



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	選択的連結に対する反致の適用に関する若干の考察
Author(s)	嶋, 拓哉
Citation	北大法学論集, 65(5), 518[1]-489[30]
Issue Date	2015-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/57830
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no5_12.pdf



選択的連結に対する 反致の適用に関する若干の考察

嶋 拓 哉

1. はじめにー検討のきっかけ

わが国では、幾つかの抵触規定において選択的連結が採用されている。これら抵触規定のうち、特に親子関係の成立を扱う法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という）28条乃至30条を巡って、反致を規定する通則法41条本文の適用の有無が取り上げられることがある。いわゆる「選択的連結と反致」という論点であるが、実は主要な概説書等を参照しても、各見解の根拠および理由付けが詳細に記述されているものは意外に少ない。果たしてわが国では反致の存在意義一般について定まった見解もなくその理論的正当化がいまだに果たされていない¹ことが、かかる論点への深入りを躊躇させる一因になっているとも考えられるが、兎も角も、通則法において明文で反致が規定され、かつ選択的連結を採用した個別抵触規定が存在する以上は、両者の関係について考え方を整理しておく必要はあるだろう。

また、「選択的連結と反致」を検証するに当たっては、単に研究面での動機に止まらず、教育面での動機付けも働いている。平成24年司法試験の論文式試験問題ではこれに関連する出題がなされているが、そこに

¹ 道垣内正人『ポイント国際私法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007年）208頁以下、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法〔第2巻〕』（有斐閣、2011年）310-313頁〔北澤安紀執筆〕等。

は「学説では論じ尽くされていない論点」²が含まれていた。法科大学院制度が発足し、学生に対する充実した教育サービスの提供が求められる中で、自身の理解が表層的なものに止まっている領域および論点について検証を行い、自説を確認していく作業は不可欠なものになってきているように思われる。

本稿では、上記のような動機を背景として、選択的連結に対する反致の適用について、ドイツおよびスイスの学説状況を踏まえ、比較法的視点をも織込み、検討を行うものである。

2. 日本

(1) 反致制度の特徴

通則法41条は、平成元年改正法例32条の規定内容をほぼそのまま引き継いでいるが、その特徴は以下のとおりである³。

第一に、単純反致（「狭義の反致」ともいう）のみを規定しており、転致等のその他反致類型を認めないとする解釈論が大勢である⁴。もっとも、反対の見解に立つ学説も存在しており⁵、特に二重反致については、

² 法学セミナー編集部編『司法試験の問題と解説2012』（日本評論社、2012年）378頁〔長田真里執筆〕

³ 詳細については、櫻田＝道垣内編・前掲（注1）321頁以下〔北澤執筆〕を参照。

⁴ 国際法学会編『国際私法講座〔第1巻〕』（有斐閣、1953年）213頁〔折茂豊執筆〕、久保岩太郎『国際私法』（有信堂、1954年）82-86頁、江川英文『国際私法〔改訂増補〕』（有斐閣、1970年）71-72頁、山田鐐一＝澤木敬郎編『国際私法講義』（青林書院、1970年）41頁〔松岡博執筆〕、川上太郎『新版判例国際私法』（千倉書房、1970年）36-37頁、木棚照一＝松岡博編『別冊法学セミナー・基本法コンメンタール国際私法』（日本評論社、1994年）161頁〔多喜寛執筆〕、櫻田嘉章『国際私法〔第6版〕』（有斐閣、2012年）118頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第7版〕』（有斐閣、2012年）47頁、神前禎ほか『国際私法〔第3版〕』（有斐閣、2012年）68-69頁〔元永和彦執筆〕、横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）72頁、中西康ほか『Legal Quest 国際私法』（有斐閣、2014年）90頁等。

⁵ 例えば、本国国際私法が反致の一類型として転致を許容し、かつ転致の結果として日本法が準拠法に指定される場合に限り転致を認めるとする見解（池原季雄『国際私法〔総論〕』（有斐閣、1973年）221頁脚注15、山田鐐一『国際私法〔第

これを認めたとされる裁判例も存在する⁶。

第二に、反致の適用は、通則法が本国法として外国法を指定した場合に限定される。この点に関連して、従前より各国国際私法の間では、属人法を巡り本国法主義と住所地法主義の対立があったが、反致は特にかかる対立を緩和し国際的な調和を図ることを目的としている、との説明がなされることがある⁷。通則法の前身である法例の起草者もこうした意図を持っていたと考えられる⁸。しかしながら、少なくとも通則法41条本文では、本国の国際私法が日本法を指定する際の連結点を住所地に限定する旨の文言は存在しておらず、同条の解釈論として、こうした説明を持ち込むことには無理があると思われる⁹。

第三に、通則法25条（同条を準用する26条1項、27条を含む）および32条に関しては、本国法としての資格で外国法が指定される場合であっても、反致の適用はない（通則法41条但書）¹⁰。また、親族関係に基づく扶養義務および遺言の方式についても、反致の適用が排除される（通則法43条）。外国法が本国法の資格で指定されるそれ以外の場合について、反致の適用を排除する明文規定は存在しない。

（２）選択的連結の具体例

通則法において選択的連結が採用されているものとしては、法律行為

3版』(有斐閣、2004年) 71頁、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』(有斐閣、2005年) 164頁、櫻田＝道垣内編・前掲(注1) 328頁〔北澤執筆〕等)がある。

⁶ 東京高判昭和54年7月3日高民集32巻2号126頁。なお、わが国の国際私法において二重反致を許容する学説としては、池原・前掲(注5) 216-217頁、山田・前掲(注5) 71-72頁、櫻田＝道垣内編・前掲(注1) 329頁〔北澤執筆〕等がある。

⁷ 山田＝澤木編・前掲(注4) 40頁〔松岡執筆〕。

⁸ 『法典調査会法例議事速記録』〔法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書26』(商事法務、1986年)所収] 181頁、山田三良『国際私法』(有斐閣、1940年) 425-427頁。

⁹ 山田・前掲(注5) 70頁、溜池・前掲(注5) 165頁。

¹⁰ もっとも、通則法25条および32条に限り反致の適用を排除する理由については、学説上議論の対立がある。この点については、櫻田＝道垣内編・前掲(注1) 322-323頁〔北澤執筆〕を参照。

の方式に関する10条1、2項、婚姻の方式に関する24条2、3項、嫡出親子関係の成立に関する28条1項、認知に関する29条2項、準正の成立に関する30条1項、親族関係についての法律行為の方式に関する34条1、2項がある。このうち、反致の適用が問題となり得るのは、本国法を準拠法として採用している24条3項本文、28条1項、29条2項、30条1項である。

例えば、通則法29条2項は認知に関する抵触規定であるが、その前段では、認知による父子関係の成立は、①子の出生時の父の本国法、②認知時の父の本国法、③認知時の子の本国法のいずれかにより、認知による母子関係の成立は、①子の出生時の母の本国法、②認知時の母の本国法、③認知時の子の本国法のいずれかによる、と定められている。

(3) 選択的連結に対する反致の適用に関する見解

まず、選択的連結についても反致の全面的な適用を認めるのが立法担当者の見解(④)であり¹¹、戸籍実務もこれに従う¹²。学説においても、この見解を支持するものが通説的地位を占める¹³。その根拠は、選択的連結を採用する抵触規定が通則法41条但書に列挙されていない以上、これら抵触規定につき反致の適用を否定するのは解釈論上困難である、という点に求められる¹⁴。

¹¹ 平成元年改正法例32条に関しては、澤木敬郎＝南敏文編著『新しい国際私法－改正法例と基本通達』（日本加除出版、1990年）58頁〔南執筆〕を、通則法41条に関しては、小出邦夫編著『逐条解説・法の適用に関する通則法』（商事法務、2009年）372頁〔大間知麗子執筆〕を、それぞれ参照。

¹² 涉外戸籍実務研究会『改訂設題解説・涉外戸籍実務の処理Ⅱ〔婚姻編〕』（日本加除出版、2014年）45-46頁、同『設題解説・涉外戸籍実務の処理Ⅳ〔出生・認知編〕』（日本加除出版、2007年）27-28頁、65頁、257-258頁。

¹³ 山田録一＝早田芳郎編『演習国際私法〔新版〕』（有斐閣、1992年）41頁〔佐野寛執筆〕、出口耕自『基本論点国際私法〔第2版〕』（法学書院、2001年）204頁、山田・前掲（注5）74頁、476頁、485頁、496頁、廣江健司『国際民事関係法』（成文堂、2008年）185頁、櫻田・前掲（注4）119頁、澤木＝道垣内・前掲（注4）46頁、櫻田＝道垣内編・前掲（注1）98-99頁〔佐野寛執筆。通則法29条に関する見解〕、大塚正之『判例先例涉外親族法』（日本加除出版、2014年）459頁、465頁等。

¹⁴ 山田・前掲（注5）74-75頁、476頁、485頁、496頁、道垣内・前掲（注1）

第二に、原則として選択的連結についても反致の適用を肯定したうえで、通則法を選択的連結により指定された外国法によれば、期待された法的事象（例えば、親子関係の成立）が実現するにも拘わらず、当該外国法について反致が成立することにより日本法が適用される結果として、かかる法的事象が実現しない場合には、例外的に反致の適用を否定する見解（㊥）がある¹⁵。この見解は第一の見解との対比において、子の利益保護を重視するものとして位置付けられる¹⁶。

第三に、原則として選択的連結について反致の適用を否定したうえで、通則法を選択的連結により指定された外国法のいずれによっても期待された法的事象が実現しない場合には、例外的に反致の適用を肯定する見解（㊦）がある¹⁷。とりわけ、この見解に立つ学説の中には、通則法では親子関係の成立について子の常居所地という連結点が欠けていることを規定上の不備として指摘したうえで、例外的な反致の適用を通じて、日本法を子の常居所地法として適用することにより、こうした不備を補うことを企図するものがある¹⁸。

第四に、選択的連結に関して一律に反致の適用を否定する見解（㊧）も示されている¹⁹。

227-228頁、櫻田＝道垣内編・前掲（注1）324頁〔北澤執筆〕。

¹⁵ 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論〔第5版〕』（有斐閣、2007年）59-60頁〔松岡執筆〕（松岡博『現代国際私法講義』（法律文化社、2008年）66頁も同旨）。また、笠原俊宏『国際家族法新論〔補訂版〕』（文眞堂、2010年）121-126頁もこの見解に立脚していると思われる。

¹⁶ 松岡博『国際家族法の理論』（大阪大学出版会、2002年）55頁。

¹⁷ 横山・前掲（注4）76頁（同「涉外認知事件の裁判管轄権とその準拠法」岡垣学＝野田愛子編『講座・実務家事審判法〔第5巻（涉外事件関係）〕』（日本評論社、1990年）243-244頁も同旨）。

¹⁸ 横山・前掲（注4）76頁。

¹⁹ 「座談会・法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」ジュリスト943号36頁〔煥場準一発言』（1989年）。

3. ドイツ

(1) 反致制度の特徴

ドイツにおける反致は、必ずしも日本と同じ枠組みで規定されているわけではない。やや教科書的な説明になるが、日本との相違点に着目しつつ、本稿の目的に必要な範囲において、その特徴を記述する。

第一に、ドイツ国際私法における指定 (Verweisung) には、総括指定 (Gesamtverweisung)²⁰と実質法指定 (Sachnormverweisung) という2つの類型が存在するということである。ドイツ国際私法に該当する民法施行法 (以下、条項番号前においては「EGBGB」といい、その他の場合には「ドイツ国際私法」という。) 4条1項第1文では、指定の意義に反しない限り、他国の法に送致される場合には当該他国の国際私法も適用されるべき旨が定められている。この規定振りからは、ドイツ国際私法における指定は実質法のみならず国際私法も含めた外国の法体系全体の指定 (こうした指定を「総括指定」という) を原則とし、他方で、ドイツ国際私法における指定が特定の意義を有しており、総括指定がその意義に反する場合には例外的に、外国法のうち実質法のみが指定されるに止まる (こうした指定を実質法指定という) という枠組みを採用していることが窺われる²¹。従って、総括指定がなされる場合にのみ反致の適用が問題となり、実質法指定の場合には、そもそも外国の国際私法が指定範囲に含まれない以上、反致の適用は問題にならない²²。

第二に、一般に、反致には、外国の国際私法がドイツ法の適用を指示した場合に生じる単純反致と、外国の国際私法が (自国およびドイツ以外の) 第三国の法の適用を指示した場合に生じる転致 (Weiterverweisung [「再致」ともいう]) があるとされる²³。なお、EGBGB 4条1項第2文で

²⁰ “Kollisionsnormverweisung”、あるいは“IPR-Verweisung”と呼称する場合もある。

²¹ T. Rauscher, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (C. F. Müller, 2012), Rdn. 343ff.

²² B. von Hoffmann/K. Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (C. H. Beck, 2007), § 6 Rdn. 75ff.

²³ もっとも、ドイツの国際私法が総括指定に基づき外国 (仮に A 国とす

は、外国の国際私法がドイツ法を指定する場合には、ドイツの実質法規定が適用されるべき旨が定められている。これは、指定の循環（Verweisungskette）を断ち切ることを目的とする規定であり、外国の国際私法がドイツ法を指定した場合においては、それが実質法指定であった場合は勿論、仮令それが総括指定であったとしても、結果として、法廷地法たるドイツ実質法を適用することで決着が図られることになる²⁴。その限りで、二重反致は否定され则认为るのが大勢である²⁵。

第三に、反致を適用するに当たって、ドイツ国際私法が外国法を指定するときの連結点に特段の制約は存在しない。わが国通則法41条本文が反致の適用を当事者の本国法によるべき場合に限定しているのとは異なっており、およそEGBGB 4条1項第1文の総括指定に該当する限りは、外国法指定に当たっての連結点の如何に拘らず反致の適用があるとされる。従って、ドイツにおいて反致が適用される局面が実際にどの程度生じるかは、EGBGB 4条1項第1文の「指定の意義に反しない限り」という、総括指定に付された留保をどの程度広く（あるいは狭く）解するかに関わる問題であると言えよう²⁶。

る）を指定し、かつA国の国際私法が自国およびドイツ以外の第三国（仮にB国とする）の法を総括指定に基づき指定した場合において、B国の国際私法が更なる転致を指示しているときの処理を巡っては学説上争いがある。A国国際私法によるB国法の指定が総括指定であったとしても、これを実質法指定と同じく扱い、それ以降の転致の成立に否定的な見解がある（J. Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (Mohr Siebeck, 2006), 175）一方で、B国国際私法による転致の成立を肯定する見解も示されている（J. von Staudingers BGB, EGBGB Art. 3-6 (de Gruyter, 2013), EGBGB Art. 4 Rdn. 56 [R. Hausmann]）。後者の見解が優勢とされる。

²⁴ Hoffmann/Thorn, aa.O. (Fn. 22), § 6 Rdn. 94ff; Staudingers BGB, aa.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 51 [Hausmann]; Rauscher, aa.O. (Fn. 21), Rdn. 348.

²⁵ Münchener Kommentar zum BGB, Band 10 [Internationales Privatrecht], 5. Aufl. (C. H. Beck, 2010), EGBGB Art. 4 Rdn. 35 [H. Sonnenberger]; G. Kegel/K. Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (C. H. Beck, 2004), 408f.; Staudingers BGB, aa.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 19 [Hausmann].

²⁶ 石黒一憲『国際私法〔第2版〕』（新世社、2007年）235頁。

(2) 選択的連結の具体例

ドイツ国際私法で選択的連結を採用しているのは、法律行為の方式に関する11条1項、親子関係の成立に関する19条1項、親子関係の否認に関する20条、不法行為に関する40条1項等である。このうち、反致の適用との関係で引合いに出されることが特に多いのがEGBGB19条1項の規定である。同条項では、親子関係の準拠法について、①子の常居所地法(同項第1文)、②父子関係、母子関係それぞれにつき各親の本国法(同項第2文)、③母親が婚姻している場合には、EGBGB14条1項により定まる婚姻効力準拠法(同項第3文)の三つを掲げ、その選択的適用を規定している。すなわち、同条項では実現が望まれる特定の実質法的価値として「親子関係の成立」を念頭に置き、その実現を促進するために、複数の選択肢の中から親子関係の成立を肯定するものが一つでもあれば、それを選び出し準拠法として適用することを許容するものと捉えることができる²⁷。

(3) 選択的連結に対する反致の適用に関する見解

第一に、選択的連結であっても、原則として反致の適用を認めつつ、一定の事情の下で例外的に反致の適用を否定する見解(⊕)がある²⁸。この見解は、例えばEGBGB19条1項により指定された外国の国際私法が、期待される法的結果(この場合には、親子関係の成立)を達成できない実質法を準拠法として指定する場合に限り、例外的に反致の適用を否定する。元来、選択的連結といえども総括指定としての性格を有し、国際私法を含めた外国の法体系全体を指定することになるため、原則として反致の適用はあるが、上記の場合には例外的に、選択的連結における指定を総括指定ではなく実質法指定と解して反致の適用を回避する、という考えに立脚する。

第二に、選択的連結については、原則として反致の適用を検討する必

²⁷ Rauscher, a.a.O. (Fn. 21), Rdn. 977.

²⁸ Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn. 25), EGBGB Art. 4 Rdn. 27 [Sonnenberger]; C. von Bar, Internationales Privatrecht, Band 2 (C. H. Beck, 1991), § 2 Rdn. 307; Kegel/Schurig, a.a.O. (Fn. 25), 405.

要がないとしつつ、一定の事情の下で例外的に反致の適用を認める見解(⊕)がある²⁹。この見解は、選択的連結による指定は実質法指定としての性格を有するとしつつも、これにより指定される実質法いずれによっても、期待された法的結果が達成できない場合に限り、例外的に選択的連結について反致の適用を行い、かかる法的結果の達成を図るとの立場を採る。

第三に、選択的連結における指定は総括指定であり、原則として反致の適用が想定されているとの前提を採用した上で、仮に反致の適用によって選択肢の数が減少する場合には、例外的に反致の適用を否定するとの見解(⊖)がある³⁰。第一(⊕)と第二の見解(⊕)は、選択的連結について反致の適用を原則とするか、反致の不適用を原則とするかにおいて相違があるものの、選択的連結により実現を望む実質法上の目的の達成に、抵触法上の反致適用に関する判断を係らしめるという点で共通点を有する³¹が、第三の見解は、こうした第一および第二の見解に対して、抵触法的価値と実質法的価値を混淆するものであるとの批判を浴びせ

²⁹ Kropholler, aa.O. (Fn. 23), 171f; Hoffmann/Thorn, aa.O. (Fn. 22), § 6 Rdn. 113; Palandt BGB, 72. Aufl. (C. H. Beck, 2013), EGBGB Art. 4 Rdn. 6 [K. Thorn]; Erman BGB, 12. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2008), EGBGB Art. 4 Rdn. 19 [G. Hohloch]; H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Band 3, 3. Aufl. (C. H. Beck, 2012), EGBGB Art. 4 Rdn. 8 [S. Lorenz]; Staudingers BGB, aa.O. (Fn.23), EGBGB Art. 4 Rdn. 95ff. [Hausmann]; U. Kartzke, Renvoi und Sinn der Verweisung, IPRax 1988, 8, 9.

³⁰ J. von Staudingers BGB, EGBGB Art. 19-24, ErwSÜ (De Gruyter, 2014), EGBGB Art. 19 Rdn. 25 [D. Henrich]; Münchener Kommentar zum BGB, aa.O. (Fn. 25), EGBGB Art. 19 Rdn. 23 [H. Klinkhardt]; M. Andrae, Internationales Familienrecht, 3. Aufl. (Nomos, 2014), § 5 Rdn. 38. この立場に拠ると思われる裁判例を強いて挙げれば、OLG Stuttgart, FamRZ 2001, 246である。これに対して、選択的連結による指定は実質法指定であるとし、原則として反致の適用を否定するものの、例外的に準拠法の選択肢数が増加することを条件に反致の適用を認める見解もある (C. von Bar/P. Mankowski, Internationales Privatrecht, Band 1, 2. Aufl. (C. H. Beck, 2003), § 7 Rdn. 228 [Mankowski]; Rauscher, aa.O. (Fn. 21), Rdn. 359)。

³¹ J. von Staudingers BGB, aa.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 94 [Hausmann].

る。そのうえで、この見解によれば、抵触法の使命は空間的な牽連性の強い国を探求し準拠法所属国として指定することであって、実質法上の特定の目的を達成するために抵触法がなし得ることは、準拠法の選択肢数を維持しその目的達成の機会を縮減させないことに止まるとするのである³²。

第四に、選択的連結における指定を実質法指定として捉え、反致の適用を全面的に否定する見解(⊕)がある³³。この見解によれば、選択的連結を採用した抵触規定は、立法者が当事者の国籍や常居所地等の客観的な連結点を複数用意して、特定の法律関係の実現を促すものであるが、そこで正当化され得るのは、自国国際私法の選択的連結規定により指定された複数の準拠法選択肢のうち少なくとも一つがかかる法律関係の実現を予定している場合には、他の準拠法選択肢の適用結果に拘わらず、当該法律関係の実現を認めることに限られる。加えて、反致は様々な抵触法上の目的を有するが、実質法上の特定の目的を実現させるための道具として用いられるべきではなく、立法者が選択的連結を採用し準拠法の選択肢に一定の枠を課した以上は、これを総括指定と位置付け反致を適用することによりその選択肢の拡張を図るのは適切ではない、との主張を展開するのである³⁴。

³² D. Henrich, Internationales Familienrecht, 2. Aufl. (Verlag für Standesamtswesen, 2000), 224f.

³³ H. Baum, Alternativanknüpfungen (J. C. B. Mohr, 1985), 58; C. Schröder, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht (Peter Lang, 1996), 148f; G. Kühne, Der Anwendungsbereich des Renvoi im Lichte der Entwicklung des IPR, A. Heldrich/H. Sonnenberger (Hrsg.), Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988 (Verlag für Standesamtswesen, 1988), 257f; T. Rauscher, Sachenormverweisungen aus dem Sinn der Verweisung, NJW 1988, 2151, 2153f. この立場に拠ると思われる裁判例を強いて挙げれば、OLG Hamm, FamRZ 2009, 126である。

³⁴ 但し、T. Rauscher 教授は、法律行為の方式を規定した EGBGB11条については、総括指定と実質法指定双方から成る「指定の二重的性格 (doppelte Natur)」を肯定して、⊖説を支持する (ders, aa.O. (Fn. 33), 2153)。

4. スイス

(1) 反致制度の特徴

スイスにおける反致は、スイス国際私法（以下、条項番号前において「IPRG」という。）14条に規定される。その特徴は以下のとおりである。

第一に、スイス国際私法による準拠法指定は実質法指定が原則であり、総括指定は例外をなすものと理解されている³⁵。一般に、これを捉えて、スイス国際私法は実質法指定を原則に据えることで、同国独自の抵触法上の価値観を判決の国際的調和よりも優先させていると評される³⁶。IPRG14条は、例外として総括指定に該当する場合、すなわち反致の適用が想定される場合として、①指定した外国法が反致または転致を規定し、かつスイス国際私法がこれを個別に許容しているとき（同条1項）、および②人事または家族の身分が問題となるとき（同条2項）の二つのみを規定する³⁷。

第二に、IPRG14条が明文で規定するとおり、上記①の場合には、スイス法への単純反致のみならず、第三国への転致³⁸の成立を認めるが、

³⁵ H. Honsell/N. P. Vogt/A. Schnyder/S. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (Helbing Lichtenhahn, 2013), Art. 14 Rdn. 1ff [M. Mächler-Erne/S. Wolf-Mettier].

³⁶ A. Furrer, et. al., Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (Schulthess, 2011), Kapitel 4 Rdn. 87.

³⁷ このうち、①に該当するのは、氏名の準拠法を規定するIPRG37条1項、被相続人の最後の住所が外国にある場合における相続準拠法を規定する同91条1項、契約の方式に関する同119条3項および124条3項であるとされる（Furrer, et. al., aa.O. (Fn. 36), Kapitel 4 Rdn. 90）。もっとも、IPRGの立法の経緯を踏まえて、反致の適用範囲を制限しようとする学説からは、飽く迄IPRG14条1項の適用範囲を、立法試案の段階で反致の適用が認められていたIPRG37条1項と同91条1項に限るべきとの見解が示されている（A. K. Schnyder, Das neue IPR-Gesetz, 2. Aufl. (Schulthess, 1990), 30 [Fn. 9]）。こうした議論の詳細については、奥田安弘「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（2・完）」北大法学論集40巻3号140-145頁（1990年）を参照。

³⁸ なお、スイスでも脚注23のような事案において、更なる転致を認めるか否かについては争いがある。この点に関しては、A. K. Schnyder/N. Liatowitsch,

上記②の場合には、単純反致の成立のみを認めるに止まる³⁹。二重反致については肯定、否定両説が提唱されているが、このうち否定説は、ドイツ同様に、外国の国際私法が総括指定としてスイス法を指示したとしても、これを実質法指定と見做して抵触法上の処理を行うとする見解を採る⁴⁰。いずれにしても、二重反致の問題は未だ決着がついていない⁴¹。

第三に、IPRG14条2項の適用範囲は「人事または家族の身分が問題となる時」に限られるが、こうした限定は単純反致の適用局面を画するものとして位置付けられる。現行のスイス国際私法が制定された1987年以前には、反致の適用局面を限定する規定が存在しなかった⁴²ことから、現行法が制定されて以降、IPRG14条2項の具体的な解釈を巡って様々な議論が展開されることとなった。現在では、これを「身分行為および身分関係の成立および終了」として狭く解する立場が大勢を占める⁴³。もっとも、例えば、IPRG35条が規定する自然人の行為能力については、IPRG14条2項の適用範囲に含めないとする見解⁴⁴が優勢であるものの、同条項の適用範囲に含まれるとして反致の適用を認める見解⁴⁵も示されるなど、個別具体的な問題を巡って必ずしも完全に見解が一致し

Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. (Schulthess, 2006), § 7 Rdn. 186f.

³⁹ Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 14 Rdn. 9 [Mächler-Erne/Wolf-Mettier].

⁴⁰ Schnyder/Liatowitsch, a.a.O. (Fn. 38), § 7 Rdn. 185.

⁴¹ P. Truniger (Hrsg.), Internationales Privatrecht (Helbing Lichtenhahn, 2011), Rdn. 155 [M. Pellascio].

⁴² Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzesentwurf zur Neuregelung des internationalen Privatrechts (Schulthess, 1984), 37 (Fn. 6) [R. von Oberbeck].

⁴³ Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 14 Rdn. 15 [Mächler-Erne/Wolf-Mettier]; D. Girsberger et. al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. (Schulthess, 2004), Art. 14 Rdn. 24 [A. Heini]; Furrer, et. al., a.a.O. (Fn. 36), Kapitel 4 Rdn. 92.

⁴⁴ Truniger (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), Rdn. 162 (Fn. 283) [Pellascio]; Girsberger et. al. (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 43), Art. 14 Rdn. 23 [Heini].

⁴⁵ Girsberger et. al. (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 43), Art. 35 Rdn. 15 [F. Vischer].

ているとは言い難いのが実情である⁴⁶。

第四に、反致を適用するに当たって、スイス国際私法が外国法を指定するときの連結点に特段の制約は存在しない。この点は、ドイツと同じである。

(2) 選択的連結の具体例

IPRG14条2項の適用範囲にあつて選択的連結を採用している抵触規定として、代表的には、外国人間の婚姻の実質的成立要件に関する44条2項、および認知に関する72条1項が挙げられる⁴⁷。IPRG44条2項では、

⁴⁶ Furrer, et. al., a.a.O. (Fn. 36), Kapitel 4 Rdn. 92.

⁴⁷ IPRG14条2項の適用範囲に含まれる単位法律関係であつて、かつ段階的連結を採用している抵触規定に関しても、反致を適用するか否かを巡り議論がある。例えば、親子関係成立の準拠法を規定したIPRG68条は、同条1項で子の常居所地法を準拠法としつつも、同条2項で、父母のいずれもが子の常居所地に住所を有していないが父母および子が共通の国籍を有する場合には、同条1項の規定に拘わらず共通本国法を適用する旨を規定している。同条2項について反致の適用を肯定する見解が通説的地位を占める(Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 68 Rdn. 17 [I. Schwander])⁴⁸が、他方において、かかる通説の見解自体がIPRG68条2項に対する厳格な反致の適用に懐疑的であり、反致の適用が抵触規定全体の目的に照らして矛盾を生ぜしめる場合には、一般例外条項であるIPRG15条を活用して準拠法指定の修正を図るべき旨が提唱されている(I. Schwander, Das Internationale Familienrecht der Schweiz, Band 1 (Dike, 1985), 372ff)。また離婚および別居(本脚注に限り「離婚等」という)の抵触規定たるIPRG61条は、同条1項で法廷地法たるスイス法を準拠法として規定しつつも、同条2項では、夫婦が共通の外国籍を有しかつ一方がスイスに住所を有する場合には、同条1項の規定に拘わらず、夫婦の共通本国法を準拠法とする旨規定している。このうち2項に規定する夫婦の共通本国法につき反致の適用を認めるか否かについては議論がある。IPRG15条の一般例外条項に基づく修正を適宜行ふとの留保を課すものの反致を認める見解が大勢を占める(Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 61 Rdn. 19 [L. Bopp])⁴⁹が、反致の適用に否定的な見解も示されている。後者の見解からは、同条3項では、共通本国法によれば離婚等が全く許容されていないか、著しく困難である場合には、夫婦の一方がスイス国籍者か2年以上スイスに居住しているときに限り、スイス法の適用を認める旨の規定が置かれているが、同

外国人間の婚姻が同条1項に掲げるスイス法の実質的成立要件を満たさない場合であっても、一方当事者の本国法の実質的成立要件を満たす場合には、その成立を認める旨を規定している。また、IPRG72条1項では、認知準拠法として、認知時を基準時として、①子の常居所地法、②子の本国法、③父の住所地法、④父の本国法、⑤母の住所地法、⑥母の本国法を選択的に適用することを認めている。

このうち、IPRG44条2項は、問題とされる外国人間の婚姻がスイス法の実質的成立要件を満たさないことを前提条件として初めて適用が予定されるものであり、同条項で選択的連結の対象となっている各当事者の本国法につきスイス法への単純反致の成立を認めたのでは、常に婚姻成立が否定される結果に帰着してしまうであろう⁴⁸。従って、IPRG44条2項に対する反致の適用可能性を検討するに当たっては、単に同条項が選択的連結を採用していることに止まらず、その適用がスイス法上の実質的成立要件の不充足を前提にしているという同条項固有の事情をも追加的に考慮しなければならない。その意味では、本稿の主題との関係において参考とすべきは、こうした固有の事情を有しないIPRG72条1項に対する反致の適用問題ということになるであろう。

(3) IPRG72条1項に対する反致の適用に関する見解

第一に、IPRG72条1項の指定は同14条2項の総括指定に該当し、通常であれば、スイス法への単純反致が成立し得ると考えられるため、一律に反致の適用を否定するわけにはいかないとしたうえで、IPRG72条1項により指定される外国法上は認知が成立するものの、スイス法上これが成立しない場合に限り、反致の適用を否定するとの見解(㉑)が示されている⁴⁹。

条3項でこのような厳格な要件を課してスイス法の適用を制限しているにも拘らず、同条2項につき反致を認めるとすると、そもそも同条3項を設けた意義が大幅に減殺されてしまうとの主張がなされている(Lausanner Kolloquium, a.a.O. (Fn. 42), 41 [R. von Oberbeck] und 168 [R. Siehr])。

⁴⁸ Furrer, et. al., a.a.O (Fn. 36), Kapitel 5 Rdn. 6.

⁴⁹ Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 72 Rdn. 13 [Schwander]; Furrer, et. al., a.a.O (Fn. 36), Kapitel 4 Rdn. 35 und 102; Truniger

第二に、IPRG72条1項の選択的連結について反致の適用を一律否定する見解(㊗)も主張されている⁵⁰。この見解によれば、IPRG72条1項は認知の成立という目的達成を促すために選択的連結を採用した経緯があり、仮にかかると選択的連結に単純反致の適用を許容した場合には、同条項が掲げる目的の達成を阻害する恐れがあるとする。従って、IPRG72条1項について反致の適用を全面的に否定すべきとの立場を採用するのである。

第三に、反致により、IPRG72条1項により指定された選択肢の数が減少してしまう場合に限り、反致の適用を否定する見解(㊘)がある⁵¹。

第四に、IPRG72条1項の選択的連結について反致の全面的な適用を肯定する見解(㊙)もある⁵²。この見解は、仮令選択的連結であっても、IPRG14条2項の適用範囲に含まれる限りは、反致の適用を免れないとの考えに立脚するものである。

5. 私見

(1) 学説の分類

これまで、日本、ドイツ、スイスにおける学説の状況を概観してきたが、各国で反致制度に相違点はあるものの、これら諸国において選択的連結に対する反致の適用に関して提唱されている学説は、概ね次のとおりに分類できる。

(Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), Rdn. 164 (Fn. 285) [Pellascio]; J. K. Kostkiewicz, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts (Stämpfli, 2012), Rdn. 1303.

⁵⁰ H. Honsell/N. P. Vogt/A. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht (Helbing & Lichtenhahn, 1996), Art. 14 Rdn. 16 [M. Mächler-Erne] (但し、本書の第3版 [Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 14 Rdn. 16a [Mächler-Erne/Wolf-Mettier]] では、記述が改まり、㊙または㊗のいずれの見解に立脚するかが明確に示されていない); Schnyder/Liatowitsch, a.a.O. (Fn. 38), § 7 Rdn. 195.

⁵¹ Girsberger et. al. (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 43), Art. 72 Rdn. 12 [K. Siehr].

⁵² Truniger (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), Rdn. 305 [M. Kindler].

A説：反致全面適用説 (㊦ [日本]、㊧ [スイス])

B説：反致全面不適用説 (㊨ [日本]、㊩ [ドイツ]、㊪ [スイス])

C説：「原則＝反致適用、例外＝反致不適用」説 (㊫ [日本]、㊬ [ドイツ]、㊭ [スイス])

D説：「原則＝反致不適用、例外＝反致適用」説 (㊮ [日本]、㊯ [ドイツ])

E説：選択肢数減少の場合に限り反致不適用とする説 (㊰ [ドイツ]、㊱ [スイス])

(2) 各説の検討

① CおよびD説の検討

D説はドイツでは多数説として位置付けられている⁵³。他方、C説はスイスにおいて有力に主張されているほか、ドイツでも提唱者は少なくない。これらの見解は、反致の適用に関する判断を実質法上の特定の目的実現に係らしめる点において共通性を有するが、既に述べたとおり、ドイツにおいても近時、これら両説に対して疑問が提起されるに至っている。D. Henrich 教授は、これら学説に対して、抵触法レベルにおける法適用関係の決定と実質法レベルにおける特定目的の実現を混同するものとの批判を加えており、CまたはD説に立脚する研究者すらも、抵触法の基本が空間的な最密接関係地を探索することにあるという点において、かかる Henrich 教授の批判の中に一定の正当性を認めていることは事実である⁵⁴。

選択的連結に基づき準拠法を選定し、その適用結果を確認したうえで、再度準拠法の選定過程に戻り反致の成立を認める、あるいは反致を適用し準拠法を選定したものの、その適用結果を確認したうえで、再度準拠法の選定過程に戻り反致の適用を否定するといった手法は、二つの意味において、わが国で伝統的に支持されてきた国際私法総論に関する基本的な枠組みとは相容れないものである。第一に、準拠法の選定段階と準拠法の適用段階との間の往來を許容することが、果たして準拠法決定に

⁵³ Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 93 [Hausmann].

⁵⁴ Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 95 [Hausmann].

かかる総論的枠組みの中で合理的に説明し得るかは疑問である。近代において、国際私法も含めた手続法の目的は静的な実体法秩序の実現に求められる⁵⁵が、最密接関係地法の探求結果として準拠法を一旦選定し適用したにも拘わらず、それ以外の法体系を準拠法として選定し直すことを、準拠法決定のプロセス全体の中で如何に整合的に説明し得るのか疑問が呈されるのも無理からぬところではないかと思われる⁵⁶。また第二に、やはり実質法的価値と抵触法的価値の混淆という問題を指摘せねばならないであろう。CおよびD説は実質法上の目的を実現させるために抵触法上の操作を行うものであるが、かかる運用が妥当と評価されるかは疑問である。例えば、通則法11条は、実質法上特定の価値を有する目的の実現を促すために、特別の抵触規定を置いた具体的事例の一つである。同条は、国際的な消費者契約に関して、特定国の実質法体系の適用を可能にするものではあるが、必ずしも実質法上の特定の目的実現を保証するものではないとされる⁵⁷。また、消費者契約の抵触法上の取扱いを巡り欧州で採用されている優遇比較原則は、わが国通則法の制定過程において、実質法上の価値と抵触法上の価値を混淆するものであるとして否定的に捉えられ、優遇比較原則の採用を回避すべく通則法11条の規定内容が慎重に検討されてきた経緯もある⁵⁸。このように、通則法は11条を例示として考えるに、契約関係における実質的な弱者保護という要請が実質法および抵触法の双方において共通の現代的価値を有することを認めつつも、他方において、法適用における各法領域相互の役割分担の徹底、すなわち実質法と抵触法の機能的峻別の厳格化に十分な問題関心を払って制定されたと評価し得る。しかしながら、CおよびD説はこうした点を踏み越えた形で準拠法決定プロセスの運用を図っており、通則法の解釈論として採用することには問題があるように思われ

⁵⁵ 道垣内・前掲(注1)231頁以下、250頁、神前ほか・前掲(注4)280頁[早川吉尚執筆]。

⁵⁶ こうした問題意識は既に、外国法不明の場合における補充的連結説に対する批判において示されている(道垣内・前掲(注1)250頁)。

⁵⁷ 小出編著・前掲(注11)134-135頁[湯川毅執筆]。

⁵⁸ 小出編著・前掲(注11)136-137頁[湯川執筆]。

る⁵⁹。

② A、B および E 説の検討

結論から言えば、B 説（反致全面不適用説）でよいと考える。選択的連結は、事案と準拠法所属国との間の牽連性が十分でないにしても、兎に角複数の連結点（延いては準拠法選択肢）を並列的に用意して特定の実質法的価値の実現を促すものであるが、他方において、それは判決の国際的調和という抵触法上の価値を後退させるものと評価することも可能である⁶⁰。すなわち、選択的連結を導入した趣旨は、判決の国際的調和を犠牲にしてでも実現すべき実質法上の特定の価値・目的が存在しており、その実現を促すために抵触法上なし得る連結政策を採用したということに他ならない。にもかかわらず、不完全ながらも判決の国際的調和を存在意義の一つとして掲げる反致⁶¹をこれに適用したのでは、選択

⁵⁹ 横山潤先生がご指摘されるとおり、通則法では、親子関係の成立に関して子の常居所地への連結が規定されていない（横山・前掲注（4）76頁）。この点を規定上の不備と捉えるにしても、実質法上の目的実現を確認したうえで反致の適用を判断するような手法によって克服するのは妥当ではない。一義的には、改正等の立法的手当が検討されるべきであるが、解釈論による場合であっても、飽くまで抵触法の領域において取り得る手段（例えば、本国法の認定における実効的国籍論の導入）によって個別事案の柔軟かつ妥当な処理を図るべきであろう。

⁶⁰ Kropholler, a.a.O. (Fn. 23), 171f; Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 95 [Hausmann]; Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn. 25), EGBGB Art. 4 Rdn. 27 [Sonnenberger].

⁶¹ 従前より内外を問わず、不完全であることを認識しつつも、反致の存在意義の一つを判決の国際的調和に求める見解は多く見受けられる（ドイツでは、A. Lüderitz, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (Alfred Metzner, 1992), Rdn. 156, Kegel/Schurig, a.a.O. (Fn. 25), 396f, 403; Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 17 [Hausmann]; Rauscher, a.a.O. (Fn. 21), Rdn. 349等。わが国では、木棚＝松岡編・前掲（注4）159頁〔多喜喜筆〕、櫻田・前掲（注4）116-117頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲（注15）55-56頁〔松岡執筆〕、横山・前掲（注4）71頁、中西ほか・前掲（注4）86-88頁等）。もっとも、ここで判決の国際的調和と言っても、それは飽くまで法廷地国たるわが国と通則法が準拠法として指定した法所属国との間における限定的なものに止まることに留意しておかね

の連結の効果が減殺され、その所期の価値・目的を達し得なくなる⁶²。各抵触規定は単位法律関係毎に適した形で具体的な連結政策を提示するが、反致規定がこうした連結政策との間で齟齬を生ぜしめる場合には、より個別的な事項を規定する前者（＝各抵触規定）を優先させたとしても、解釈論の一般原則に照らして然程不自然なことではないと思われる。特に、わが国通則法はその41条本文の解釈論として単純反致を許容するのみであり、転致を許容するドイツ国際私法と比較して、飽くまで一般論ではあるが、選択的連結に対する減殺効果は大きいと考えられる。個別抵触規定において選択的連結を採用した以上は、この連結政策の目的を優先し、反致の適用を回避する要請は相対的に大きいと言えるのではないであろうか。A 説（反致全面適用説）は、その立論の根拠として、通則法41条但書に選択的連結を採用した諸規定が列挙されていないことを掲げるが、この但書の規定については、通則法の準拠法指定の趣旨に照らして反致の適用を排除すべき場合を飽く迄例示したものと捉えて、柔軟に運用する余地もあるように思われる⁶³。

また、反致規定を、立法または解釈により抵触規定の個別化・柔軟化が達成されるまでの間、当面の事態に対処すべく、例外救済を行うための一般条項として位置付ける⁶⁴にしても、例えば、通則法28条1項および29条2項を挙げて考えてみれば、親子関係の成立を容易化し子の保護

ばなるまい。

⁶² ドイツでは、程度の差こそあるが、ほぼすべての学説において、選択的連結に反致を適用した場合には、選択的連結の所期の目的を減殺する惧れがあるとの認識が共有されている。加えて、同国の裁判実務でもかかる認識に言及したうえで、EGBGB19条1項または同20条1項が規定する選択的連結に対する反致の適用を否定した事案が存在する（OLG Stuttgart, FamRZ 2001, 246, 248; OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 1697, 1698; OLG Hamm, FamRZ 2009, 126, 127）。

⁶³ 煖場準一「養子縁組・離縁の準拠法及び国際的管轄」岡垣学＝野田愛子編『講座・実務家事審判法〔第5巻（涉外事件関係）〕』（日本評論社、1990年）257頁。

⁶⁴ 石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』（東京大学出版会、1980年）234頁、同「反致主義の根拠」澤木敬郎＝煖場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996年）83頁。

を図るための手段として、多様な選択肢を提供するという極めて柔軟な連結政策を採用しているのであるから、そうである以上は、もはやその限りで不完全な一般条項としての反致規定⁶⁵はその存在意義を欠き、こうした場合にまで同規定を積極的に適用する理由に乏しいと思われる。そもそも反致規定を一般条項として位置付ける見解からは、本来的には、抵触法上の価値に基づき複数の連結点を序列化しつつも、これら連結点に基づき選定される具体的な準拠法選択肢の採否について柔軟な要件を設けるのが本筋であるが、そうした規定振りは煩瑣であり、また実際のでもないことから、やむなく反致規定の外形を纏いながら一般条項が登場するに至った、といった説明がなされる⁶⁶。すなわち、こうした見解は、事案の最密接関係地を探求するために、連結点のタテの序列化を図る代わりに、反致規定の一般条項化（一般条項としての解釈論の導入）を目指したものとして捉えることができるだろう。これに対して、選択的連結を採用した抵触規定は、実質法上の特定の法律関係の実現を促すために、あえて事案との空間的密接牽連性を犠牲にしてまでも、関連する複数の連結点をヨコに並列化したものと捉えられなくもない。少なくとも、選択的連結を採用した抵触規定に関しては、それが取扱う単位法律関係について個別的で柔軟な連結政策を立法的に手当し導入し終えたわけであるから、その単位法律関係に関する限りは、反致規定なる一般条項を活用してさらなる対処を図る余地はない（ましてや反致を適用することによって、選択的連結導入の動機付けとなった特定の価値・目的の達成を阻害する余地はない）と言うべきである^{67 68}。

⁶⁵ 石黒先生は、反致規定の目的を自国抵触規定の硬直緩和に求め、その目的を実現するために、外国抵触規定による日本法の指定という手段を法律構成として導入したが、その目的と手段の間には越えがたいギャップが存在しており、これが反致規定の「不完全性」に繋がっている、との議論を展開しておられる（石黒一憲『国際家族法入門』（有斐閣、1981年）65-66頁、同・前掲（注64）『国際私法の解釈論的構造』41頁以下）。

⁶⁶ 石黒・前掲（注65）『国際家族法入門』63-66頁。

⁶⁷ H. Baum 教授は、本来的には、実現が目指される具体的な成果についての評価は実質法の段階において初めてなされるが、選択的連結の場合には、こうした評価作業が抵触法の段階において前倒しでなされているとし、実質法上

なお、わが国では提唱者はいないが、E 説について付言しておく。この見解は C および D 説とは異なり、抵触法の範囲内において実質法上の目的達成のためになし得ることとして、「選択肢数の維持（可能であれば、さらには拡張）」を目的に掲げる。しかしながら、この見解は、ドイツに代表されるように、④自国国際私法において単純反致のみならず転致の成立を許容していること、かつ⑤自国国際私法により指定された実質法所属国の抵触規定が選択的連結を採用しており、それにより複数の第三国が指定される場合には、これら第三国すべてへの転致が認められること、を前提として初めて成り立つもののように思われる⁶⁹。しかしながら、わが国では単純反致しか認められていないため、E 説に基づき反致の適用が認められるのは、通則法を選択的連結点いずれについ

の価値判断が一定程度抵触法上のプロセスに入り込んでいるとする。こうした現象を「結果に関する優遇措置 (Ergebnisvorgabe)」として捉えたうえで、「こうした優遇措置は、さらなる特性として、当事者による法選択の場合と同様に、選択的連結により外国実質規範を指定することを予定する。成果達成を志向する決定—それは単に法律関係を突きとめるに止まらないものである—の結果として、外国の抵触規定への指定は不必要なものになってしまう」とか、「選択的連結による指定は当事者による法選択の場合と同様に、単なる実質法指定であると解すべきである。さもないければ、判断にとって決定的な (entscheidungsbestimmende)、結果に関する優遇措置が意味のないものになってしまうからである」といった議論を展開している (ders, aa.O. (Fn. 33), 56-58, 257)。こうした H. Baum 教授の主張は、本稿における私見ともほぼ同旨であると思われる。

⁶⁸ 石黒先生は、選択的連結そのものに対しては、例えば親子関係の成立を容易にすることが一律に子の保護に資するとは限らないとし、実質的な利害対立の一部のみを切り出して、本来の抵触法的価値とすり替えるものであると評価するなど、総じて批判的である (石黒・前掲 (注26) 97頁)。立法論としては、こうした批判があり得ることは認めるが、他方で、現在の通則法の規定が親子関係の成立を中心に選択的連結を採用している以上、解釈論としては、その連結政策が依拠する目的自体は尊重されるべきであろうと考えられる。

⁶⁹ 例示すれば、ドイツが自国国際私法に基づき甲、乙、丙国法を指定し、かつ甲国国際私法によれば、選択的連結により、丁、戊、己国法が指定される場合には、結論として、乙、丙、丁、戊、己国の法が選択的に適用されるとの帰結に至るということである。

でも日本ではなく外国が指定され、かつそのうちの一カ国についてのみ反致が成立するという極めて稀な場合に限られる⁷⁰。わが国通則法の解釈論として、一見普遍的な見解としてE説を導入したとしても、その実は限定的な場合にのみ反致の適用を肯定するという結果を惹起するに過ぎず、実態においてB説を採用するのと然程変わらないことになろう。準拠法選択肢の数だけを問題にするのであれば、上記の場合には反致を適用するか否かに拘らず選択肢の数に変動は生じないが、他方において、このような稀な場合に限って反致の適用を認める理由について、説得的な解答を用意するのは相当に困難なことであろうと思われる。また、例えば通則法28条に従って、嫡出親子関係の成立に関する準拠法としてA国法およびB国法が指定された場合において、B国について反致が成立せずかつB国実質法によれば嫡出親子関係が成立しない一方、A国実質法によれば嫡出親子関係が成立するにも拘らずA国について反致が成立する事案を想定してみたい。この事案では、A国について反致の成立を肯定しても、準拠法は当初のA国法とB国法の二つから日本法とB国法の二つになるだけで、その選択肢が減少するわけではない。しかしながら、仮に日本法によれば嫡出親子関係が成立しない場合であっても、E説によれば、A国について反致の成立を肯定するのであろうか⁷¹。ドイツにおいても、仮令E説を採用し選択肢数の維持という形式的でクリアーカットな基準に反致適用に関する判断を委ねる立場に拠ったとしても、上記のような事案においては結局のところ、実質法上の目的達成を基準に反致の適用を決せざるを得ないのではないかとし

⁷⁰ 例示すれば、通則法に基づき甲、乙、丙国法が指定される場合であって、甲国法についてののみ単純反致が成立するときには、日本、乙、丙国の各法が選択的に適用されることになる。この場合には、適用が予定される準拠法の選択肢数は、反致の適用の有無に拘らず、三つで変わらない。

⁷¹ CまたはD説を支持する学説からもE説に対して、通則法により甲、乙、丙国法が指定され、甲国法についてののみ単純反致が成立する事案を想定したうえで、甲国法によれば所期の実質法上の目的（例えば親子関係の成立）を達成できるが、日本法によればその目的を達成できない場合には、E説によれば、結果として当該実質法上の目的を達成できなくなる憾みがある、との批判が寄せられる（横山・前掲（注4）75頁）。

て、E 説を念頭に置いて批判的な議論が展開されている⁷²。

③ セーフガード条項に対する反致の適用

選択的連結を採用している通則法の諸規定のうち、認知に関する29条2項には、いわゆるセーフガード条項が存在している⁷³。同項前段は、認知の成立及び効力について、父子関係、母子関係それぞれに3つの連結点を提示し選択的連結を採用する(2.(2)参照)が、その後段において、認知の準拠法が認知者の本国法とされる場合には、認知時における子の本国法によれば子または第三者の承諾または同意が認知の要件であるときは、その要件も併せて具備することが要求されている。

かかるセーフガード条項に規定する認知時の子の本国法について反致を適用するか否かを巡っては、立法担当者は、㊦セーフガード条項の文言上反致の適用を想定していないこと、㊧反致の適用を認めることにより、子の本国法上の同意・承諾要件を適用することで子の保護を図ろうとしたセーフガード条項の趣旨が没却される恐れがあること、㊨セーフガード条項は他の規定と発想を異にしており、他の規定との整合性に配慮する必要に乏しいこと等を根拠として、反致の適用に否定的な見解を示している⁷⁴。学説上は、セーフガード条項についても反致の適用を肯定する見解もある⁷⁵が、否定説が優勢であり⁷⁶、戸籍実務も否定説に従

⁷² D. Solomon, Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht, in R. Michaels/D. Solomon (Hrsg.), Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag (Sellier European Law Publishers, 2012), 237, 261-262.

⁷³ 非嫡出親子関係の成立に関する通則法29条1項、および養子縁組に関する同31条1項はいずれも、選択的連結を採用していないが、通則法29条2項と同様にセーフガード条項を有する。例えば、通則法31条1項前段では、養子縁組は養親となるべき者の本国法によると規定するが、その後段において、養子となるべき者の本国法によれば、養子となるべき者・第三者の承諾・同意、または公的機関の許可等が養子縁組の成立要件である場合には、それら要件も併せて具備することを要求している。

⁷⁴ 澤木=南編著・前掲(注11)57-58頁[南執筆]、南敏文『改正法例の解説』(法曹会、1992年)208頁。

⁷⁵ 山田・前掲(注5)73頁、485-486頁、504頁、出口・前掲(注13)204頁。

⁷⁶ 坪場準一「法例の新規定における反致政策についての小論」川井健ほか編『講

う⁷⁷。

反致の適用除外を規定する通則法41条但書では、選択的連結を採用した抵触規定と同様に、セーフガード条項も列挙されていない。セーフガード条項は、本人の同意・承諾等一定の事項に関して子の本国法の強行的適用を求める趣旨であり、同条項への反致の適用を否定することで問題ないように思うが、そうであれば、選択的連結に対する反致の適用を全面的に肯定する学説（A説）が、その根拠を、選択的連結を採用する抵触規定が通則法41条但書に列挙されていないことに求めるのは、説得力に欠け薄弱というほかないであろう。選択的連結を採用する抵触規定についても、セーフガード条項と同様に、通則法41条但書の規定振りという形式的な理由によるのではなく、それら抵触規定の趣旨および実質的な存在意義等を踏まえて、反致適用の適否が判断されるべきではないかと思われる。

④ その他若干の問題

既述のとおり、私見は選択的連結に対して反致の適用を一律否定する見解（B説）によるが、仮に通則法の解釈として選択的連結に反致の適用を認めるとの見解に立ったとすると、本国たる外国の抵触規定も同じく選択的連結を採用する場合であって、その連結点の一つによれば反致が成立するが、その他の連結点によれば反致が成立しないときの取扱い

座現代家族法〔第1巻（総論）〕』（日本評論社、1991年）105頁（坪場・前掲（注63）257頁も同旨）、櫻田・前掲（注4）119頁〔同書第5版では反致肯定説に立脚していたが、これを改説〕、澤木＝道垣内・前掲（注4）46頁、横山・前掲（注4）73頁（同『国際家族法の研究』（有斐閣、1997年）204頁脚注66、および横山・前掲（注17）「涉外認知事件の裁判管轄権とその準拠法」244頁も同旨）、神前ほか・前掲（注4）67-68頁〔元永執筆〕、櫻田＝道垣内編・前掲（注1）99頁〔佐野執筆。通則法29条に関する見解〕、325-326頁〔北澤執筆〕等。

⁷⁷ 涉外戸籍実務研究会・前掲（注12）『設題解説・涉外戸籍実務の処理Ⅳ〔出生・認知編〕』65頁、258-259頁、同『設題解説・涉外戸籍実務の処理Ⅴ〔養子縁組編〕』（日本加除出版、2008年）26-27頁。なお、平成元年10月2日法務省民二第3900号「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍実務の取扱いについて」（民事局長通達）第4の1（2）を参照。

が問題となる。

この点については、立法担当者の理解では、通則法41条にいう「その本国法に従えば日本法によるべきとき」とは、本国たる外国の抵触規定が掲げるすべての連結点が日本を指示しているときであると解釈し、この場合における反致の成立を否定する⁷⁸。これに対して、少なくとも本国抵触規定が掲げる連結点の一つが日本を指定する場合であって、当該本国法によれば実質法上の目的が達成されないが、日本法によればその目的が達成され得るときに限り、反致の成立を肯定する見解も提唱されている⁷⁹。

私見は選択的連結に対する反致の適用を全面的に否定する立場に拠るが、本国の抵触規定が選択的連結を採用し、当該規定によりわが国への単純反致の成否が問題となり得るのは、何も通則法が選択的連結を採用している単位法律関係に限られない。通則法が選択的連結を採用していない単位法律関係について本国の抵触規定が選択的連結を採用している場合も想定され得るので、この点についても態度表明をしておく必要があろう。上記の学説のうち、わが国抵触規定が念頭に置く実質法上の目的が達成されるか否かにより反致の成否を判断するが如き後者の見解は、反致という抵触法上の処理に関する判断を特定の実質法的価値の実現に係らしめており、C および D 説に対して行った批判的検討(5. (2) ①)の内容がそのまま妥当と思われる。

私見では、本国抵触規定が選択的連結を採用している場合において、

⁷⁸ 澤木＝南編著・前掲(注11)58頁[南執筆]。なお、この見解を支持するものとして、溜池・前掲(注5)166頁、松岡博編『国際関係私法入門〔第3版〕』(有斐閣、2012年)53頁[多田望執筆]。また、戸籍実務もこの見解に従う(渉外戸籍実務研究会・前掲(注12)『改訂設題解説・渉外戸籍実務の処理Ⅱ〔婚姻編〕』46頁、同・前掲(注12)『設題解説・渉外戸籍実務の処理Ⅳ〔出生・認知編〕』28-29頁)。

⁷⁹ 山田・前掲(注5)407頁脚注4、法学セミナー編集部編・前掲(注2)375頁[長田執筆]。もっとも、長田真里先生については、司法試験の解答例の中で、教育的配慮から、立法担当者とは異なる理解をする余地があることを示すために本見解を記述された可能性があり、これが同先生自身のご見解と一致するか否かは不明であることを付言しておく。

そのすべての連結点が日本を指示するのではない限りは、反致の成立を否定すべきと考える。通則法41条本文では、反致成立の要件として「その国の法に従えば日本法によるべき」(傍点は執筆者による)ことを掲げているが、本国抵触規定が掲げる連結点の一つでも日本以外の国を指示している場合には、かかる要件を満たさないと解するのが自然であろう⁸⁰。またこのように解釈することによって、通則法および本国国際私法がともに選択的連結を採用している単位法律関係について反致が成立する局面はかなりの程度限定されることから、仮令選択的連結について何らかの形で反致の適用を認める見解に立脚するにしても、事実上の話ではあるが、こうした単位法律関係に限っては、選択的連結について反致の適用を全面的に否定する見解(B説)を採用するのとはほぼ同等の結果が得られる可能性が高いと思われる。結論において、立法担当者の見解に沿うのが適当であると考えられる。

6. むすび——応の結論

反致は明治31年の旧法例制定時から明文の規定を以て認められてきたが、既述のとおり、その制度の存在意義については統一的な見解もなく、それどころか、学説では立法論としての反致否定論が大勢を占めていた。にもかかわらず、主として実務上の要請から、平成元年法例改正および平成18年の通則法制定に際しても、反致の規定自体は引続き存置されることとなり、現在に至っている。従って、反致という制度の存在意義を抵触法体系の総論から説明したうえで、個別抵触規定との適用関係を理

⁸⁰ なお立法担当者は、この解釈論に関連して、本国の抵触規定が選択的連結を採用している場合であって、そのうちの一つの連結点のみが日本を指し示しているときにおいて、仮に反致を認めるとすると、①日本法のみが適用されることになるか、あるいは②本国法および日本法の双方が適用されることになるか、いずれかの帰結しかないが、①の帰結を採用したとすると本国の抵触規定を一部無視することになるし、②の帰結を採用したとするとわが国の反致規定の文言(通則法41条の「日本法による」は、反致成立時には専ら日本法が準拠法になるという趣旨である)との間で齟齬が生じる、との説明を行っている(澤木=南編著・前掲(注11) 58-59頁[南執筆])。

論的に整理していくというアプローチを踏むことは困難であるし、執筆者の能力をはるかに超える作業である。

本稿では、選択的連結に対する反致の適用問題を取り上げたが、精々が、この論点に関するドイツおよびスイスの学説状況を参照しつつ、実際的な要請を考慮して自身が妥当と考える結論を導き出すに止まった。その限りで、小手先の議論に過ぎないとの批判を免れ得るとは思えない。加えて、反致に関する各国の法制度は多様であり、また要件も一樣ではない⁸¹ため、比較法的な検証を通じて、わが国通則法の解釈論を適切に導出できるとは限らないという点も、本論点に関する検討を困難足らしめている要因の一つである。

ドイツでは、選択的連結が目指す実質法上の目的を達成できるか否かに応じて、反致の適用・不適用を決するとの見解（C または D 説）が支配的である。わが国でもこうした見解を提唱する学説が存在する。しかしながら、ドイツでは反致の形態として単純反致に止まらず転致もが認められているのに対して、わが国では単純反致のみを許容するに止まっていること等を踏まえると、一般論ではあるが、わが国で選択的連結に反致の適用を認めたとしても、それにより実質法上の目的が達成され得る機会はドイツほどには拡張されないはずである⁸²。そして何よりも、こうしたドイツにおける支配的な見解は、実質法上の目的を実現させることを念頭に反致の適用・不適用（延いては、総括指定か実質法指定かという、抵触法上の指定そのものの意義の別）を事案毎に判断していくことを目指しているが、わが国では、そもそも準拠法指定について、ド

⁸¹ 櫻田＝道垣内編・前掲（注1）313-321頁〔北澤執筆〕。

⁸² 通則法が規定する選択的連結における連結点のうち一つでもわが国を準拠法所屬国として指定している場合には、他の連結点が指定する外国法について反致の適用を認めたとしても、実質法上の目的達成には貢献しないはずである。反致の適用が実質法上の目的達成に資するとすれば、それは、通則法が規定する選択的連結のいずれの連結点によってもわが国が指定されないケースに限られる。しかしながら、わが国で紛争が係属する身分関連事案においては、理論的には兎も角、実際的には、関係するいずれかの当事者の本國法が日本法であることが多く、反致の適用によって初めて実質法上の目的が達成され得るような事案を想定する実際の意義は殆ど認められないように思われる。

イツおよびスイスとは異なり、総括指定と実質法指定から成る二重構造を認めていない。加えて、仮にこうした二重構造を認める見解に即して、実質法上の特定の価値実現を図るべく準拠法決定プロセスを操作するとすれば、「抵触法上の価値と実質法上の価値の混淆」という批判を免れ得ないであろう。既に論じたとおり（5.（2）①）、通則法は実質法上の価値との混淆が生じないように注意を払って制定された経緯がある。抵触法上の手法を駆使して実質法上の特定の価値実現を促進することはあっても、それはかかる価値の実現を保証することを意味しない。選択的連結という連結政策は実質法上の特定の価値実現を促すための抵触法上の手法の一つとして位置付けることができる。しかしながら、反致の適用・不適用の判断を実質法上の特定の目的実現に係らしめるとすれば、それは通則法が細心の注意を払い守ってきた一線を越えて、実質法上の価値実現を保証すべく準拠法決定プロセスを操作することに他ならず、実質法上の価値実現への関与という点において、選択的連結の採用自体とはその意義を異にするものとして否定的に捉えられるべきものであらう。

抵触法と実質法が特定の法的要請に共通の現代的価値を見出し得るにしても、その価値実現のために各領域が果たし得る機能は峻別されるべきであり、そうした観点に立てば許容されるべきは、選択的連結に全面的に反致を適用する見解（A 説）か、全面的に反致を不適用とする見解（B 説）のいずれかになる（なお、E 説もこうした観点から許容されるべき見解ではあるが、わが国反致制度を前提とすれば、同説が幾つかの理論的な難点を惹起すること等から採用し得ない。この点は5.（2）②において既述のとおり）。わが国の通説は、反致の適用除外を規定する通則法41条但書に、選択的連結を採用した個別の抵触規定が列举されていないとの一事を以て、反致全面適用説（A 説）を採用するが、こうしたわが国の通説的理解が、提唱者によって喧伝されるほどに確固たる説得力を有するものではないと思われる。通説は通則法41条但書の書振りという形式的な理由を自説の正当化のために前面に掲げるが、このこと自体がむしろ、通説が議論として薄弱であることの顕われと言えるのではないであらうか。個別の抵触規定が判決の国際的調和等を犠牲にしましても、実質法上の特定目的の実現を企図すべく、複数の連結点を設け各

連結点に対応する準拠法選択肢を並列的に適用することを許容するのであれば、不完全ながらも判決の国際的調和を存在意義の一つとして掲げる反致をこれに適用し、当該個別の抵触規定が目指す所期目的の実現可能性を減殺するのは適当でないように思われる⁸³。選択的連結は実質法上の特定の価値実現を保証するものではないが、その価値実現を促進すべく採用された抵触法上の手法である。ある単位法律関係について実質法上の特定の価値実現を促進するという方針が立法により定立された以上は、当該単位法律関係に関する限り、かかる方針に即して反致の適用・不適用を判断することは、抵触法の領域において、むしろ整合性の取れた解釈論として肯定される余地があるように思われる。ドイツおよびスイスにおいては、少数説ながらも反致全面不適用説（B説）が脈々と提唱されているが、かかる見解には、①実質法と抵触法の役割分担・機能的峻別の徹底、②各単位法律関係における連結政策の一貫性の確保という二つの視点が十分に反映されていると捉えることが可能である。

また、わが国の通説的見解は、通則法29条2項後段等に存在するセーフガード条項に関しては、通則法41条但書に列挙されてはいないものの、幾つかの理由を付して反致の適用を否定する。この結論自体には異論はないが、法文上は、セーフガード条項も、選択的連結を採用する個別抵触規定も、通則法41条但書に列挙されていないという点では同じであり、後者についてのみ、通則法41条但書の書振りを根拠として直ちに反致の適用を肯定するというのは、解釈論としてバランスを失っており、やはり説得力に欠けるのではないであろうか。セーフガード条項について、通則法41条但書において言及がないにも拘らず、子の本国法の強行的適

⁸³ 脚注62で記述した内容の繰返しになるが、こうした一般的な認識は、ドイツにおいてはすべての学説により共有されているし、また下級審裁判例でも繰返し表明されている。ドイツ裁判実務においては、反致が選択的連結に対する減殺効果を有することを根拠に、選択的連結について反致の適用を否定した事案がある（OLG Stuttgart, FamRZ 2001, 246, 248; OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 1697, 1698; OLG Hamm, FamRZ 2009, 126, 127）。もっとも、これら裁判例がいかなる学説と同じ見解に立脚するものかは判然とはしない。強いて言えば、OLG Stuttgart, FamRZ 2001, 246はE説、OLG Hamm, FamRZ 2009, 126はB説に近い立場を採っているように思われる。

用を求める同条項の趣旨等を根拠として持ち出すことにより反致の適用を否定するのであれば、選択的連結を規定する個別抵触規定についても同様に、当該規定の連結政策に関する実質的な検証過程を経て反致適用の適否を決すべきであると思われる。

(以 上)

(追記)

本稿は、JSPS 科研費(25380056、24330024)、および野村財団2012年度社会科学助成の成果の一部である。