を我が国で選択・適用すべきではないだろうか⁴¹⁾。こうすることにより、実質的な審査を経ることなく外国国家行為の介入により身分関係を形成した当事者から、法廷地におけるその無効請求の機会を奪うことなく、各国準拠法選択規則の相違が齟齬不都合を回避することが可能となるといえる。

以上述べた本稿の立場を繰り返せば、以下のようにまとめられる。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、外国国家行為承認アプローチの処理枠組みで判断されるが、当該外国国家行為の承認の効力は、それにより形成された身分関係の法廷地における無効請求の可能性に開かれていることを条件として、当該身分関係の実質的成立要件にまで及ぶこととなる⁴²⁾。そして、実質的成立要件の瑕疵を理由とする無

38) 上述した横溝教授の見解を参照。なお、横溝教授は、登録パートナーシップ制度に関しては、その社会政策的色彩の強さから実質的成立要件の審査が禁じられると考える余地があるとする（前掲注28）23頁）。

39) 本誌264号（2015）272-273頁参照。

40) なお、ここでいう準則には当該外国の実質法に加え当該外国の準拠法選択規則も含まれる。同上参照。

41) この点の理論的根拠につき、本稿は、承認の対象は準則であると考えられる Bolléeの見解（同上）に依拠する。

42) この点につき、Mayerの見解（前掲注36）を参照。なお、Calléは、私的行為についてそうであるように、実体面（*negotium*）の有効性は推定されるものなので、決定以外の外国国家行為について外国国家行為の承認を論じる利益はないとする。Callé, *supra* note 37, pp. 269-270.

効請求がなされた場合には、法廷地の準拠法選択規則が指定する準拠法ではなく、当該国家行為が当該身分関係の形成の際に判断の基礎とした準則が選択・適用されることとなる⁴³⁾、ということである。

(3)ところで、以上本稿が提示した処理枠組みが国際的な身分関係の継続にとって適切であるとしても、何故、法廷地の準拠法選択規則の適用を排してまで、抵触法上このように国境を越える人の移動を積極的に確保する必要があるのか、という疑問が直ちに生じるだろう。以上述べた主張には、その積極的な正当化が必要となる。というのも、当事者の期待に基づく国際的な身分関係の継続という考慮は、実際、従来抵触法上重視されてきた抵触法的考慮を越え、個別具体的な私的利益の実現という実質法的考慮に関わるからである⁴⁴⁾。ここで注目されるのが、国際的な移動の権利 (le droit à la mobilité internationale) を実効的に確保することにより、私的利益を充足させることを抵触法が実現すべき目標の一つとして捉える Guillaumé の見解⁴⁵⁾ である。以下、この点に関する Guillaumé の見解を概観する。

まず、Guillaumé によれば、抵触法は内国法秩序の先在性 (antériorité)⁴⁶⁾ と国際的な私的法律関係の正統性 (légitimité)⁴⁷⁾ という二つの考えに基づく⁴⁸⁾、グローバル化における国家法の權威の衰退や基本的人権の発展を背景として、抵触法上、国家ではなく個人が中心に考えられるようになり、後者が優位になる形で二つの考えのヒエラルヒーが逆転するに至っている

43) 本稿の提示する処理枠組みの法的根拠は、準拠法選択規則理論と外国国家行為制度から成る抵触法の理論構造、及び、外国国家行為承認制度の対象を準則と考える理論的理解 (Bollée) から解釈論として導かれるため、その明文規定は不要であると考ええる。

44) 本稿第二章第三節一 (本誌 264 号 (2015) 264-271 頁) 参照。

45) J. Guillaumé, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé* (LGDJ, 2011). また、*id.*, *The Weakening of the Nation-State and Private International Law: The "Right to International Mobility," Yearbook of Private International Law*, Vol. 14 (2012/2013), pp. 519-538. 同見解を紹介する邦語文献として、横溝大「グローバル化時代の抵触法」浅野有紀=原田大樹=藤谷武史=横溝大編著『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂、2015) 109 頁、116-119 頁がある。

46) 国内法秩序の先在性とは、実定法を制定しそのサンクションを実効的に実施する存在である国家が国際社会に先んじて存在するという歴史的順序に関する、Batiffol の議論に依拠する概念である。 *Id.* p. 293, fn (6); H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé* (Daloz, 1956), p. 323.

47) なお、Guillaumé は、ここでいう正統性は法的にはなく事物の本性 (la nature des choses) により正当化されるとする。Guillaumé, *id.* p. 293, fn (7).

48) *Id.* p. 293.

とされる⁴⁹⁾。なお、ここでいう国際的な私的法律関係の正統性とは、以下のことを意味するとされる。すなわち、人間は元々移動する社会的動物であることや、主権国家による世界の分割は危険でしばしば疑問視される結果を齎しつつ進展してきたものであることから、人間の社会的・個人的・家族的・商業的・経済的生活が、普遍的自然に反し設定された国境によって制限されることはない、ということである⁵⁰⁾。

次に、Guillauméは、以上述べた二つの考えのヒエラルヒーが逆転した結果、国際的な移動の権利が出現するようになったと指摘する⁵¹⁾。Guillauméによれば、国際的な移動の権利とは、既に形成された国際的な法的状況の継続性、国際的な法的状況を形成する際の解決の予測可能性、及び、個人の保護という三つの内容を持つ権利であり⁵²⁾、これらの三つの考慮は私的利益の充足に関わるため、この権利は、実質法的正義の実現を要求することになる⁵³⁾。従って、同権利の実効的な確保のためには、実質法的価値から中立的に最密接関連地法を探求する伝統的な準拠法選択の方法では不十分であるとし、Guillauméは、実質法的正義の実現を抵触法上の新たな目標として設定するのである⁵⁴⁾。

以上のGuillauméの議論は、私的利益の充足といった実質法的正義の実現を抵触法理論の新たな目標として提示することで、国境を越える人の移動というグローバル化に対応する議論として注目される。無論、国際的な人の移動を基本的人権の一つとして我が国でも認めることが出来るかという点については慎重な議論が必要であると思われるものの⁵⁵⁾、抵触法理論の伝統的目的である国際的な私法的法律関係の調和を、より具体的かつ実質的に実現すべきであるという主張は、国際的な人の移動の流動化というグローバル化の文脈で捉えれば、十分な説得力を有する議論であるといえるのではないだろうか。当事者の期待に基づく国際的な身分関係の継続と

49) *Id.* p. 304, 411.

50) *Id.* p. 293, fn (7). この意味で、国際的な私的法律関係の正統性は個人の自由に属すとされる。*Id.* p. 293.

51) *Id.* p. 411.

52) *Id.* p. 297.

53) *Id.* p. 337.

54) *Id.* p. 328 s, 505.

55) Guillauméによれば、国際的な人の移動の権利は、ヨーロッパ市民の移動の自由や国際的な家族生活の尊重といった基本権に基づくこととされる。*Id.* p. 304. この点につき、本章第五節も参照。

いう、上述した本稿の挙げる考慮は、身分関係に関して抵触法が実現すべき実質法的正義の一つとして正当化されると考えることができよう。

(4) 最後に、本稿が提示した以上の処理枠組みにおける承認要件であるが、この点については、石黒教授や横溝教授の見解と同様、基本的には、国際管轄すなわち外国国家機関と事案との関連性、当事者に対する手続的保障⁵⁶⁾、及び、公序を基軸とした要件が課されることとなろう⁵⁷⁾。なお、登録や届出の受理等がなされた外国国家機関と当事者との関連性に関し、例えば、Mayerの見解においては、登録パートナーシップや婚姻、離婚の場合、少なくとも一方当事者の本国であることやドミサイルのある国であること、といった程度の関連性が要求されていた⁵⁸⁾。この点については、外国判決の承認における間接管轄に関する議論と本稿で提示した処理枠組みにおける関連性要件との関係をどのように考えるかにより、理論的にはさらなる検討が必要であると思われるものの⁵⁹⁾、少なくとも本稿の対象とする身分関係については、一方当事者の本国あるいは常居所といった程度の関連性が求められるべきであろう。

上記要件の他にも、フランス学説では、ほぼ一致して法律詐欺要件が要求されていたが、我が国抵触法上は、同要件が問題とする当事者の主観面の判断が困難であるといった理由から一般に採用されていないこともあり⁶⁰⁾、法律詐欺要件は不要と解すべきであろう。また、Mayer及びBolléeが主張する、「通常適用される本国法の最も強行的な部分」の介入という要件の可否も問題となる⁶¹⁾。確かに、MayerやBolléeが具体例として挙げる同性婚の禁止といった、通常適用される準拠法上の一定の強行的な規定が逸脱されることに対する懸念も理解できないわけではないが、その介入

56) なお、手続的公序に関し、Bollée(本誌264号(2015)279頁)は、決定が問題となる事案以外では通常裁判におけるような防衛権は問題とならないとし、要件としては不要とする。だが、仮に通常問題とならないと考えられるとしても、手続的保障の射程をより広くとり、審問請求権を越えた手続的正義の保障を要件とすべきではないだろうか。

57) 横溝(法人)・前掲注17)1070頁参照。

58) 本誌264号(2015)281頁参照。

59) 特に、外国判決承認制度における間接管轄の基準に関する鏡像理論が問題となる。

60) 「法律回避」とも呼ばれる(澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門[第7版]』(有斐閣、2012)33-34頁、中西ほか・前掲注7)78-79頁等参照)。

61) Bolléeは、かかる介入を警察法の適用の問題として位置付ける。本稿第二章第三節(本誌264号(2015)280頁)を参照。

の理論的根拠は必ずしも明確でなく、仮に通常の準拠法選択規則により指定される準拠法上の一定の規定の介入を認めるならば、実質的には法廷地の準拠法選択規則を適用したのと同様の結果に至り、本稿の処理枠組みを採る意義が失われるように思われる。準拠法如何に関わらず適用される強行的適用法規の適用が問題となるのでない限り、上述した関連性・手続的保障・公序という三要件が充足されれば、外国判決以外の外国国家行為が介在して形成された身分関係は承認されると考えるべきである⁶²⁾。

第三節 私的行為への承認アプローチの拡大根拠

(1) 前節では、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検討した。これに対し、本節では、何らの外国国家行為も介在せず外国で身分関係が形成された場合に、如何なる処理が採られるべきであるかについて検討する⁶³⁾。ここでは、私的行為の有効性を外国国家行為承認アプローチの処理枠組みに服させることが、まず理論的に可能か否かが問題

62) なお、イスラムの国々においては、状況の承認の方法により法廷地の一方主義的な準拠法選択規則の絶対主義を緩和させる一方で、通常適用される準拠法（法廷地法）上の最も強行的な部分を承認要件として課すことにより、自国法秩序の開放度を具体的に決定出来るという点で、状況の承認の方法と同要件の組み合わせが重要となる、とする見解として、L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, (Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2013), pp. 293-302. 同見解の背景には、ヨーロッパ法システムと伝統イスラム法システムとは異なる文化に属することから、その間では抵触法が前提とする法的共同体が存在しないという分析に基づき、かかる文化の抵触 (conflict de cultures) の領域においては、法廷地の実質法的正義の保護に対してより重要な位置付けを付与すべきであるという考えがある。V. e.g. *id.* pp. 234-236. 仮にこのような従来の抵触法とは異なる前提的理解に立てば、通常適用される準拠法上の最も強行的な部分の介入という要件につき、一定の理論的基礎を付与することがあるいは可能かもしれない。

63) 無方式の婚姻や Schwebel 事件（本誌 262 号（2015）169 頁以下参照）で問題となった宗教離婚といった私的行為が念頭に置かれる。なお、フランス法上の親子関係における身分占有 (possession d'état) については、2005 年 7 月 4 日のオルドナンス第 759 号 (Ordonnance (n° 2005-759) du 4 juillet 2005) により、①氏の呼称、②子としての処遇、及び、③周囲から当該家族の子として考えられてきた事実という三要素から成る、身分占有の存在（フランス民法 311-1 条）に加え、公知証書 (acte de notoriété) による確立が要件として明記されるに至った（フランス民法 310-1 条、317 条）。田中通祐「〈研究ノート〉注釈・フランス家族法 (10) (11)」法と政治 64 巻 2 号 (2013) 486 頁、64 巻 3 号 (2013) 838 頁参照。従って、かかる国家行為の介在を要件とする身分占有の有効性は、本稿の観点からは、外国国家行為が介在する場合の問題として処理されることとなる。

となる。

以下では、この点について検討するために、私的行為の一例として仲裁判断を取り上げた上で、国家行為の介在しない私的行為に対して承認アプローチが採られる根拠を検討する、Bollée の見解を概観する⁶⁴⁾。仲裁判断に関する議論を参照する理由は、国家行為の介在しない私的行為の中でも仲裁判断については、各国仲裁法や「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」（いわゆる「ニューヨーク条約」。）上、外国国家行為承認アプローチによる処理が一般化しているため、私的行為への外国国家行為承認アプローチの拡大根拠を検討する好個の材料を提供すると考えられるからである⁶⁵⁾。Bollée の見解を検討して得た示唆をもとに、本稿が対象とする身分関係における私的行為に対する抵触法上の処理枠組みを検討することとする。

(2) 先ず、Bollée は、仲裁判断は私的行為・法的事実に過ぎず、それを具体的法規範である決定と同一視することは誤りであるとする⁶⁶⁾。というのも、仲裁判断自体が権利義務を生じさせることはなく、ただ準則のみが当事者間の法律関係を確立させることから、単なる法的事実に過ぎない仲裁判断は、契約や不法行為と同様、実体法秩序 (ordonnancements juridiques) の外に位置付けられるのである⁶⁷⁾。にもかかわらず、Bollée によれば、仲裁判断は法的擬制 (fiction juridique) により、決定 (décision)

64) S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales* (Economia, 2004). 同見解に触れる邦語文献として、横溝大「紛争処理における私的自治」国際私法年報 15 号 (2013) 111 頁、119 頁。

65) なお、仲裁判断という財産関係分野における私的行為と、本稿の対象とする身分関係分野における私的行為との関係に関しては、Bollée 自身、仲裁判断に関する議論と同じ議論動向として、一方的意思 (répudiation) による離婚を離婚判決と同一視しうるか否かに関するフランスの議論を挙げている。S. Bollée, *L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale*, *Rev. crit. DIP* 96 (2007), p. 313 s. 例えば、イスラム教の一方的意思による離婚を離婚判決と区別した上で、一方的意思による離婚と結び付けられる手続的形式 (enveloppe procedurale) を根拠として、一方的意思による離婚を Pamboukis の権利形成的な準公的行為 (acte quasi public constitutif) (準公的行為につき、本誌 264 号 (2015) 276 頁注 (75) 参照) に分類し、一定の要件の下で承認するという処理枠組みを提唱する見解が挙げられる。R. El-Husseini, *Le droit international privé français et la repudiation islamique*, *Rev. crit. DIP* 88 (1999), p. 427 ; R. El-Husseini, *Le droit international privé français et la repudiation islamique* (LGDI, 2002), pp. 85-100.

66) Bollée, *supra* note 64, p. 37 s, 165.

67) *Id.* p. 37 s.

と見做されうるのである⁶⁸⁾。ここで Bollée は、準則の内容を変更することなく、専ら法的状況の定義を変更することにより法的現実に対し例外的な形で法的な擬制を確立する、という法的擬制の機能⁶⁹⁾に基づき、決定と同様の外国国家行為承認アプローチが仲裁判断について採られる根拠を理論的に説明しようと試みるのである。

具体的には、Bollée は、以下のように述べている。管轄の抵触の方法 (la méthode des conflits de juridictions) すなわち外国国家行為承認アプローチを私的行為ないし法的事実である仲裁判断に用いることは、私的法律行為については準拠法選択アプローチが用いられるという原則に反するように見える⁷⁰⁾。だが、仲裁判断を国家が下す決定 (décision)⁷¹⁾ と見做す法的擬制のメカニズムが以下の理由で機能するのである⁷²⁾。すなわち、確かに、決定に直面しているかのようにして行われる仲裁判断承認の手続は、仲裁判断が私的行為に属すことや当該行為の有効性を決定しうる実体法秩序が複数存在するという事実と反するように思われる⁷³⁾。しかし、仲裁判断に関しては、下された仲裁判断を法廷地が受け入れるか拒否するかの二者択一であるため、複数の実体法秩序の規範が抵触するという事態が生じないことから、それを承認するか否かは法廷地法により決定されるのである⁷⁴⁾。つまり、仲裁判断は、「国家的決定と同様に当事者の状況を結晶化することが出来る裁決行為」⁷⁵⁾ であるという機能的考慮により、決定として擬制されるのである⁷⁶⁾。

68) *Id.* pp. 166-175.

69) *Id.* pp. 170-172.

70) *Id.* p. 174.

71) 本誌 264 号 (2015) 263 頁注 (3)、注 (7) 参照。

72) Bollée, *supra* note 64, p. 174. なお、Bollée は、仲裁判断を契約と見做す過去の実定法及び判例を挙げ、かかる方向での法的擬制は、学説及び判例上、誤りであると認識されるに至ったことを確認する。*Id.* p. 172 s. また、仲裁判断を契約と見做す背景には、国際仲裁の発展のために、契約に関する抵触法のリベラルな規律を仲裁判断にまで人為的に拡張する意図があったと分析する。*Id.* p. 173.

73) *Id.* p. 175.

74) *Ibid.*

75) Bollée, *supra* note 65, p. 313.

76) Bollée は、公証行為といった外国国家機関の単純な形式的行為 (acte-formalité) については、それが当該外国法秩序において法廷地法秩序における有効な判決行為と機能的等価性 (fonction équivalence) を有していれば承認アプローチに服すと主張する Muir Watt の見解 (Cass. Civ. 1^{er}, 17 octobre 2000, *Rev. crit. DIP* 90 (2001), p. 121, note H. Muir Watt, p. 127 s.) を類似する理論として引用する。Bollée, *id.* p. 314, fn (26).

ここで紹介した Bollée の見解は、外国国家行為承認アプローチが採られる根拠を価値判断ないし方法論的選択の問題と捉えた上で⁷⁷⁾、決定と同様の形で一定の状況を結晶化するという機能的等価性が確保される限りで、私的行為である仲裁判断も法的擬制の理論により決定と見做しうとするものである。實際上、国家行為の介在しない仲裁判断に対して外国国家行為承認アプローチと同様のアプローチが採られている事実を踏まえれば、外国国家行為承認アプローチと準拠法選択アプローチとの区分に際し価値判断が介入する余地を認める考えは、基本的に正しいように思われる。また、既に述べたように、抵触法上実現すべき私的利益として当事者の期待の尊重に基づく国際的な身分関係の継続を挙げる本稿の観点からすれば、例えば宗教離婚に関する Schwebel 事件⁷⁸⁾ のような事案において、単に外国国家行為が介在していないことのみを以て、外国で適法に形成された身分関係につき一律に準拠法選択アプローチの処理枠組みで判断することは適切でない。

以上の考慮から、本稿の著者は、外国国家行為の介在なく形成された身分関係についても、当事者の期待に基づく国際的な身分関係の継続という考慮に基づき、外国国家行為承認アプローチが援用される場合がありうる と考える。

(3) では、具体的に如何なる私的行為であれば、外国国家行為承認アプローチに服す可能性があるといえるだろうか。フランスにおける議論では、とりわけ Pamboukis により、法的状況の時間的・場所的な結晶化やそれが有する客観的外観といった積極的要素、及び、事後的にかかる状況を覆すことが当事者に齎す動揺の程度といった消極的要素がメルクマールとして挙げられていた⁷⁹⁾。本稿の著者も、何らか外国国家行為が介在する場合との類似性を考慮した上で、「ある法的状況の存在につき第三者への公示性⁸⁰⁾を確保しつつ、客観的に明確な形で適法になされた私的行為」については、これを外国国家行為承認アプローチに拠らしめる可能性も排除され

77) *Id.* p. 319 s. 本誌 264 号 (2015) 268-269 頁参照。

78) 事案の概要につき、第二章第一節三 (本誌 262 号 (2015) 169 頁以下) を参照。

79) Pamboukis, *supra* note 3, p. 553. 本誌 264 号 (2015) 277-278 頁参照。

80) 横山・前掲注 35) 75 頁が、婚姻締結における国家機関の関与の機能として挙げるものを参照した。

ていないと考える⁸¹⁾。具体的には、国家行為が介在することなく行われた Schwebel 事件におけるユダヤ教方式の離婚については、ユダヤ法上適法とされる同宗教上の方式に基づく離婚 (*gett*) により、当事者の婚姻関係の解消が客観的に形成され、事後的にイスラエル政府より発行された当事者の独身の地位を示す証明書により、第三者への公示性が確保されたことから、外国国家行為承認アプローチの処理枠組みの対象に含まれると考えることが出来よう⁸²⁾。

また、以上のような性質を有する私的行為の承認要件としても、外国国家行為が介在した場合と同様、法秩序と事案との関連性の要件、手続的保障、及び、公序を中心とした要件が想定されるだろう。

ところで、法廷地での実質的再審査の余地を排除しない外国国家行為が介在する場合や、何らの外国国家行為も介在しない場合について以上述べた本稿の処理は、我が国抵触法上の解釈論としても可能な処理であると解されるが、法実務における処理の便宜及び明確性という観点からは、立法の形で処理枠組みを整備しておくことが望ましいようにも思われる。

そこで、立法案として参考となるものを検討すると、第一に、Mayer が婚姻に関する準拠法選択規則の特別則として提案する、以下の規定が挙げられる⁸³⁾。すなわち、「婚姻の無効が一方配偶者の本国法の規則から生じ、当該規則が当該配偶者の身分的地位の公序の性質を帯びるのではない場合、以下の要件を満たす限り、当該婚姻の有効性は承認される：当該有効性が挙行地国の法から生じ、かつ少なくとも一方配偶者が、当該婚姻の挙行時に、当該国のドミサイル又は国籍を所持したこと」という規定である。同規定は、法廷地の準拠法選択規則が指定する準拠法によれば婚姻が無効となる場合に適用範囲を限定している点、及び、本国法上の最も強行的な部分の介入を認める点で、本稿の提示した処理枠組みとは異なるものの、立法案としては検討に値するものであると思われる。第二に、既成事実に関する例外条項であるオランダ国際私法 9 条⁸⁴⁾ が挙げられる。同規定は、

81) 私的行為の承認の要件や効力範囲等の具体的な規律のあり方は基本的に政策問題であるという点につき、Bollée, *supra* note 64, p. 172.

82) 第二章第一節三（本誌 262 号（2015）169 頁以下）を参照。

83) 本誌 264 号（2015）281-282 頁参照。

84) オランダ国際私法第 9 条「オランダ国際私法に従って適用される法律に反し、

本稿の立場と同様、国際的な法律関係の継続に関する当事者の期待の尊重という私的利益を根拠とする規定であると評価できる。同規定も立法案としては検討に値するものの、Mayerの提案する規定と同様、本稿の示した処理枠組みとは異なり、準拠法選択規則の特別則として位置付けられるものである。第三に、外国において行われた婚姻の承認に関する規定であるスイス国際私法45条⁸⁵⁾については、本稿の立場と同様、外国国家行為の介入如何を問わず、挙行地法ないし挙行地抵触法の指定する法上有効な身分関係を承認する規定として位置付けられる。ただし、条文上、承認審査要件が何ら課されていない点には問題があるといえよう⁸⁶⁾。

以上挙げた規定及び規定案を参考にして、本稿が示した処理枠組みを仮に身分関係一般について形式化するとすれば⁸⁷⁾、例えば以下のような規定が考えられるのではないだろうか⁸⁸⁾。

「外国においてその形成当時の当事者の本国法又は常居所地法に従い客観的に明確な形で形成された親族関係は、その親族関係を認めることが日本における公の秩序又は善良の風俗に反しない限り、日本においてその有効性が認められる。」

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、当該事実に帰することができる」(本誌263号(2015)452頁以下参照)

- 85) スイス国際私法第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。」(同上444頁以下参照)
- 86) 石黒一憲教授は、同条の草案に対するコメントとして、外国国家行為が介在する場合を想定しつつ、一方的な婚姻締結における相手方への手続的保障や国際管轄といった要件が必要なのではないか、と指摘する(石黒一憲「スイス国際私法第2草案(1982年)について(2)」法協101巻2号(1984)334頁)。
- 87) 勿論、婚姻や離婚、養子縁組という事項毎に規定を設ける可能性もありえよう。
- 88) なお、ヴェネズエラ国際私法(1998)の第5条も参照した。同条文は以下である(和訳にあたっては、同法の英語訳(*Yearbook of Private International Law*, Vol. 1 (1999), pp. 341-352, 342)を参照した。同国際私法の立法経緯及び各条文の解説については、G.E. Parra-Aranguren, *The Venezuelan Act on Private International Law of 1998*, *id.* pp. 103-117参照)。

ヴェネズエラ国際私法5条「国際的に許容される基準に従い管轄を有する外国法により形成された法的状況は、その状況がヴェネズエラ抵触規則の目的に反しないこと、当該事項につきヴェネズエラ法が専属管轄を有さないこと、及び、ヴェネズエラの公序の根本原則に明白に反しないことを満たす限りにおいて、ヴェネズエラ共和国において効果を生ずる。」

第四節 我が国における具体的処理枠組み

(1) 本節では、本稿が示した処理枠組みの具体的処理の在り方を示すために、外国国家行為が介在する場合につき登録パートナーシップ制度を⁸⁹⁾、また、外国国家行為が介在しない場合につき宗教上の私的離婚を具体例として取り上げる⁹⁰⁾。

(2) 登録パートナーシップ制度に関しては、我が国での報告的届出（戸籍法41条）の受理に関し、イタリア人男性と日本人女性の間で行われたオランダ登録パートナーシップの解消が問題となった事例が存在する⁹¹⁾。同事例では、オランダにおいて婚姻を登録パートナーシップに変更した後、合意により同パートナーシップを解消した一方当事者である日本人女性が、我が国で行った報告的離婚届の処理が問題となった。なお、同事例では、オランダ・アムステルダム市の登録係官が署名し同市の公印が押された「婚姻登録より同居契約登録への移行登録抄本」、及び、同抄本中の「同居契約登録解消に関する追記事項」という行政書類が提出されていた。同事例の解説は、登録パートナーシップの解消を離婚と看做してその成立を認めて差し支えないとしたが、その際、法例16条〔通則法27条〕により同一常居所であるオランダ法が準拠法となり、オランダ登録パートナーシップ法上の規定を適用するものとしている⁹²⁾。

ここで、上記事例を若干変更し、仮に本件登録パートナーシップがオラ

89) 外国国家行為が介在する場合としては、他にも、例えばB国国家機関の前で婚姻を締結したA国人女と日本人男につき、その当時A国人女が挙行地主義を採るB国法上は婚姻年齢（18歳）に達していたものの、我が国通則法により指定されるA国法上の婚姻年齢（20歳）に達してなかった場合に、本稿が提示するアプローチによれば、我が国において当該婚姻の成立を認めることが可能となる。「日本人男と中国人女が第三国で行った婚姻の効力について」戸籍578号（1991）70頁参照。

90) その他、例えばイスラム法上の*kafala*について、準拠法選択規則上の性質決定に関する問題を回避しつつ、それが形成された外国法上すでに生じた効果（子の氏や監護権等）を承認することが出来る点で、状況の承認の方法の有用性を説くものとして、Gannagé, *supra* note 62, pp. 302-306.

91) 平成16年1月20日付け戸第51号神戸地方方法務局長紹介、平成16年4月26日付け法務省民一第1320号民事局民事第一課長回答につき、戸籍761号（2004）65頁以下参照。また、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巻3・4号（2005）423頁、439頁にも紹介がある。

92) 戸籍・同上75頁。

ンダに常居所を有する同性の日本人同士によるものであったとしよう⁹³⁾。この場合でも、通則法 27 条を適用し共通本国法である日本法を準拠法とするならば、オランダ法に基づく同性登録パートナーシップは、同性間の婚姻を認めていないとされる日本民法により⁹⁴⁾、我が国では無効とされることが考えられる⁹⁵⁾。これに対し、本稿の提示する処理枠組みによれば、外国において行われた登録パートナーシップの登録という外国国家行為の承認が問題となり、以下の承認要件を満たせば、当該外国登録パートナーシップの有効性が我が国で認められることとなる⁹⁶⁾。

先ず、国際管轄に関しては、オランダが両当事者の常居所であるため問題なく認められることとなり、次に、手続的保障に関しても、上記の本件回答から得られる情報によれば、婚姻の登録パートナーシップへの変更、及び、その解消に関する抄本が真正なものであることには疑いが無いよう

93) オランダ登録パートナーシップ法の登録に関する規定である、同民法典第 1 編第 80a 条によれば、オランダとの関連性については、当事者が EU 構成国国民または EEA 協定締約国国民であること、あるいは、オランダでの滞在許可を有していることが要求される（中西康「比較国際私法における登録パートナーシップ—抵触法上の各種規律方法の比較分析のための予備的考察—」法学論叢（京都）156 巻 1-6 号（2005）293 頁、343 頁注（75）参照）。従って、双方当事者が日本人であっても、オランダで滞在許可を得ていれば管轄が認められることとなろう。その他、渡邊泰彦「ドイツ・オランダ」比較法研究 65 号（2003）97 頁、101 頁、同「同性パートナーシップの法的課題と立法モデル」家族（社会と法）27 号（2011）34 頁、41 頁、戸籍 761 号（2004）76 頁等参照。

94) 青山道夫＝有地亨『新版注釈民法（21）』（有斐閣、1989）178 頁〔上野雅和執筆〕、大村敦志『家族法〔第 3 版〕』（有斐閣、2010）133-134 頁。ただし、二宮周平『家族法〔第 4 版〕』（新世社、2013）30-31 頁。また、林貴美「同性カップルに対する法的保護の現代的動向と国際私法」国際私法年報 6 号（2004）138 頁、163 頁注（163）も参照。

95) ただし、日本における同性カップルについては、日本法上認められる「内縁」としての保護が可能であるとする見解として、渡邊（同性パートナーシップ）前掲注 93）45 頁。抵触法上も、外国の同性登録パートナーシップを「内縁」として性質決定し、我が国でも一定の法的保護を受けることが可能であることを示唆するものとして、法例研究会編『法例の見直しに関する諸問題（4）』（別冊 NBL89 号）52 頁、65 頁〔中西康執筆〕。だが、普遍性を欠く登録パートナーシップを、婚姻と同様の扱いがなされる内縁と性質決定することについては疑問もあるとされる（林・同上 152 頁参照）。

96) 仮に当該登録パートナーシップの実質的成立要件に関する無効請求がなされた場合には、当該外国登録パートナーシップ法上の実質的成立要件が満たされたか否かを我が国で審査することとなる。この点、オランダ法によれば、当事者が同性の日本人であっても、同国登録パートナーシップ法上の成立・解消に関する要件は問題なく満たされることとなろう。戸籍・前掲注 91）76-77 頁、及び、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）41-42 頁参照。

であり、特に問題ないように思われる。最後に、公序に関しては、同性登録パートナーシップが問題となる場合、同性パートナーに対する法的保護枠組みを有していない我が国における公序適合性が問題となろう⁹⁷⁾。上記事例では、日本人らが登録パートナーシップの登録当時オランダに常居所を有したことや、当該登録パートナーシップの解消が問題となっていることから、内国牽連性が低いために公序違反とはいえないだろう。

このように、本稿の提示した処理枠組みによれば、オランダにおける同性日本人間の登録パートナーシップの解消は、我が国においても有効と認められることになるだろう。なお、登録パートナーシップ法上発生する効力に関しては、一部の学説により、各国登録パートナーシップ法には類似性ないし互換可能性が欠けるため、成立・効力・解消といった形で準拠法を細分化することには問題があると指摘されている⁹⁸⁾。確かに、登録パートナーシップの効力については、成立と同じく登録国法により判断する規律方法も考えられるものの⁹⁹⁾、基本的には、単位法律関係上の区分に基づき、効力や相続等別の単位法律関係に含まれるものについては、別途法廷地の準拠法選択規則が指定する法によることで足りると思われる¹⁰⁰⁾。上記事例についても、仮に報告的届出とは別に登録パートナーシップの解消に伴うパートナー間での財産関係の処理や相続が問題となったとすれば、それらの問題については、それぞれ通則法 26 条¹⁰¹⁾ 及び 36 条により判断されると解すべきである¹⁰²⁾。

97) なお、我が国抵触法上、外国登録パートナーシップを承認する立場も、理論的にはありうるとした上で、我が国実質法が同性パートナーシップを認めていないことを以って、承認要件としての公序に反するとはいえないだろうとする見解として、木棚照一「国際家族法講座 (4) 婚約・内縁・同性婚」戸籍時報 690 号 (2012) 65 頁、72 頁以下。

98) 林・前掲注 94) 152 頁。神前禎=早川吉尚=元永和彦『国際私法 [第 3 版]』(有斐閣、2012) 182 頁も参照。

99) 例えば、ドイツ法上登録パートナーシップに関しては、成立のみならず効力・解消についても、一括して登録国法によるとされていることにつき、中西・前掲注 93) 309 頁参照。

100) 実際にも、自国での登録パートナーシップの形成の際に、その効力に関して婚姻の効力の規定を準用する結果、外国法の適用の可能性を認めるものとして、スウェーデンやフィンランド法がある (中西・同上 303-306 頁参照)。

101) 澤木=道垣内・前掲注 60) 115 頁参照。

102) 仮に Lagarde や Pamboukis のように、「既に発生した効果」と「未だ発生していない効果」という区分に基づき承認されるべき効力の範囲を決定するという考えによれば (本誌 264 号 (2015) 285 頁参照)、法廷地の準拠法選択規則上の単位法律関係の区分とはかかわりなく、外国登録パートナーシップ法上未だ生じてい

(3) 次に、Schwebel 事件で問題となったようなユダヤ法における *gett* 離婚や、イスラム法における *talaq* 離婚¹⁰³⁾ といった、私的離婚ないし専制離婚の有効性が問題となる場合の具体的処理はどうだろうか。我が国裁判所で上記のような離婚の有効性が正面から争われた事案は管見の限り見当たらない¹⁰⁴⁾。ここでは、欧州人権裁判所の事案 (Mary Green and Ajad Farhat v. Malta)¹⁰⁵⁾ を参考にし、外国国家行為が介在しない場合に外国で形成された身分関係の我が国における具体的処理枠組みを示したい。

本稿の想定する事例は以下である。甲国国籍を有する A 女及び B 男は、1978 年、甲国において甲国法上有効であるカトリック教会の儀式に従い婚姻した。その後、B を甲国に残し、A が乙国においてイスラム教に改宗したため、1980 年、異教徒間の婚姻を認めないイスラム法に従い AB 間の婚姻は解消された。そこで A は、乙国裁判所による婚姻許可を得た後、

ない効力 (例えば、相続に関するもの) を除き、同法上の効力が我が国で認められることとなる (この利点を説くものとして、前掲注 90) に挙げた Gannagé の見解を参照)。

103) *talaq* とは、夫が妻を離婚する旨の口頭または書面による宣言の方式をとる一方的意思による離婚のことをいう。See D. Gordon, *Foreign Divorces: English Law and Practice* (Avebury, 1988), pp. 13-29. 邦語文献として、柳橋博の『イスラーム家族法 婚姻・親子・親族』(創文社、2001) 262-268 頁、大村芳昭「タラーク離婚の改革とその限界—イスラム法社会の問題—」*家庭裁判月報* 46 巻 10 号 (1994) 193 頁、194 頁以下も参照。

104) ただし、退去強制令書発付処分取消請求事件において、パキスタンで行われた *talaq* の事実が否定されたものとして、東京地裁平成 22 年 4 月 16 日判例集未登載がある。同事件では、退去処分を受けた原告がパキスタンにおいて前妻とされる A に対し *talaq* をなした旨を示す、公証役場で作成された書証が提出されたが、当該書証に疑義があること等の理由から、法的判断がなされるまでもなく当該離婚の事実が否定された。また、*talaq* による離婚が問題となった戸籍先例としては、昭和 38 年 8 月 11 日付民事甲第 1755 号民事局長回答 (民事月報 14 巻 9 号 (1959) 30 頁)、及び、昭和 58 年 5 月 10 日民 2・2990 民事局第二課長回答 (民事月報 38 巻 9 号 (1983) 161 頁) がある。大村・同上 203 頁注 (1) 参照。

105) Decision of 6 July 2010, No.38797/07. See also P. Kinsch, *Private International Law Topics before the European Court of Human Rights, Yearbook of Private International Law*, Vol. 13 (2011), pp. 37-49, 42-44; L. D'Avout, *Rev. crit. DIP* 100 (2011), pp. 665-675. 本件は、マルタ法上有効なカトリック教会の儀式により締結されたマルタ人 AX₁ 間の前婚が、リビアで行われた妻 X₁ のイスラム教への改宗により自動的に解消されたとして、リビアでの X₁ と男性 X₂ (マルタ国籍) との再婚のマルタ戸籍への登録を X₁ 及び X₂ が求めたのに対し、マルタ国がそれを拒否したため、当該行政行為が欧州人権条約 8 条等に違反するとして、X₁ がマルタ国を訴えたものである。結論として裁判所は、欧州人権条約 8 条違反等の主張を退けた。その理由は、重婚の禁止及び第三者である前婚夫の利益に関する考慮に基づき、前婚がマルタ法上有効に解消されねばならないという要件が同国の公序の問題に関わることから、本件後婚の登録を拒否した行為は評価の余地 (margin of application) に留まるとされたためである。

乙国においてイスラム教の方式に従い甲国人男性 C と再婚した。その後約 20 年にわたり AC は夫婦として乙国で生活したが、2000 年ごろ、我が国に移住し、我が国において AC 間の離婚やいずれか一方の相続といった問題が生じたとする。本事例においては、離婚ないし相続の先決問題として AC 間の婚姻の成立が問題となるが、それに先立って AB 間の前婚が有効に解消されたか否かが問題となる。我が国通則法によれば、AB 間の婚姻の解消については通則法 26 条により共通本国法である甲国法が適用されることとなるが、同国法上、イスラム教に改宗したことによる婚姻の解消は認められていない¹⁰⁶⁾。従って、20 年間にもわたる AC 間の婚姻は、AC らが長年生活した乙国において有効であるにも拘らず、我が国の従来¹⁰⁷⁾の処理に従えば重婚として無効とされることになる。

では、本稿の処理枠組みに従えば、上記事例は如何に処理されるだろうか。先ず、上記事例では、離婚という身分的地位の存在につき第三者への公示性を備え、客観的に明確な形で、当該身分的地位が適法に形成されたか否かが問題となる。この点、A の改宗によりイスラム法上適法に形成された前婚の解消は、約 20 年にわたり乙国で AC の婚姻生活が営まれたという事実、及び、AB 間の婚姻解消の後に乙国裁判所により下された A に対する婚姻許可の判断の存在に鑑みれば、第三者への公示性を備えつつ客観的に明確な形で形成されたという点で、本稿の提示した外国国家行為承認アプローチに服するものであると考えられる。

次に、承認要件に関して、外国国家行為が介在しない場合における私的行為とその有効性を認める法との関連性の審査は、Schwebel 事件で問題となったように、当事者の期待及びその後の事情全体に鑑みて判断される

106) 実際の事案では、カトリック教会の儀式による婚姻の解消を宣言する裁判所の判決が存在しないことから、マルタ法上、イスラム教への改宗による離婚は認められなかった。

107) なお、我が国裁判例上は、このような不都合を回避するため、公序（通則法 42 条）に基づき準拠外国法を排することで具体的に妥当な結果を導こうとするものがある（例えば、我が国法秩序からみて公序に反するとはいえないフィリピン法上の重婚禁止規定につき、重婚である婚姻の後に生じた種々の事情を考慮することで、同規定はその適用の具体的結果において我が国の公序に反するとした裁判例として、熊本家裁平成 22 年 7 月 6 日判決〔平成 21 年（家ホ）第 76 号〕判例集未登載）。しかし、公序条項は、外国法規定の異常性ないし反公序性を問題とする留保条項であるにも拘らず（山田・前掲注 12）146 頁等）、外国法の規定自体の異常性が問題とならない場合にも、当該規定の適用から生じる不都合な結果を除去するために、それを便宜的に用いることには疑問がある。

べきである。この点、AB間の離婚は、少なくとも一方当事者であるAと乙国との関連性が常居所の存在によって認められれば、関連性要件は満たされると解される。だが、公序審査に関しては、前夫Bの関与や意思に拘わりなく前婚を解消することが公序違反に該当しないか否かが問題となろう。この点は、第三者である前夫Bに対して手続的な保障の観点から不意打ちとなるという意味で問題があるといえるものの、上記事例では、公序審査における内国牽連性の基準により我が国と事案の関連性の希薄さを根拠に、公序適合性を認めることが可能であると思われる¹⁰⁸⁾。

結論として、本稿の立場によれば、AB間の婚姻は有効に解消されたと法廷地である我が国でも認められることになろう。

(4) 以上、外国登録パートナーシップと外国国家行為が介在せずになされた離婚に関する二つの事例を例として挙げ、本稿の提唱する理論的処理枠組みの具体的な処理を簡単に示した。これにより、本稿の検討を終えることとする。

第五節 結語

以上、本稿では、外国で成立した身分関係につき、我が国において採られるべき処理枠組みについて考察した。本稿の結論を簡単に示せば、外国判決以外の外国国家行為が介在した場合には、外国国家行為承認アプローチの処理枠組みにおいて、当該外国国家行為が介在して形成された身分関係は承認要件の審査に服すが、その際には、当該外国国家行為が用い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こととなる。また、外国国家行為が何ら介在しない場合であっても、ある法的状況の存在につき第三者への公示性を備えつつ、客観的に明確な形で適法に当該法的状況を形成した私的行為については、外国国家行為承認アプローチの処理枠組みにおいてその有効性が判断される余地があることとなる。以上の処理枠組みは、国際的な身分関係の継続に対する当事者の正統

108) 実際の事例 (*Green and Farhat v. Malta*) に対するコメントとして、マルタ裁判所が判断を求められた時点で前夫が死亡していたことは、20年の時の経過という事実を踏まえれば、法廷地における合法性基準とは相いれない形で外国(リビア)において形成された法的状況を例外的にマルタが承認するのに十分な根拠を提供したのではないかと指摘するものがある。D'Avout, *supra* note 105, p. 675.

な期待の保護という実質法的な考慮に、その基礎を置くものである。

このように、本稿では、外国国家行為承認アプローチにより、身分関係の形成の際に介在する外国判決以外の外国国家行為や一定の私的行為を処理すべきであるとしたが、これは、実質法的考慮により従来の外国国家行為承認アプローチを再考するという、抵触法理論構造に関わる問題であった。そうであるならば、本稿の処理枠組みは、長期・継続的な法律関係が問題となる家族法領域のみならず、財産法領域でも妥当するのではないかという問いが直ちに提起されうる。フランスにおける状況の承認に関する議論では、法人格の承認や仲裁判断の承認の問題が論じられていたことを踏まえると、理論的には、本稿の処理枠組みもその射程を家族法領域に限るものでないといえよう。本稿の処理枠組みが如何なる事項まで適用可能であるについて、今後検討していく必要がある¹⁰⁹⁾。

ところで、Lagarde が述べるように、状況の承認の方法は抵触法における当事者自治の拡大¹¹⁰⁾と国家法の権威の衰退という傾向と軌を一にする¹¹¹⁾。また、状況の承認の方法に関する議論は、EUにおける法統合の議論や欧州人権条約上の人権に関する議論と密接に関連していることも、一

109) また、本稿では検討することができなかった個別的論点として、外国で適法に形成された法的状況を無効とする当該国判決ないし自国・第三国判決が存在する場合の処理の問題（P. Lagarde, *Sur la vulnérabilité des situations juridiques, Melanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer* (LGDJ, 2015), pp. 441-454)や、複数の法秩序に跨って形成された法律関係につきどの法秩序の観点から適法に形成されたかと判断するのかといった実務的な問題（A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, 341 *Recueil des cours* 9 (2009), pp. 347-348)が挙げられる。これらの点は、本稿の提示した処理枠組みを実際に運用する局面では非常に重要となる論点であるが、能力的制約から本稿では検討できなかった。この点についても他日を期したい。

110) Guillaumé は、当事者自治の原則は本稿で述べた国際的な人の移動の権利のコロラリーとして抵触法の基本原則とならねばならないと主張する。Guillaumé, *supra* note 45, p. 337. また、EUにおける議論であるが、本源国法原則といったEU法上の原則や、家庭生活の尊重の権利といった欧州人権条約上の権利を根拠として、家族法領域においても当事者自治の原則が基本原則となりつつあると指摘するものとして、T.M. Yetano, *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, 6 *J. Priv. Int'L* 155 (2010), p. 156. 中野俊一郎「国際親族・相続法における当事者自治の原則」神戸法学 65 巻 2 号 (2015) 1 頁、31-32 頁も参照。

111) P. Lagarde, Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, dans P. Lagerde (ed.), *La reconnaissance des situations en droit international privé* (Pedone, 2013), p. 19, 24. V. aussi G.P. Romano, La bilatéralité éclipsée par l'autorité: développements récents en matière d'état des personnes, *Rev. crit. DIP* 95 (2006), p. 457, 512 s.

部の論者により指摘されている¹¹²⁾。今後は、状況の承認の方法というアプローチが提唱される背景にも目を向け、国家の領域的影響力が相対化し国際的な空間における規範が多元化する中、我が国抵触法上、国境を超えて活動する私人の権利や自由の保護に対して如何なる対応をしていくべきか、という点について検討を行っていきたい。

112) V. Y. Lequette, De la « proximité » au « fait accompli », *Melanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer* (LGDJ, 2015), pp. 481-518 ; P. Lagarde, *supra* note 34. EUにおける法統合との関係では、例えば、北澤安紀「EU国際私法における承認論」法学研究（慶応）88巻1号（2015）170-171頁、H. Muir Watt, *European Federalism and the "New Unilateralism,"* 82 *Tul. L. Rev.* 1983 (2008) ; M. Lehmann, *Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?*, available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2676015>. 欧州人権条約との関係では、例えば、P. Kinsch, *Rev. crit. DIP* 96 (2007), p. 807. これらの議論を踏まえれば、状況の承認に関する議論がEU市民としての自由や欧州人権条約上の権利という実定的な法的根拠を抜きにして、果たしてどこまで我が国で妥当するのかという点についても、今後慎重に検討していく必要があるといえる。