慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	反致否定論についての一考察 : J・フォワイエの見解を中心として
Sub Title	Quelques observations sur les arguments contre le renvoi : sur l'opinion de M. Jacques Foyer
Author	北澤, 安紀(Kitazawa, Aki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.12 (1999. 12) ,p.323- 344
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	新田敏教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991228-0323

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

反致否定論についての一考察

——J・フォワイエの見解を中心として——

北澤安紀

一　はじめに
二　J・フォワイエの見解
三　検討
四　結び

一　はじめに

反致は判例を起源とするものであるといわれる。(1) 諸国の判例の中には反致に肯定的な態度をとっているものが少なくないのに対し、(2) 国際私法学説の多くは、その理論的根拠についても政策的根拠についても一様に反駁を加えてきたといえる。(3) 他方で、諸国の実定国際私法の反致に対する態度は、それに極めて好意的な立場をとるもの

からそれを全面的に否定するものまで、多種多様である。[4]

ところで、一九六〇年代のアメリカ牴触法理論の動向に影響され、伝統的国際私法理論は、ヨーロッパ諸国において直接に批判された。[5] その結果、ヨーロッパ諸国では国際私法規定の改正が相次ぎ、[6] 実定国際私法規定の実質法化、個別化の動きは顕著である。今後は、これらの国際私法の実質法化、個別化の動きとそれにともない連結方法が多様になってきたことが伝統的国際私法理論の採用する連結方法と反致との関係に何らかの変容をもたらすものなのか否かが問題とされることになろう。

そのような問題意識から、本稿では、とくにフランス国際私法委員会におけるJ・フォワイエ（Jacques FOYER）の反致に関する報告[7]を取り上げ、その反致否定論について概観したうえで、近時の実定国際私法規定の構造上の変化が従来の反致政策に与える影響について検討することとしたい。

（1） Émile POTU, La question du renvoi en droit international privé, Paris, 1913, p. 15 et suiv.

（2） 例えば、ドイツにおいては、Krebs 対 Rosalino 事件における一八六一年三月二一日リューベック控訴裁判所判決（Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 14, S. 164 ff.）を、フランスにおいては、Forgo 事件における一八七八年六月二四日のフランス破毀院民事部判決（Civ. 24 juin 1878, D. P. 79. 1. 156.）等を参照。

（3） エルンスト・ラーベルによれば、「『判致』に関する論議は、牴触法における論争の中で最も有名なものの一つであり、首尾一貫した実務に対し、学説が激しい嫌悪感を抱いてきた古典的な実例の一つである。」とされる。Ernst RABEL, The Conflict of Laws: A Comparative Study, 2 ed, Ann Arbor, 1958, vol. 1, p. 75.

（4） 拙稿「反致と準拠法指定の趣旨―ドイツ国際私法上の反致政策の展開を中心として―」法学研究七二巻八号（一九九九年）四六頁以下。

（5） Paul Heinrich NEUHAUS, Neue Wege im europäischen Internationalen Privatrecht?, RabelsZ 35, 1971, S.

407 ff. 邦訳として、パウル・ハインリッヒ・ノイハウス（桑田三郎訳）「ヨーロッパ国際私法上新たな道は存在するか」法学新報八一巻九号（一九七四年）一三三頁以下。

（6） 後掲第三章参照。

（7） 後掲第二章参照。

二　J・フォワイエの見解

一九八〇年フランス国際私法委員会[1]において、ジャック・フォワイエ（Jacques FOYER）は「反致のためのレクイエム（Requiem pour le renvoi?）」と題する反致に否定的な観点からの報告を行った[2]。

フォワイエは、国際私法上、反致が排除される原因としては、法廷地抵触規定に起因するものと外国抵触規定に起因するものとが考えられるとする。

そのうえで、フォワイエは、政策的根拠および理論的根拠から、法廷地抵触規定において、反致はある特定の場合に自動的に排除される、と主張する[3]。

まず、反致が認められない政策的根拠として、フォワイエは次の二点を挙げる。

第一に、法廷地の抵触規定が条約を国内法化した規定であるか、あるいは、直接に国際条約を法源とするものである場合、法廷地抵触規定において反致を認める余地はないとフォワイエは主張する[4]。同一の渉外的な生活関係について法廷地国が異なっていても同一の抵触規定によって同じ法律が準拠法として指定されることを保障すべく、国際条約は作成される。少なくとも国際条約の締約国間では共通の抵触規定を持つことについて合意があ

る以上、反致を認めることで統一的な牴触規定を再び問題にする必要はない。

そのうえで、フォワイエは、国際条件のうち、締約国法のみを準拠法として指定する「閉ざされた条約（conventions fermées）」においては反致は排除されるが、非締約国法をも排除されるわけではないことを指摘する。[5] 例えば、ハーグ国際私法会議またはＥＣで採決された条約の大部分は締約国法のみならず非締約国法をも準拠法として指定する「開かれた条約」であるが、そのような場合には、国際条約の締約国と非締約国との間での準拠法の一致をめざして反致（または転致）が認められる余地があるとする。しかし、国際条約においては、条約の条文の解釈・適用の統一性を確保すべきであり、準拠法が締約国の法律であるか非締約国の法律であるかにより、反致を排除するか反致を認めるかという二つの異なる制度を容認することを認めるべきではないとの理由から、非締約国法の適用を認める「開かれた条約」においても、反致を排除すべきであるとする。[6]

第二に、現代国際私法規定の多くが法廷地法の適用を導くことをフォワイエは指摘する。[7] すなわち、法廷地牴触規定により内国法が準拠法として指定される場合には、外国法すなわち外国牴触規定の適用はもはや問題とはならないとする。例えば、フランス国際私法上、身分法の分野は従来双方主義が妥当する分野であり、そこでは、内国法たるフランス法も外国法も同様に準拠法として指定されてきた。しかし、フランスにおける国際私法規定の発展にともない、そのような伝統的な考え方は今日修正されつつある。そのような例として、フォワイエは、国際離婚および別居に関するフランス民法典第三一〇条ならびに子の身分占有に関するフランス民法典第三一一条の一五の規定等を挙げる。[8] それらの場合に、フランスの裁判所がほぼ一貫してフランス法を適用すれば、その限りで、外国牴触規定の考慮はもはや問題にならないとする。

つぎに、フォワイエは、伝統的なサヴィニーの国際私法観に対する批判がフランス国際私法に与えた深刻な理

論的変化とそれが反致論に与えた影響について述べる。この一世紀間、フランス国際私法は、双方主義的な考え方の下にあったとされる。すなわち、法廷地抵触規定は、単一の抽象的な連結方法を用いながら、法律関係に適用されるべき準拠法を指定してきた。そして、伝統的なサヴィニーの国際私法観が反省を迫られ、内外法平等の問題、連結の単一性の問題、抵触規定の抽象性の問題が再検討されるにおよび、当然の結果として、反致の可否についても問題とされることとなった。

フォワイエは、反致が排除される理論的根拠として次の三つを挙げる。

まず第一に、フォワイエは、フランス民法典第三一〇条[9]の規定のような一方的抵触規定からは、反致の問題は生じないとする[10]。フランスの立法者は離婚または別居に関して一方主義を導入したが、そのような方法が反致を排除するものなのかという点についてフォワイエは確認している。すなわち、フランス民法典第三一〇条一号および二号においてフランス法が適用される場合（夫婦が共通のフランス国籍を有する場合、または夫婦がフランスに共通の住所を有する場合）には、反致は必然的に排除されるとする。同様に、同条三号に規定されるフランス法の補充的な適用の場合にも反致は排除されるとする。

第二に、サヴィニーの伝統的国際私法理論から導き出された連結の単一性に対する批判は必然的にさまざまな連結方法を生み出し、その結果反致が排除されることとなったとフォワイエは指摘している[11]。現代の実定国際私法規定はより精緻化されており、そこで採用されている連結方法は多様である。とくに、フォワイエは選択的連結（rattachements alternatifs）を採用する規定に着目し、それと反致との関係について検討している。例えば、準正（フランス民法典第三一一条の一六）、認知（フランス民法典第三一一条の一七）ならびに援助金を目的とする訴え（action à fin de subisdes）（フランス民法典第三一一条の一八）等の規定は選択的連結という連結方法を採用する

ものであるが、それらの規定の適用上反致は認められるべきではないとする。その理由として、選択的連結を採用する牴触規定の適用上、反致を認めることは、ある特定の目的の実現という選択的連結の方法を採用した趣旨に反する恐れがあるからであるとフォワイエは述べる。[12]

第三に、フォワイエは、牴触規定の個別化の動きと反致との関係についても言及している。[13] 伝統的国際私法理論は、準拠実質法の内容を考慮しないという意味で、「暗闇への跳躍」であると批判された。その批判は、実定国際私法規定の採用する連結方法の個別化をもたらし、個々の単位法律関係について最密接関連地法への連結を認める規定が実定国際私法上採用されることとなった。そして、実定国際私法規定の連結が個別化され、法廷地牴触規定により最密接関連地法の探究が行われるようになれば、反致を認める余地はなくなるであろうとフォワイエは指摘する。すなわち、法廷地牴触規定により個々の事案について最も密接な関連を有する法域の法を準拠法として指定した以上、もはや外国牴触規定を考慮する必要はないとするのである。

さらに、フォワイエは、法廷地牴触規定に内在する理由のみならず、外国牴触規定の側にも反致が否定される理由があるとする。すなわち、外国牴触規定規定の解釈・適用上の困難もまた、反致が否定される一因となっているとする。[14] 例えば、法廷地フランスの牴触規定によりスイス法が準拠法として指定された場合、反致を認めれば、フランスの裁判官はスイス国際私法規定を解釈・適用しなければならないことになる。しかし、スイス国際私法の政府草案第一四条一項[15]のような一般例外条項をフランスの裁判官が適正に解釈・適用し、問題となっている事案にはるかに密接に関連する法へ反致または転致させることができるのか、この点をフォワイエを疑問視する。そして、ある法と問題となっている事案との間の密接関連性の判断はスイスの裁判官にしかなしえないものであるように思われるとフォワイエは述べる。

（1）フランス国際私法委員会（Le Comité français de droit international privé）とは、私的な機関であり、一九六七年の「国際私法の準拠法（La loi applicable au droit international privé）」と題する民法典第四編に関する草案（以下、フランス国際私法改正草案と呼ぶ）の作成にあたり重要な役割を果たした。ただし、この草案そのものは法制化されていない。フランスでは一九七二年一月三日の法律および一九七五年七月一一日の法律により民法典が改正され、親子関係の成立に関する牴触規定（第三一一条の一四ないし第三一一条の一八）ならびに離婚に関する牴触規定（第三一〇条）が民法典中に挿入された。それらの規定は以下の通りである。

第三一〇条　離婚および別居は、次のいずれかの場合には、フランス法によって規律される。

夫婦の双方がフランス国籍を有するとき

夫婦のいずれもがフランスの領域にその住所を有するとき

フランスの裁判所が離婚または別居につき管轄権を有する場合において、いかなる外国法もその自国法の適用を自ら認めないとき

第三一一条の一四　親子関係は子の出生の時の母の属人法による。母が知れないときは、子の属人法による。

第三一一条の一五　前条の規定にかかわらず、嫡出子およびその父母、非嫡出子およびその父母の一方がフランスに共通の常居所または別個の常居所を有するときは、親子関係の他の諸要素が外国法に依拠することができた場合においても、身分占有は、フランス法上身分占有から派生するすべての効果を生じるものとする。

第三一一条の一六　婚姻が挙行された時において、婚姻の一般的効力の準拠法、夫婦の一方の属人法または子の属人法によって婚姻による準正が許容されるときは、婚姻は準正の効果を生ずる。

第三一一条の一七　認知は、それが子の属人法または（父の認知について）父の属人法もしくは（母の認知について）母の属人法に従ってなされたものであるときは、有効とする。

第三一一条の一八　援助金を目的とする訴えは、子の選択により、その常居所地法または義務者の常居所地法による。

これらの条文の訳は、横山潤『国際家族法の研究』（有斐閣・一九九七年）二五六頁を参考にした。

(2) Jacques FOYER, Requiem pour le renvoi?, Travaux du Comité francais de droit international privé, Paris, 1979-1980, pp. 105-122. 同委員会においては、一九六六年にDERRUPPÉにより、反致を肯定する観点からの報告が行われた。この報告については、Jean DERRUPPÉ, Plaidoyer pour le renvoi, Travaux du Comité français de droit international privé, Paris, 1964-1966, pp. 181-199.

(3) FOYER, op. cit. (2), p. 115.

(4) FOYER, op. cit. (2), p. 115.

(5) FOYER, op. cit. (2), p. 115.

(6) FOYER, op. cit. (2), p. 115 et suiv.

(7) FOYER, op. cit. (2), p. 116.

(8) FOYER, op. cit. (2), p. 116.

(9) 前掲註（1）参照。

(10) FOYER, op. cit. (2), p. 116.

(11) FOYER, op. cit. (2), p. 117 et suiv.

(12) FOYER, op. cit. (2), p. 117 et suiv.

(13) FOYER, op. cit. (2), p. 118.

(14) FOYER, op. cit. (2), p. 118 et suiv.

(15) スイス国際私法政府草案第一四条の規定は以下の通りである。

第一四条 (1)本法により指定された法は、すべての事情から、事案がこの法とわずかな関係だけを有し、他の法とはるかに密接な関係を有することが明らかである場合には、例外的に適用されない。

(2)本条は、法選択がある場合には、適用されない。

条文として、Projet de loi fédérale sur le droit international privé, 1978, Revue critique, 1979, p. 185 et suiv. この政府草案第一四条の規定は、若干の字句の修正を受けただけで、スイス国際私法（国際私法に関する一九八

七年一二月一八日の連邦法）第一五条として成立した。

第一五条　(1)本法により指定された法は、すべての事情から、事案がこの法とわずかな関係だけを有し、他の法とはるかに密接な関係を有することが明らかである場合には、例外的に適用されない。

(2)本条は、法選択がある場合には、適用されない。

条文として、さしあたり、(Hrsg.) Wolfgang RIERING, IPR-Gesetze in Europa, München, 1997, S. 213.を参照。

三　検　討

フランス国際私法委員会におけるフォワイエの報告の主眼は、近時の実定国際私法規定の構造上の変化により、必然的に、反致の適用範囲が縮小されるというものであり、反致の理論的および実際的根拠につき体系的に再検討する必要があるというものであった。サヴィニーの伝統的な国際私法観に対する批判を契機として、国際私法の連結方法が各国で見直され、国際私法規定の改正が相次いだ。改正後の実定国際私法規定において多様な連結方法が採用されている現在、実定国際私法規定に構造上の変化が生じたことそれ自体については異論はない。しかしながら、それらの国際私法規定の構造上の変化が反致の機能との関連においてもつ意味合いについては未だ解明されていないというのが現状であろう。伝統的な連結方法を採用する牴触規定の下で用いられていた反致という手段が、今日のように精緻化され多様な連結方法をもつ国際私法規定の下でもなお意義をもちうるものであるのかという疑問が浮かび上がってくる。そのような問題意識から、以下では、フォワイエの反致否定論の根拠のいくつかをとりあげ、その各々について検討を加えることとしたい。検討の対象とするのは、(1)条約による反

致の排除、(2)法廷地法の適用と反致の排除、(3)一方的牴触規定の採用と反致の排除との関係について、(4)国際私法の政策化、実質法化の動きと反致の排除、(5)連結の個別化の動きと反致の排除、(6)外国牴触規定の解釈・適用の困難と反致の排除との関係について、これらの問題についてである。

(1) 条約による反致の排除

フォワイエは、法廷地牴触規定が条約に由来する規定である場合には、政策的理由から反致は排除されるとする。

たしかに、この一〇〇年間にハーグ国際私法会議により採択された条約の多くは、条約の規定による準拠法の指定は、「国内法（loi interne）」への指定であると規定し、準拠法指定の単位を実質法規定におきながら、反致または転致の可能性を排除してきた。[1] 国内法という文言を条文上用いる理由は、準拠法の指定が当該国の牴触規定への指定と理解されることを避けるためであるとされる。[2] また、一九八〇年のＥＣによる契約債務の準拠法に関する条約（Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations）第一五条の規定も反致を明文で排除する。[3]

このように条約において反致が排除されていることには理由があるとされる。国際私法の統一を目的とする国際条約において反致を認める必要はない。条約の締約国間で同一内容の牴触規定を採用することで合意しているのに、反致を認め、同一の牴触規定を再度考慮する必要はないからであるといわれる。[4]

もっとも、このような論拠は、条約の締約国法のみが準拠法として指定されるような条約についてのみ当てはまるとの指摘もある。[5] フォワイエも、締約国法のみが準拠法となりうる条約については反致が当然に排除される

ことを認めるものの、締約国法のみならず非締約国法の適用をも認める条約については反致を認める余地があるとする。ただし、準拠法が締約国の法律であるか非締約国の法律であるかにより、反致を排除するか反致を認めるかという二つの異なる制度を条約で認めることに対しフォワイエは消極的である。

ハーグ国際私法会議またはECで採択された条約の大部分は、条約の締約国法のみならず非締約国法の適用をも認めるものである。それらの条約のうち、例えば、一九八〇年のECの契約債務の準拠法に関する条約においては反致は認められておらず、その限りにおいてフォワイエの指摘は正しい。しかし、最近のハーグ国際私法条約の中には、条約の締約国と非締約国との間での準拠法の一致をはかるために一定の場合に転致を認めるものがある。[6] 例えば、「夫婦財産制の準拠法に関する条約（一九七六年採択）」第四条二項二号b、[7]「死亡による財産の相続の準拠法に関する条約（一九八八年採択）」第四条、[8]「親責任及び子の保護措置についての管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約（一九九六年採択）」第二一条二項等[9]の規定がその立場を採用している。

さらに、フォワイエの見解に対しては、条約において反致が排除されている論拠をそのまま国内法としての法廷地抵触規定における反致排除の理由に結びつけることはできないであろうとの批判もある。[10]

(2) 法廷地法の適用と反致の排除

現代の国際私法規定の多くが、法廷地法の適用を導くことをフォワイエは指摘する。そのような例として、とくに、国際離婚に関するフランス民法典第三一〇条および子の身分占有に関するフランス民法典第三一一条の一五の規定を引用している。そして、それらの場合に、フランスの裁判所がフランス法を適用すれば、その限りで、反致はもはや問題にならないとする。

この点に関しては、反致の政策的根拠の一つとされてきた内国法適用機会の拡張（Heimwärtsstreben）という考え方は、今日ではあからさまに偏見をもたれる考え方ではなく、牴触法上望ましい政策とみなされることもありうるとの指摘もある。[11] そして、法廷地牴触規定によって内国法が準拠法として直接に指定されれば、その限りで、外国牴触規定を考慮する必要はなくなるであろうといわれる。もっとも、この見解に対しては、そもそも内国法適用機会の拡張という考え方をそれほど過大視すべきではないとの批判もある。[12]

(3) 一方的牴触規定の採用と反致の排除との関係について

フォワイエは、フランス民法典第三一〇条の規定のような一方的牴触規定からは、反致の問題は生じないとする。同条第一号および第二号においては、法廷地法たるフランス法の適用が当然に導かれる。さらに、同条第三号は、「フランスの裁判所が離婚または別居につき管轄権を有する場合において、いかなる外国法もその自国法の適用を自ら認めないとき」に、離婚および別居はフランス法によって規律されると規定する。

この点に関しては、フランス民法典第三一〇条の規定の定める連結基準は、反致とはいわないが、それとよく似た外国牴触規定の考慮であるとの指摘がある。[13] 例えば、同条第三号によれば、外国法は外国法が自国法の適用を自ら認める場合にのみ適用されるが、そのような場合としては、当該外国法の牴触規定が自国法の適用を自ら認める場合、または、当該外国法が第三国法からの自国法への反致を肯定したうえで自国法の適用を認める場合が考えられうる。いずれの場合も当該外国法の牴触規定を考慮していることに他ならないとされ、同条第三号の定める連結基準と反致との類似性が指摘されている。[14]

他方で、フランス民法典第三一〇条のような一方的牴触規定は比較法的見地からは少数派に属するがゆえに、

反致否定論の論拠としての一方的抵触規定の採用は、双方的抵触規定の形をとる立法形式の国際私法の下においては反致否定の決定的な論拠とはなりえないとの指摘もある。[15]

(4) 国際私法の政策化、実質法化の動きと反致の排除

一九六〇年代のアメリカ抵触法理論の動向に影響され、サヴィニーの伝統的国際私法理論は、ヨーロッパ諸国において直接に批判された。ノイハウス（Paul Heinrich NEUHAUS）によれば、そのような伝統的国際私法理論に対する批判的動向は三つに分類される。[16] すなわち、国際私法の政策化（Politisierung）の動き、国際私法の実質法化（Materialisierung）の動き、国際私法の否定（Negierung）の動きである。これらの批判的動向を踏まえたうえで、ヨーロッパ諸国においては国際私法の伝統的な連結方法の見直しが行われ、一九六〇年代以降、実定国際私法規定が相次いで改正された。[17] 改正後の規定においては多様な連結方法が採用されており、実定国際私法規定の構造上の変化は顕著である。

ところで、伝統的な連結方法を採用する抵触規定の下で用いられていた反致という手段が、今日のように精緻化され多様な連結方法をもつ国際私法規定の下でもなお存在意義をもちうるものであるのかという問いに対して、フォワイエは、こういった近時の実定国際私法規定の構造上の変化により必然的に反致の適用範囲が縮小されることになると指摘している。そして、とくに、選択的連結（rattachements alternatifs）という連結方法を採用する抵触規定[18]を例に挙げ、その規定の適用上反致は認められるべきではないと主張する。その理由として、選択的連結を採用する抵触規定の適用上反致を認めることは、ある特定の実質法的目的の実現という選択的連結の方法を採用した趣旨に反する恐れがあるからであるとフォワイエは述べる。フォワイエのこの論拠に対しては、選択

的連結を採用する牴触規定の適用上反致を認めることが選択的連結という連結方法の追求する特定の実質法的目的の実現に反しない場合もありうる、との見解が示されている。[19]

選択的連結を採用する牴触規定の適用上反致が認められるべきか否かの問題については、諸国の実定国際私法上いくつかの立場の対立がある。例えば、この問題に関して実定国際私法上明文の規定を設けているのが、ポルトガル民法第一九条一項[20]、イタリア国際私法第一三条二項b号・同第三項[21]等の規定である。また、ドイツ国際私法上、ドイツ民法施行法第四条一項一文の定める「外国法が指定されるときには、指定の趣旨に反しないかぎり、その国の国際私法もまた適用されねばならない」との文言の解釈をめぐり、選択的連結を採用する規定の適用が同条の「指定の趣旨に反する場合」に当たるのか否かについて、議論の対立がある。[22] さらに、実定国際私法上直接の明文の規定はないものの、フランス国際私法上も、親子関係の成立について選択的連結という連結方法を採用する規定と反致との関係について議論がされている。[23]

(5) 連結の個別化の動きと反致の排除

近時の実定国際私法規定の構造上の変化により必然的に反致の適用範囲が縮小される例として、フォワイエは、実定国際私法規定における連結の個別化（Individualisierung）の動きと反致との関係について述べている。フォワイエは、実定国際私法規定の連結が個別化され、法廷地牴触規定により個々の単位法律関係について最密接関連地法の探究が行われる場合には、反致を認める余地はないとする。すなわち、法廷地牴触規定により個々の事案について最も密接な関連を有する法域の法を準拠法として指定した以上、外国牴触規定を考慮する必要はない。

ところで、サヴィニーの伝統的国際私法理論は、準拠実質法の内容を考慮しないという意味で、「暗闇への跳

躍（Sprung ins Dunkle）」であると批判された。その批判は、実定国際私法規定の採用する連結方法の個別化をもたらし、最密接関連地法への連結を認める規定が実定国際私法上採用されることとなった。そのような例として、一九八〇年のECによる契約債務の準拠法に関するローマ条約第四条一項[24]で規定されている「最も密接な関連（most closely connected）」を有する国の法の適用が導かれる場合、および諸国の実定国際私法上、婚姻の身分的効力について段階的連結を採用する規定の連結の最後の段階で夫婦の最密接関連地法の適用が導かれる場合[25]等を挙げることができよう。いずれの場合も、法廷地牴触規定により、個々の事案との密接な関連性を考慮したうえで準拠法が選定される。

こういった法廷地牴触規定により最密接関連地法が準拠法として指定される場合に、反致が認められるべきか否かについては、諸国の国際私法上争いがある。例えば、ドイツ国際私法上、婚姻の身分的効力の準拠法について段階的連結の方法を採用するドイツ民法施行法第一四条一項三号の規定の解釈をめぐり、最密接関連地法が準拠法として指定される場合に反致を認めるべきか否かについて議論がされている[26]。

(6) 外国牴触規定の解釈・適用の困難と反致の排除との関係について

フォワイエは、外国牴触規定の解釈・適用上の困難もまた、反致が否定される一因であるとする。例えば、法廷地牴触規定によりスイス法が準拠法として指定された場合、スイス国際私法第一五条一項の規定[27]のような一般例外条項を外国の裁判官が適正に解釈・適用することは、非常に困難であるとしている。

外国牴触規定の解釈・適用上の困難は、すでに指摘されているところである[28]。とりわけ、実定国際私法規定の構造が変化し、多様な連結方法が採用されるようになったことから、外国牴触規定を適正に解釈・適用する困難

は増しているとされ、スイス国際私法規定の定める一般例外条項を外国の裁判官が適正に解釈・適用することは困難であるとの指摘がある。[29] さらに、外国牴触規定が婚姻の身分的効力について段階的連結を採用し、最密接関連地法を準拠法として指定する場合についても、同様であるとされる。

（1） この点については、拙稿「ハーグ国際私法条約と反致」法学研究七〇巻一二号（一九九七年）四五三頁以下を参照。ただし、「婚姻に関する法律の牴触を規律するための条約（一九〇二年採択）」第一条は、反致または転致を明文で認める。ハーグ条約の国別の締結状況については、ハーグ国際私法会議のホームページ（http://www. hoch. net/f/status/statmtrx. pdf）を参照した。

（2） 例えば、ハーグ国際私法会議で採択された「有体動産の国際的売買の準拠法に関する条約（一九五五年）」第二条が国内法への指定を認める理由について、Rapport présenté par M. L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Conférence de La Haye de droit international privé, Actes de la septième session (1951), 1952, pp. 360-366. 拙稿・前掲註（1）四六四頁を参照。

（3） Journal officiel des Communautés européennes, n° L 266 du 9 octobre 1980, p. 1. P. M. NORTH, Contract Conflicts-The E. E. C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, 1982, p. 351.

（4） 例えば、Alfred E. VON OVERBECK, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, 176 Recueil des Cours, 1982-Ⅲ, The Hague/Boston/London, p. 129.

（5） VON OVERBECK, op. cit. (4), p. 129. ただし、条約において反致を否定するとしても、非締約国の裁判官が反致を考慮しながら外国牴触規定の資格で条約の規定を適用することは妨げられないとする見解もある。例えば、Erik JAYME, Rückverweisung durch im Ausland geltende Staatsverträge, Festschrift Beitzke, Berlin, New York, 1979, S. 541. を参照。

（6） 拙稿・前掲註（1）四六六頁以下参照。

(7) 条約正文として、Recueil des Conventions (1951-1996), pp. 228-231.
(8) 条約正文として、Recueil des Conventions (1951-1996), pp. 340-341.
(9) 条約正文として、Recueil des Conventions (1951-1996), pp. 388-389.
(10) VON OVERBECK, op. cit. (4), p. 129 et suiv.
(11) Gunther KÜHNE, Der Anwendungsbereich des Renvoi im Lichte der Entwicklung des IPR, in: Festschrift Murad Ferid, Frankfurt a. M. , 1988, S. 255. そのような例として、Max KELLER/Kurt SIEHR, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich, 1986, S. 389 ff.
(12) VON OVERBECK, op. cit. (4), p. 130.
(13) VON OVERBECK, op. cit. (4), p. 130 et suiv.
(14) 例えば、Yvon LOUSSOUARN, Travaux du Comité français de droit international privé, Paris, 1980-1981, p. 124. FOYER の報告に対する DERRUPPÉ の意見（Travaux du Comité français de droit international privé, Paris, 1979-1980, p. 126.）を参照。DERRUPPÉ は、フランス民法典第三一〇条第三号の規定はルルブール・ピジェオンニエールや（LEREBOURS-PIGEONNIÈRE）やニボワイエ（J. -P. NIBOYET）の反致論を彷彿させると述べている。この点につき、Travaux du Comité français de droit international privé, Paris, 1979-1980, p. 127. を参照。なお、ルルブール・ピジェオンニエールの理論の詳細については、Paul LEREBOURS PIGEONNIÈRE, Observation sur la question du renvoi, Journal du droit international, 1924, pp. 877-903. を参照。わが国においては、折茂豊『国際私法の統一性』（有斐閣・一九五五年）一一五頁以下に詳しい。また、ニボワイエの理論については、J. -P. NIBOYET, Cours de droit international privé français, 2 éd, 1949, p. 467 et suiv.を参照。もっとも、同条第三号の規定は、考慮の対象となる外国法が法廷地牴触規定により準拠法として指定されていることを要しないという点でルルブール・ピジェオンニエールやニボワイエの理論とは大きく異なる。
(15) VON OVERBECK, op. cit. (4), p. 131.
(16) Paul Heinrich NEUHAUS, Neue Wege im europaischen Internationalen Privatrecht?, RabelsZ 35, 1971, S.

407 ff. 邦訳として、パウル・ハインリッヒ・ノイハウス（桑田三郎訳）「ヨーロッパ国際私法上新たな道は存在するか」法学新報八一巻九号（一九七四年）一三三頁以下。

(17) この点については、横山潤『国際家族法の研究』（有斐閣・一九九七年）四頁以下を参照。

(18) 国際私法の実質法化の動きと選択的連結の牴触規定の作成との関係について、NEUHAUS, a. a. O. (16) S. 409. を参照。

(19) フォワイエ報告に対するDERRUPPÉおよびLAGARDEの見解を参照。Travaux du Comité français de droit international privé, Paris, 1979-1980, pp. 126 et 131. いずれも、選択的連結の規定の適用上、反致は認められるべきであるとする。ただし、反致は特定の実質法的目的を実現する場合にのみ認められ、反致することにより特定の実質法的目的が実現されない場合には、反致は認められるべきではないとする。同旨を述べるのが、P. M. PATOCCHI, Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel, Genève, 1985, pp. 284-290. Paul LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, 196 Recueil des Cours, 1986-I, The Hague/Boston/London, p. 58.

(20) 条文の邦訳および解説として、山内惟介「ポルトガル民法典中の国際私法規定」比較法雑誌一〇巻一号（一九七六年）六六頁以下を参照。

(21) 条文の仏語約として、Revue critique, 1996, p. 176. を、条文の独語訳として、(Hrsg.) Wolfgang RIERING, IPR-Gesetze in Europa. München, 1997, S. 48 f.を参照。

(22) ドイツ国際私法上の反致政策の展開については、拙稿「反致と準拠法指定の趣旨―ドイツ国際私法上の反致政策の展開を中心として―」法学研究七二巻八号（一九九九年）四五頁以下を参照。

(23) とくに、婚姻準正、認知、援助金を目的とする訴え（action à fin de subsides）について選択的連結という方法を採用するフランス民法典第三一一条の一六ないし第三一一の一八の規定と反致との関係について、Jacques FOYER, Filiation, Répertoire de droit international, Dalloz, Paris, 1998, p. 25.

(24) P. M. NORTH, Contract Conflicts-The E. E. C. Convention on the Law Applicable to Contractual

Obligations: A Comparative Study, 1982, p. 348.

(25) イタリア国際私法第二九条、ポルトガル民法第五二条、オーストリア国際私法第一条、一八条、ハンガリー国際私法第三九条、ギリシア民法第一四条、ルーマニア国際私法第二〇条、ドイツ国際私法第一四条の規定等を参照。これらの規定については、横山・前掲註（17）二五一頁以下を参照。

(26) 拙稿・前掲註（22）六六頁。

(27) 前章註（15）参照。

(28) Jean DERRUPPÉ, Plaidoyer pour le renvoi, Travaux du Comité français de droit international privé, Paris, 1964-1966, pp. 181-199.

(29) VON OVERBECK, op. cit. (4), p. 167.

四　結び

フランス国際私法委員会におけるフォワイエ報告の主眼は、近時の実定国際私法規定の構造上の変化により、必然的に、反致の適用範囲が縮小されることになるというものであった。サヴィニーの伝統的国際私法理論に対する批判を契機として、実定国際私法規定の採用する連結方法の見直しがヨーロッパ諸国で行われ、国際私法の改正が相次いだことは記憶に新らしい。改正後の規定においては多様な連結方法が採用されており、実定国際私法規定の構造上の変化は顕著である。

しかしながら、それらの国際私法規定の構造上の変化と反致との関係については未だ十分に解明されていない。伝統的な連結方法を採用する牴触規定の下で用いられていた反致という手段が、今日のように精緻化され多様な

連結方法をもつ国際私法規定の下でもなお存在意義をもちうるものであるのか、この点については今後慎重な検討を要しよう。以下では、フォワイエの反致否定論の根拠のいくつかをとりあげ、その各々について筆者なりの考えを述べ、結びにかえたい。

第一に、条約による反致の排除についてであるが、少なくとも、条約が国際私法の統一を目的として作成される以上、原則として国際条約において反致を認める必要はないように思われる。もっとも、締約国法のみならず非締約国法をも準拠法として指定することを認める条約においては、条約の締約国と非締約国との間での準拠法の一致をはかる目的から、転致を認めうるであろう。そのような転致は、条約の締約国間での判決の調和を破壊しないと考えられるからである。また、フォワイエのいう国際条約において反致が否定される論拠をそのまま一国の国家法としての法廷地牴触規定における反致否定論に結びつけることには、疑問なしとしない。(1)

第二に、法廷地法の適用と反致の排除との関係についてはどのように考えるべきか。かつて、反致肯定論の根拠の一つとされていた内国法適用機会の拡張という傾向は、今日ではあからさまに偏見をもたれる考え方ではない。そして、法廷地牴触規定により直接に法廷地法が準拠法として指定される場合には、その範囲で、反致はもはや介入する余地がないことになろう。もっとも、法廷地牴触規定において、内国法適用機会の拡張という傾向をどの程度まで考慮すべきかについては検討を要する。

第三に、一方的牴触規定と反致との関係についてであるが、フォワイエが例に挙げているフランス民法典第三一〇条第一号ないし第三号の場合に、法廷地法たるフランス法の適用が導かれれば、その限りで、もはや外国牴触規定を考慮する必要はなくなるであろう。その意味では、一方的牴触規定の採用は、必然的に、反致の適用範囲の縮小をもたらすように思われる。ただし、同条第三号の規定の連結基準は、反致ではないが、外国牴触規定

の考慮を認めるものであり、その意味において反致との類似性を指摘しうるであろう。もっとも、考慮される外国牴触規定が法廷地牴触規定により指定される必要がないという意味で、厳密には反致とは異なるといえよう。いずれにせよ、フランス民法典第三一〇条のような一方的牴触規定は比較法的見地からは少数派に属するがゆえに、反致否定論の論拠としての一方的牴触規定の採用は、双方的牴触規定の形をとる立法の下では反致否定論の決定的な論拠とはなりえないように思われる。

第四に、国際私法の政策化、実質法化の動きと反致の排除との関係についてはどのように考えるべきか。フォワイエは、近時の実定国際私法規定の構造上の変化により、必然的に、反致の適用範囲が縮小されることを指摘したうえで、とくに、選択的連結という連結方法を採用する牴触規定の適用上、反致を認めることは、ある特定の実質法的目的の実現という選択的連結の方法を採用した趣旨に反する恐れがあるとする。この点については、選択的連結という牴触法的手法がそもそも反致になじまないものと理解するか、反致という手段を選択的連結という方法の追求する実質法的目的の実現に積極的に活用するかにより、反致に対する立場は分かれることになろう。

第五に、連結の個別化の動きと反致の排除との関係についてであるが、フォワイエは、実定国際私法規定の連結が個別化され、法廷地牴触規定により個々の単位法律関係について最密接関連地法の探究が行われる場合には、反致を認める余地はないとする。法廷地牴触規定により最密接関連地法が準拠法として指定される場合に反致が認められるべきか否かという点については、法廷地牴触規定により事案ごと個別に最密接関連地法を探究している以上、反致を認める必要はないように思われる。むしろ、最密接関連地法が準拠法として指定される場合に問題とすべきなのは、判決の国際的調和の要請にかなった反致規定の適用の可否をいうよりも、スイス国際私法第

一五条一項の規定のような一般例外条項の導入の可否であると思われるが、この点については今後の検討課題としたい。

第六に、外国牴触規定の解釈・適用の困難と反致との関係についてであるが、フォワイエは、外国牴触規定の解釈・適用上の困難もまた、反致が否定される一因であると指摘している。スイス国際私法の定める一般例外条項をはじめ、婚姻の身分的効力等の事項について段階的連結という連結方法を採用する外国牴触規定により最密接関係地法が準拠法として指定される場合に、外国の裁判官が当該外国牴触規定を果たして適正に解釈・適用できるのかが問題となろう。実定国際私法規定が精緻化するにつれ、それを適正に解釈・適用することは困難になっており、[2] この点については、フォワイエの指摘には理由があるように思われる。

（1）平成元年の法例改正の審議の際に主張された反致条項廃止論の根拠の一つに、ヘーグ国際私法会議の作成する条約には反致がないこと、がある。南敏文「改正法例の解説（五・完）」法曹時報四三巻九号（一九九一年）五六頁。

（2）南・前掲註（1）五六頁参照。