

国際私法における例外条項の発動基準について

——若干の比較立法的考察——

徐 瑞 静

一 はじめに

法が目的とする法的安定性（予測可能性）と具体的妥当性（正義）の両者は、一見、前者を重視すれば、後者が後退し、また、後者の重視は前者の後退をもたらす関係にあるように理解される。しかし、両者とも重要な法の目的であり、両者が調和をもつて確保されることが現代法における要請である。確かに、現代法の精緻化に向けた努力を背景として、その実現が必ずしも不可能ではないという認識も深まっているように見られる。¹この点については、実質法のレベルに止まらず、国際私法のレベルにおいても同様である。端的に言えば、国際私法の目的は涉外的要素を有す

国際私法における例外条項の発動基準について（徐）

る私法関係の準拠法を決定することにあるから、そこでの法的安定性とは、明確な国際私法規則の定立により準拠法が決定されることによつて確保される予測可能性であり、他方、具体的妥当性とは、一定の国際私法規則を機械的に適用するに止まらず、個別の事案の内容を考慮し、時には、不相当と見られる解決をもたらず本来の準拠法(原則的準拠法)の適用を退けることにより、事案に即した好ましい解決(正義)をもたらず準拠法を選定することである。一九六〇年代頃、アメリカ国際私法が徹底して具体的妥当性を追求した抵触規則を導入したことに触発され、とくに西欧諸国を中心として、法的安定性の確保に腐心してきた大陸型国際私法が、従来通りの法的安定性を維持しながらも、解決の具体的妥当性を確保できる国際私法規則の定立を模索し始めてからすでに久しい。この小稿において論じられる例外条項 (escape clause, clause d'exception) をめぐる論議も、さして新しいものではない。原則的準拠法に対し、一定の場合に例外的準拠法を適用するという例外条項の基本的な考え方の始原を辿れば、一九一三年ないし一九一四年からのウィーン国際私法草案第一六条にその原型を見出すことができると言われており、同条は、同草案第一三條ないし第一五條の諸規定について、「個々の事件の状況から、それらの法律ではなく、他の法律が法律関係の合理的な調整に調和することが明らかなきときは、当該他の法律が適用されなければならない。」と規定していた^②。この規定は、債務の準拠法のみを対象とするものであり、一般例外条項ではなかったが、その問題性の本質をよく表現している。その後、一九八七年に、スイス国際私法がそれを規定して以来、スイス及びドイツにおいて活発に論じられ、その一方、一九七八年のオーストリア国際私法第一條も一般例外条項の先駆けであると言われている^④。現在も継続している大陸型国際私法の改正ないし法典化が目指しているのは、従来のように明確で、かつ、柔軟性をも具えた国際私法規則であり、例外条項もその範疇に属している。

国際私法の柔軟化は、従来の規則の枠組みの中においても、弾力的な解釈及び運用により、多様な形での試みがなされている。それらとして、例えば、法律関係の性質決定、公序条項や反致条項の積極的な活用のほか、本国法の確定における実効的国籍の理論、また、先決問題の準拠法の決定におけるいわゆる折衷説等も、国際私法規則の柔軟化のための理論として理解することができ⁵⁾。改革の成果として、単一的連結の規則によって占められていたかつての国際私法から脱却して、多元的連結の規則を汎用する国際私法へと改変したことや、一定の実質的利益の確保を目した選択的連結の規則や強行規定の特別連結の規則を採用したこと等、精緻な規則が導入されている。この小稿がテーマとする例外条項もまた、原則的準拠法の適用に代えて、解決の具体的妥当性を確保するための方策に法的根拠を提示することになる点において、国際私法の柔軟化のために機能する抵触規則をその内容とするものであり、しかも、国際私法規則の柔軟化が進む中であって、柔軟化の象徴とも言える規則である。しかしながら、例外条項が、原則的準拠法を排してまで援用されるべき場合とはどのような場合であるのか、換言すれば、例外条項の発動基準については、必ずしも十分に明確であるとは言えない。法的安定性をも保持しながら柔軟性をも顧慮しようとする立場においては、まさに、柔軟な規則の発動基準を明確にすることが喫緊の課題である。この小稿の目的は、内外国の立法及び学説を概観することを通じて、そのような課題への接近を試みることにある。なお、例外条項と同一の概念及び機能を有する規定として、ドイツ国際私法学においては回避条項 (Ausweichklausel) という語句が定着しており、この小稿においてもそれに倣っている。

二 「法の適用に関する通則法」中の例外条項

(1) 法定債権の原則的準拠法

「法の適用に関する通則法」(平成一八年法律第七八号。以下、「法適用通則法」という。)においては、国際私法総則としての例外条項(一般例外条項)は置かれていない。しかし、特定の法律関係に関わる例外条項(特別例外条項)として、法定債権に関する抵触規定中にそれらを見ることが出来る。事務管理及び不当利得の準拠法に関する第一五条、及び、不法行為に関する第二〇条がそれらである。

まず、それらの法律関係の原則的準拠法として、事務管理及び不当利得に関しては、それらによって生じる債権の成立及び効力の原則的準拠法について、第一四条がそれらの原因事実発生地法を規定している。但し、他に明らかにより密接な関係がある地がある場合には、例外的準拠法として、当該他の地の法による第一五条が新設され、それが例外条項であるとされるものである。^⑥一方、不法行為に関しても、不法行為一般については、第一七条が、それによって生じる債権の成立および効力の原則的準拠法について、結果発生地法、または、結果の発生が通常予見できない場合には、加害行為地法の適用を規定している。特別規定の一つとして、生産物責任による債権の成立および効力の原則的準拠法については、第一八条が、被害者が生産物の引渡しを受けた地の法、または、その地における生産物の引渡しが通常予見できなかった場合には、生産業者等の主たる事業所の所在地法(生産業者等が事業所を有しない場合には、その常居所地法)の適用を規定している。今一つの特別規定として、名誉または信用の毀損による債権の成立及び効力の原則的準拠法については、第一九条が、被害者の常居所地法(被害者が法人その他の社団または財団の場合

には、その主たる事業所所在地法⁽²⁾の適用を規定している。

(2) 法定債権の例外的準拠法

例外条項とされるのは、次の諸規定である。すなわち、第一五条は、「前条の規定にかかわらず、事務管理又は不当利得によつて生ずる債権の成立及び効力は、その原因となる事実が発生した当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に関連して事務管理が行われ又は不当利得が生じたことその他の事情に照らして、明らかに同条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。」と規定し、また、第二〇条も、「前三条の規定にかかわらず、不法行為によつて生ずる債権の成立及び効力は、不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたことその他の事情に照らして、明らかに前三条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。」と規定をしている。

第一五条及び第二〇条に共通して、法適用通則法が例外条項の発動基準として設定している要件を整理すれば、次の通りである。すなわち、①原因事実発生の当時（第一五条）、ないし、不法行為の当時（第二〇条）の当事者が同一常居所地を有すること、②当事者間の契約に関連して事務管理が行われ又は不当利得が生じたこと（第一五条）、ないし、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたこと（第二〇条）、そして、③明らかに原則的準拠法の属する地よりも密接な関係がある他の地があることである。そして、それらの要件が満たされる場合に適用される準拠法、すなわち、例外的準拠法は、①の場合には、当該同一常居所地法であり、②の場合には、契約準拠法であり、そして、③の場合には、原則的準拠法と比べて、より密接な関係がある他の地の法である。なお、これら①、②、③

の全体における相互の関係については、①及び②の何れかに当たる場合であっても、それによって直ちに当該法が準拠法とされるわけではなく、そのような事情に照らして、その地が第一四条、第一七条ないし第一九条によって指定された地よりも明らかに密接な関係があるとされることが必要であると指摘されている⁽⁷⁾。また、①及び②との間の関係においては、一般的な社会関係である①よりも、特別な社会関係である②の方が当事者の帰属意識が高く、当事者は後者とより緊密な帰属関係に立つと考えられている⁽⁸⁾。また、条文化の過程において、当事者間の「法律関係」が「契約」の範囲に特定されることについて、「法律関係」の典型的な場合としての契約が例示されたに過ぎない可能性も指摘されている⁽⁹⁾。

(3) 例外条項の発動基準に関する学説

法適用通則法に一般例外条項が置かれていない現行法を反映して、学説における例外条項に関する論議も、法適用通則法第一五条及び第二〇条との関連において論じられている。それらの論議は、凡そ、次のように整理することができる。すなわち、事務管理又は不当利得の原因となった事実の発生当時ないし不法行為の当時、「当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」、及び、「当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたこと」が発動事由の要素として例示されており、「事情に照らして」、「明らかに」、「より密接な関係がある他の地があるとき」、当該他の地の法によるべきであり、その場合に、(i)二つの事由の有る無しに拘わらず、ともかくも、「より密接な関係がある他の地」ということが優先されるべきと考える立場、換言すれば、それら二つの事由を単なる例示と考える立場⁽¹⁰⁾に対して、(ii)それら二つの事由の何れかがあれば、特に列挙されているそれぞれの事由における密接関連性の蓋然性を顧慮し、原則的準拠法よりもより密接関連性があるとして、可及的に、それに基づいて例外的準拠法を適

用すべきと考える立場^⑪とに学説は分かれており、そして、それら二つの事由とも存在するときは、契約準拠法への附従的連結の方が優先することも大方の認めるところである^⑫。また、後者における契約は、それに限定されることなく、身分関係上の義務などもそれに相当する密接な社会的関係であるとして弾力的な解釈の必要性も指摘されている^⑬。しかし、考慮されるべき「諸般の事情」については、必ずしも明瞭ではなく、^⑭「より密接な関係」の有無についても、明確な判断基準は確立されていないように思われる^⑮。

三 外国国際私法立法中の例外条項

(1) 総説

法例は、平成元年法律第二七号によって大きな改正が加えられた。同じ一九八〇年代頃から、西欧諸国を中心とする諸外国の国内法である国際私法の改正ないし法典化も活発になっていった。それらの新立法には、法適用通則法と同様の特別例外条項を有するほか、一般例外条項を導入しているものも少なくない。ただし、それらの条項を子細に比較すれば、必ずしも同一の表現が採用されていないため、異なる法文化及び伝統を背景とする解釈問題に直面せざるをえない^⑯。しかしながら、法適用通則法第一五条及び第二〇条における「より密接な関係法」の意義のよりの確な理解のために有益であると考えられるので、以下において、諸外国の立法例について概観することとしたい。

まず、理念において、一般例外条項の先駆けとなった規定として見られているのが前出一九七八年のオーストリア「国際私法に関する連邦法（国際私法典）」第一条である。その第一項は、「外国との関連性を有する事実関係は、私法

の点について、最も強い関係が存在する法秩序に従って判断される。」とし、その第二項は、「この連邦法に含まれた準拠法秩序についての個別規則(送致規定)は、この原則の表現とみなされるべきものである。」と規定している¹⁷⁾。そこにおいては、最密接関連法と同義と見られる「最も強い関係(stärkste Beziehung)が存在する法」が一貫して適用されるべきことが規定されている。同様の規定は、ブルガリアの「国際私法に関する法典」第二条第一項にも置かれるに至っている¹⁸⁾。それに対して、一九八七年に成立したスイスの「国際私法に関する連邦法」第一条第一項は、「本法が送致する法は、全体の事情により、事実関係が同法と僅かの関係のみを有するが、他の法とははるかにより密接な関係を有することが明らかであるときは、例外的に適用されない。」として、端的に、原則的準拠法の適用が排除され、例外準拠法が適用されるべき場合について規定している¹⁹⁾。この例外条項が発動されるのは、全体の事情に照らし、(i)原則的準拠法が事実関係と僅かな関係しか有しないこと、かつ、(ii)他に事実関係とはるかにより密接な関係を有する法が存在することの二つである。「より密接な関係を有すること」の具体的な内容については、同項は何ら言及していない。なお、同条第二項は、当事者による法選択(当事者自治)が行われるときは、前述の要件に該当する場合であっても、例外条項の発動の対象とならないこと、すなわち、当事者意思の尊重が密接関連性に優先する立場が規定されている。例外的準拠法については、それが「事実関係とより密接な関係を有する法」であることを推定することができる。

(2) 近時の立法例

近時、一般例外条項を導入した立法例には、前記スイス国際私法第一五条第一項の規定に全面的に従っているものが少なくない。例えば、カナダ・ケベック州民法典(一九九一年)第三〇八二条²⁰⁾、スロベニアの「国際私法及び手続

に関する法律」(一九九九年)第二条第一項、二〇〇一年の大韓民国国際私法第八条第一項も同様である。⁽²²⁾ また、リトアニア民法典(二〇〇〇年)第一条の一二第三項前段も、「準拠法が法律問題又は法律問題の一部との如何なる関連性も呈示せず、かつ、他の何れかの国家の法が最も密接な関連性を呈示するとき」としている点を除いて、スイス国際私法と同様であり、ウクライナの「国際私法に関する法律」(二〇〇五年)第四条第三項、⁽²³⁾ マケドニア共和国から国名を変更した北マケドニアの「国際私法に関する法律」(二〇〇七年、二〇一〇年改正)第三条第一項、⁽²⁴⁾ オランダの民法典第一〇編(二〇一一年)第八条第一項、⁽²⁵⁾ 二〇一四年に公布されたモンテネグロの「国際私法に関する法律」第八条、⁽²⁶⁾ 二〇一四年の「アルゼンチン共和国国民商法典」中の第二五九七条、⁽²⁷⁾ ハンガリーの「国際私法に関する法律」(二〇一七年)第一条第一項も同様である。⁽²⁸⁾

また、基本的にスイス国際私法第一五条第一項の立場に従いながら、多少の異なる規定を設けている立法例も見られる。例えば、チュニジアの「国際私法の公布に関する法律」(一九九八年)第三八条第二項は、「抵触規則によって指定されない法が、当面の法的関係と密接な関連性を有すること、及び、追及された目的を考慮し、当該法の適用が不可欠であることが明白であるときは、裁判官はその法の規定に効力を与える。」⁽²⁹⁾ と規定している。また、二〇〇四年のベルギー国際私法第一九条第一項第一文は、スイス法に倣っているが、同項第二文は、第一項の適用において考慮されるべき点として、「準拠法の予見可能性の要請」⁽³⁰⁾ 及び「係争関係の形成当時に関係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」⁽³¹⁾ が挙げられており、後者は、外国において取得された「既得権」の理論を表現していると言われている。⁽³²⁾ 第一項が適用されない場合として、第二項は、「当事者による準拠法選択の場合」及び「準拠法の指定が同法の内容に根拠を置くとき」⁽³³⁾ を挙げている。それらのうち、前者は、多くの立法例と同様に、最密接

関連性の原則に対して、当事者の意思の尊重を優先させる規定であるが、後者は、当該原則に対して、実質法上の一定の利益保護の政策を優先させる規定である。³³ さらに、ルーマニアの民法典(二〇一一年)第二五六五条第一項もスイス法と同様である。但し、同条第二項は、「第一項の規定は、人の民事上の身分又は能力に関する法律の場合、並びに、当事者が準拠法を選択した場合には適用されない。」として、それらの法律関係を第一項の適用の対象から除外している。³⁴ さらに、また、モナコの「国際私法に関する規定」(二〇一七年)第二六条の規定は、スイス法にほぼ一致しているが、その第一項が本来の準拠法との比較の対象としているのは、「モナコ法又は他の法」であり、例外的準拠法も、「モナコ法又は当該他の法」である。³⁵ そして、二〇一七年に成立したクロアチアの「国際私法に関する法律」第一条第一項の内容も、スイス法におけるそれと同様であるが、その適用の例外事由として、当事者による法選択のほか、「一定の法への送致により、一定の実質法上の効果を達成することが目的とされるとき」が規定されている。³⁶ これは、有利性の原則が働く場合を意味しており、それらの原則の趣旨の実現が優先されている。³⁷

さらに、スイス法と異なる発動基準を定めている立法例も見られる。例えば、アメリカ・ルイジアナ州民法典(二九九一年)第三五二五条第一項は、「本編において別段に定められた場合を除き、他の州(国家)との関連性を有する事件における問題は、その法律がその問題に適用されなかったならば、政策が最も深刻に侵害されることとなる州(国家)の法律によって支配される。」と規定しており、例外条項の発動基準となる当該他州(国家)の関連政策の強度及び適正については、当事者及び争点に対するそれぞれの州(国家)の関連性(同条第二項第一号)と当事者の正当な期待を支える政策、及び、当事者が当該州(国家)の法律によって規律されないことにより当該正当な期待を侵害しない政策ないし要求(同項第二号)が挙げられている。³⁸ また、チェコの「国際私法に関する法律」(二〇一二年)第

二四条第一項は、枠組みの点において、スイス法を模範としているが、それが定める例外規定の発動基準は異なっており、「本法の規定に従って適用される法秩序は、事件の全ての状況が考慮され、かつ、特に、関与者の根拠のある期待に従えば、指定された法秩序それ自体の適用が不適当に見え、又、存在する法律関係の合理的で公正な規則に反するとき、例外として、援用されないことができる。そのような条件の下に、かつ、第三者の権利が関係しないときは、適用が当該規則に適う法秩序が適用されるものとする。」と規定している³⁹。例外条項の発動の基礎となるのは、事件の全体的状況に加えて、関係者の根拠のある、換言すれば、正当な期待であり、発動の基準となるのは、原則的準拠法の適用が不相当であること、または、当面の法律関係についての合理的かつ公正な規則に反することである。そこにおいては、最密接関連性の原則を援用した表現は見られない⁴⁰。そして、例外的準拠法は、第三者の権利を侵害することがないことを前提として、適用することが「合理的かつ公正な規則」に適う法である。その一方、同条第二項においては、抵触規則が欠缺する場合には、補充的に、最も密接な関係を有する国家の法の適用が規定されている。しかし、その場合にあっては、それに優先するのは、当事者による準拠法の選択である。さらに、二〇〇九年のアメリカ合衆国オレゴン州の「不法行為抵触法」においては、一般原則として、被害者と加害者とが同一の州に住所を有していたか否かを基準として場合分けをして、適用されるべき法が決定される（第八七五条第二項）。しかし、原則的準拠法の適用が、「法の目的を提供しないことを証明する場合」（同条第三項a号）、及び、それ以外の州の法が、「より適切であることを証明した場合」（同条第四項）には、当該他の州の法が適用される⁴¹。これらを例外条項であると理解すると、「より密接な関係があること」を例外条項とする諸国立法例とは大きくその発動基準を異にしていると言うことができる。

その他、一九九八年の「ジョージア国際私法に関する法律」は、一般例外条項を有しないが、その第四二条は、不法行為について、第一項において、「被害を受けた者にとってより有利である国の法律」を原則的準拠法の一つとしながら、第二項において、加害者と被害者とは損害発生の際常居所を有した国の法律を優先適用することを規定している。⁽⁴²⁾ ドイツ民法施行法においては、「契約外債務関係及び物についての国際私法のための法律」(一九九九年) 第四一条第一項が、「第三八条ないし第四〇条第二項に従って基準となる法よりも、何れかの国家の法と本質的に密接な関連性が存在するときは、その法が適用されるべきものとする。」と規定しており、同条第二項が「本質的により密接な関連性」として挙げるのは、「債務関係と関連する当事者間の個々の法的関係又は事実関係」、または、「法的に重要な出来事の際の同一国における両当事者の常居所」である。⁽⁴³⁾ 物権についても、第四三条(物に対する権利)、第四四条(不動産侵害)、第四五条(輸送手段に対する物権)との関連においては、第四六条が、「何れかの国家の法と本質的により密接な関連性が存在するとき」を例外として規定している。⁽⁴⁴⁾ また、エストニアの「国際私法に関する法令」(二〇〇二年) 第五二条第一項は、契約外債務について、例外的連結事由とされる「密接な関連性を有する法」を規定し、第二項が、具体的に、①当事者間の法律関係又は事実上の関係、及び、②当事者の居所が同一国家にあるという事実を例示している。⁽⁴⁵⁾ さらに、ブルガリアの「国際私法に関する法典」(二〇〇五年) 第一〇五条が、不法行為について、同一常居所地法の優先を規定したうえで(第二項)、「より密接な関係」は、例えば、「契約のように、当事者間の先行する関係」と規定している(第三項)⁽⁴⁶⁾。さらに、また、二〇〇七年に改正されたトルコの「国際私法及び国際民事訴訟法に関する法律」も、一般例外条項を置いていないが、不法行為について、他の地とより密接な関連性を有するとき、当該他の地の法の適用を規定している(第三四条)⁽⁴⁷⁾。二〇一一年に改正された中華民国の「涉外民事法律

適用法」第二五条も同様である。⁽⁴⁸⁾ それに対して、同年に可決された中華人民共和国「涉外民事関係法律適用法」第44条は、例外的準拠法について、端的に、共通常居所地法を規定している。⁽⁴⁹⁾ 同年の東ティモール民法第44条は、加害者及び被害者の同一国籍法、同一常居所地法の段階的連結を例外的連結として規定している。⁽⁵⁰⁾ アルバニアの「国際私法に関する法律」(二〇一二年)第五六条は、より密接な関係がある国家法(第三項)との「明らかにより密接な関係」については、「当事者間における契約のような、問題となる不法行為とより密接な関係にある既存の法律関係」を判断の指標として挙げている(第四項)。⁽⁵¹⁾ 二〇一三年に改正された「ロシア連邦民法典第三部第六章国際私法」第一二一九条第二項は、同一住所地法、同一本国法への特別連結を規定している。⁽⁵²⁾ 二〇一五年の「ベトナム社会主義共和国民法典」第六八七条はの同一居所地法の優先的適用を規定し、二〇一六年に可決されたウルグアイの「国際私法に関する一般法」第五二条第二項は、同一住所地法を優先する特別例外条項を置いている。⁽⁵³⁾

四 欧州連合国際私法中の例外条項

(1) ローマI規則中の例外条項

二〇〇八年六月一七日の契約に関する欧州連合のローマI規則(No. 593/2008)第四条第三項は、例外条項とされている。同条第一項は、「当事者が第二項に規定された準拠法選択をおこなっていないとき、第五条から第八条に規定された内容の他は、契約準拠法は以下のように定める。」として、契約類型に従い、a号からh号までの法を契約準拠法として規定している。同条第二項は、契約が上記第一項各号以外の契約の場合に、一定の要件の下に、「特徴的

給付を履行すべき当事者の常居所地法による。」とする規定である。それに対して、第三項は、「全事情から判断して、契約が第一項または前項に規定される国よりもその他の国と明らかにより密接な関係を示すとき、その他の国の法による。」として、原則的準拠法に対する例外的準拠法を規定している。そして、第四項は、「第一項または第二項によつて契約準拠法を決定することができないときは、契約が最も密接な関係を示す国の法による。」と規定している⁵⁴。これらの諸規定の相互関係を整理すれば、まず、第一項及び第二項は、前者が、契約類型に従い、それぞれの特徴的給付に着目して、それぞれに相応しいと考えられる準拠法を規定しており、後者が、前者に列挙された契約類型以外の契約について、補充的に、やはり、その特徴的給付に着目することを明言して、それに相応しい準拠法を規定している。それに対して、第三項は、最密接関連性の原則の立場から、「より密接な関連性」を有する国の法の適用を優先しており、これが例外条項としての役目を担っている。そして、第四項は、第一項及び第二項の規定によつて準拠法を決定することができない場合の補充的抵触規定である。その基準となるのは、最密接関連性の原則に則つた「最も密接な関連性」である。このように、第四項は、第一項及び第二項を補充する規定として位置づけられるのに対して、第三項は、第一項及び第二項に対抗して、それらの適用を排除することを役目とする規定、すなわち、例外条項として位置づけられる⁵⁵。

ローマI規則と関連して言えば、法適用通則法第八条第二項においても、特徴的給付の理論を採用した規定があり、それに基づいて決定される準拠法を法律行為（契約）に最も密接な関係がある地の法と推定している。従つて、そこにおける推定が覆された場合であつても、もとより、最密接関連法を選定することが前提とされており、名実ともに、最密接関連法の決定の範疇に属する問題であり、最密接関連性を提供する要素の探求に関する判断であるから、特徴

的給付を行うとされた者の常居所地法の適用が排除されることは、例外条項の発動によるとは言えないであろう。⁽⁵⁶⁾ 同項においては、特徴的給付を行う者の常居所法が必ずしも最密接関連法であるとは限らないという認識が前提に存在している。問題となるのは、当面の契約関係において、何が最密接関連法であるかということであり、最密接関連性の原則に基づく原則的準拠法の排除ではない。従って、法適用通則法中の例外条項は、やはり、法定債権に関する第一五条及び第二〇条の他にはないと考えられる。

(2) ローマⅡ規則中の例外条項

二〇〇七年七月一日の不法行為に関する欧州連合のローマⅡ規則 (No. 864/2007) 第四条第二項及び第三項は、例外条項として位置づけられている。すなわち、同条第一項は、「本規則に別段の定めがない限り、不法行為から生じる契約外債務の準拠法は、損害原因事実が発生した国にかかわりなく、かつその事実の間接的な結果が生じた国ともかわりなく、損害が発生した国の法である。」として、原則的準拠法について規定しているのに対して、第二項は、「前項の規定にかかわらず、責任を問われている者と被害者の両者が、損害が発生した時に、同じ国に常居所を有した場合には、その国の法が適用される。」として例外条項を規定し、また、第三項は、「事件のすべての事情から、不法行為が第一項又は第二項に定められた国とは別の国と明らかにより密接な関係があることが明らかなる場合は、その別の国の法が適用される。別の国との明らかにより密接な関係は、とくに、契約のように、当該不法行為に密接に関連した、当事者間にすでに存在する関係に基づいて認められる。」として、更なる例外条項を規定している。⁽⁵⁷⁾ すなわち、損害発生地法に対する同一常居所地法、そして、それらに対するより密接な関係地の法の優先という構成が採用されている。そして、より密接な関係の判断基準の指標は当事者間の既存の関係が存在することであり、当該関係に

該当する具体的な例として、先行する契約があるが、必ずしもそれに限られるものではない、というのが、ローマⅡ規則第四条第一項ないし第三項の適用関係であると言うことができる。

この規則の解釈に関して、法的安定性ないし予測可能性と具体的妥当性との何れをより重視すべきかの点について、ローマⅡ規則は全体として前者を重視しているとの認識が凌駕していることを否めないとする立場から言えば、第四条第一項及び第二項のルールが安易に覆されてはならず、第三項の具体的な発動条件に関しても、「別の国と明らかにより密接な関係があること」に加え、不法行為が第一項又は第二項に定められた国と重要な関連がない場合にしか発動を認めないという解釈が導かれることとなる。⁵⁸⁾

(3) ローマⅢ規則中の例外条項

二〇一〇年十二月二〇日の離婚及び別居に関する欧州連合のローマⅢ規則 (No. 1259/2010) 第一〇条 (法廷地法の適用) も、例外条項として機能すると考えられている。すなわち、同条は、「第五条もしくは第八条に従った準拠法が、離婚について規定を置いていないか、または、夫婦の一方が、その性別を理由に、離婚若しくは法律上の別居の平等の機会を認めない場合には、法廷地法が適用されるものとする。」と規定している。⁵⁹⁾ 一般に、例外条項は、場所的観点から、当面の法律関係が原則的準拠法との密接な関連性が乏しく、それ以外の法とより密接な関連性を有する場合に発動され、その場合における密接関連性の顧慮については、国際私法上の利益ないし抵触法上の正義が顧慮されたものと理解され、それは、実質法上の利益ないし正義とは次元を異にするものである。それに対して、ローマⅢ規則第一〇条は、後者の観点から、原則的準拠法を排除するものである。弱者利益の保護や子の最善の利益の顧慮が必要な場合等、いわゆる過酷条項 (hardship clause) の発動事由とも重複する利益考慮が、原則的準拠法の適用の放棄を基

礎づけている。⁽⁶⁰⁾ このような例外規定のあり方については、ヤイメ (E. Jayme) 教授によつて異論が唱えられているところである。⁽⁶¹⁾

(4) 欧州連合相続規則中の例外条項

二〇一二年七月四日の「相続事件における管轄、準拠法、裁判の承認及び執行、公文書の受領及び執行、並びに、欧州相続証明書の導入に関する欧州議会及び理事会規則」、いわゆる相続規則 (No. 650/2012) 第二一条第一項は、「この規則において異なる定めがなされていない限りにおいて、全体としての死亡による権利の承継は、被相続人がその死亡時にその常居所を有していた国の法に服する。」と規定している。それに対して、同条第二項は、「例外的に、その状況全体から、被相続人が、その死亡時に、第一項によればその法が適用されるべきである国とは異なる国と、明らかに密接な関係を有していたことが明らかになる場合には、死亡による権利の承継にはこの異なる国の法が適用されなければならない。」と規定しており、同項は、相続関係についての特別例外条項であるとされる。その一方、第二一条第一項は、「人は、その死亡による権利の承継について、その者がその法選択時又はその死亡時に属している国の法を選択することができる。」とし、同条第二項は、「複数の国籍を有する者は、その者が、その法選択時又はその死亡時に属している国の法を選択することができる。」と規定している。⁽⁶²⁾ 従つて、被相続人による法選択がない限り、例外条項が発動される場合がありうる。その場合の判断基準は、やはり、「より密接な関係を有していたこと」である。原則的準拠法の連結点となる常居所は、欧州諸国の国際私法典においても、また、数々の条約及び規則においても採用されて、すでに慣れ親しまれた連結点として定着している。その地の法からの回避について言えば、被相続人の死亡の当時及びその死亡前の生活状況を通じて、一切の関連する事実上の要素、とくに、他の国における存在

の継続性及び規則性、並びに、その存在の状態及び理由が考慮されるべきであると指摘されている。⁽⁶³⁾

(5) ローマ0規則提案中の例外条項

二〇一一年、フランスのポール・ラガルド (Paul Lagarde) 教授により提案された欧州国際私法典、すなわち、ローマ0規則の提案中の第一三七条も、例外条項として挙げることができる。同条においては、「本法によつて指定された法は、状況の全体を考慮して、状態が明らかに当該法と非常に緩い関係しか有せず、かつ、他の法とより多くの密接な関係にあるとき、例外的に適用されない。その場合には、当該他の法が適用される。」と規定されている。⁽⁶⁴⁾ この規定は、明らかに、スイス国際私法第一五条と同一の原則を例外条項の構成の要素としている。すなわち、①例外的に適用されること、②事案の全ての状況に照らしていること、③事案が原則的準拠法と非常に緩い関係しか有しないこと、そして、④他の法とより多くの関係を有することである。⁽⁶⁵⁾ ラガルド教授の提案に対しては、抵触規定の趣旨と一致しない法秩序への送致がされたとき、一般例外条項にそれを補正させることができることに対する一定の理解は得られながらも、他方、回避条項によるよりも、それに代えて、抵触規定の目的に沿った十分な解釈によるべきとする異論も見られるところである。⁽⁶⁶⁾

五 例外条項に関する問題点と若干の考察

(1) 例外条項の存在意義

一般例外条項にせよ、特別例外条項にせよ、例外条項の出発点となっているのは、前出オーストリア国際私法第一

条第二項が述べるように、本来、抵触規定が指定する法は最も密接な（強い）関係がある法であるべきであるにもかかわらず、実際には、抵触規定に従って指定された法が、結果的に、「最も密接な関係がある法」ではない場合があるということである。従って、何らかの準拠法選定規則に依拠して決定される準拠法が「最も密接な関係がある法」であることが表明されている場合には、最密接関係性の原則に立脚した例外条項が発動される余地は考えられない。今日、最密接関係性の原則が諸国国際私法において圧倒的な支配力を有していることは否定できないが、さりとて、「涉外私法関係については、すべて、当該法律関係が最も密接な関係を有する国の法による。」という概括的な一箇条のみをもって、あらゆる場合に対処している国ないし地域は存在しないであろう。最密接関係法であることが表明されていない法が適用される場合において、何ををもって、当該法が「最も密接な関係を有する法」もしくは「より密接な関係を有する法」としての「密接関係性」を備えていると考えるべきであるか、換言すれば、例外条項が発動されるべき場合の基準をどこに求めるべきであるかが、例外条項をめぐる最も重要な問題であることは言を俟たない。

最密接関係性を判断基準とする限り、当該判断基準が有する一般的・抽象的概念から、何らかの具体的な連結点を介して何れかの国や地域の法を準拠法として決定することが容易でない場合があることは、早くから認識されていたことである。そのため、最密接関係性の概念の明確化ないし具体化が論議の焦点とされてきた⁶⁷。その一方、例外条項のような評価的概念を含む規定は、立法よりもむしろ司法による発展に適しており、そのことが制定法国においても妥当するという観点から、一般例外条項では司法を信頼して、例外条項が有する調整機能を最大化する解釈を目指すことに好意的な意見も注目されるところである⁶⁸。しかし、個々の事案において、最終的に、司法がいかなる決定を下すか、正確に予想することは不可能であるというのが一般的な認識であり⁶⁹、例外条項の発動のような特別の手続きの

ためには、一定の明確な制限を設定することが必要であり、さもなければ、例外条項により、法的安定性や法的解決の予測可能性は危険に晒されることになるという認識の合理性を否定することはできない。⁽⁷⁰⁾ 司法が重要な役割を演じることが確かであるとしても、やはり、法的安定性ないし予測可能性及び第三者の信頼や期待の保護が損なわれてはならないと考えるのが、大陸型国際私法における共通の認識であると言えるであろう。⁽⁷¹⁾ もとより、最密接関係性は直接的な判断基準とはなりえないため、常に、他の何れかの基準へ転換することが必要である。例えば、最密接関係法の決定基準の可及的な明文化を図っている法適用通則法第八条第二項(契約一般の準拠法の決定)や第一二条第三項(労働契約準拠法の決定)等における最密接関係地法の推定規定に照らしてみれば、立法者においても、最密接関係法の決定が困難であるということが共通の認識として抱かれていたことが窺われるところである。

(2) 例外条項と最密接関係性の原則との関係

例外条項は、今日の国際私法において普遍化している最密接関係性の原則による支配の産物であるということができる。最密接関係法は、時には本則として、また、時には補則として、諸国の国際私法や条約において駆使されている。しかし、法文上の「最密接関係法」の適用と言う場合、それだけでは、それが何れの法であるかは、全く特定されることはなく、準拠法の決定は極めて困難である。法の目的を法的安定性とか、予測可能性に求める立場に固執する限り、「最も密接な関係がある地の法」とか、「より密接な関係がある地の法」という抵触規定は極めて厄介な存在であると言わざるを得ない。しかし、当面の法律関係ないし身分関係に最も密接な関係を有する法を適用することは、極めて合理的であり、直ちに何れかの法に特定されない白地概念を有している点が、却って、法選択の柔軟化のために寄与していることも決して否定できない。近代国際私法の祖と言われるサヴィニー(Savigny)の国際私法理論にお

ける「法律関係の本拠地 (Satz)」の法の探求についても、大雑把に言えば、問題となる法律関係に最も密接な関係がある地の法の探求であると言っても大過はないであろう。⁽⁷²⁾しかし、価値中立的な立場から価値促進的な立場へと変貌を遂げて久しい現代国際私法において、最密接関係法の決定において求められる法もまた、利益衡量の結果に裏打ちされたことにより最密接である法が意味されており、決して、機械的に決定された形式的なそれであつてはならないというのが、今日における立場である。⁽⁷³⁾従つて、最密接関係法の決定において、国際私法上の利益衡量を検討することが、そのための不可欠な過程であることに異論はないであろう。

それでは、国際私法上の利益衡量はいかように行われるべきか。それに先立ち、国際私法上の利益が、実質法上の利益と区別されるものであることが指摘されなければならないであろう。すなわち、前者は、準拠法となるべき法への連結の際の利益であり、準拠法の適用における利益とは異なる価値衡量の原理が支配している。従つて、実質法上の利益に対する配慮は、本来、ここにおいては不要とされる。両性平等の原則の顧慮の結果は、両当事者に共通の法を適用する等、連結における不平等を斥けることを意味しており、実質的に両性間に不平等な待遇が認められることを許さないということではない。しかし、この点についても、いわゆる国際私法の実質法化により、実質法上の利益衡量の結果が準拠法の選定に影響を及ぼす傾向が増大していることが、ノイハウス (P. H. Neuhaus) 教授によつて肯定的に論じられてからすでに久しい。⁽⁷⁴⁾

翻つて、最密接関係法に目を向ければ、それ自体、問題となる法律関係に最も密接な関係を考慮して決定される法であるから、国際私法上の利益衡量がなされていることは否定できない。しかし、何をもつて最密接関連性を判断し、最密接関係法を決定するかにおいては、やはり、国際私法上の利益衡量と実質法上のそれとの間に違いが存在するこ

とは明白である。特別例外条項とされる法適用通則法第一五条及び第二〇条を始め、数多くの諸国国際私法の立法例において、不法行為等に関し、原則的準拠法を斥けてまで適用される加害者と被害者の両当事者の共通(同一)常居所地法は、それら両当事者に共通(同一)の連結点を介して決定される法である点において、国際私法上の利益衡量の結果を踏まえていることは確かである。しかも、常居所は、親近の原則が支配する連結素であり、当事者の家族的・社会的な生活に密接性を有していることも否定できない。しかし、その場合でも、共通(同一)常居所地法の適用が被害者の利益の保護に結び付く保証は全くない。被害者の利益の保護のためには、被害者に加害行為地法と損害発生地法の中からの選択(すなわち、当事者意思による法選択)が許される規定とか、実質的に被害者に有利に導く法を適用することを裁判官に命じる規定を採用することによってしか実現されることはできない。例えば、前出チュニジア法第三八条第二項が、「追及された目的を考慮」と規定し、また、前出チェコ法第二四条第一項が、「関与者の根拠のある期待に従えば、指定された法秩序それ自体の適用が不適當に見え、又、存在する法律関係の合理的で公正な規則に反するとき」を例外条項の発動事由とし、更に、前出オレゴン州法第八七五条も、「法の目的を提供しないことを証明する場合」(同条第三項a号)を例外条項発動の事由としている。その他、前出ジョージア法第四二条第一項は、端から、「被害を受けた者にとってより有利である国の法律」を原則的準拠法の一つとしている。これらの諸立法の内容をも踏まえたうえで言えば、かつて、法例に最密関係法の規定が導入されたとき、殊場準一教授は、最密関係性の概念の解明において、地域的関連性にのみに捉われるべきではないことを論じられ、そして、法例中の諸規定における内国取引の保護、当事者意思の尊重、法律行為の保護・有効化ないし法律関係成立の容易化、両性の平等、子の保護などの指標の存在を指摘されていた⁷⁵。このような観点からは、「より密接な関係を有する法」とは、一定の当

事者や法律関係の成立にとって「より有利な法」が、それとして顧慮されるべき余地のあることが示唆されているように思われる。

(3) 密接関連性の原則に優位する国際私法上の原則

法適用通則法を始めとして、諸国立法例に見られる例外条項の多くが、準拠実質法の内容を全く顧慮することなく、当事者の属人法の共通性(同一性)のみを重視し、また、契約等の先行する法律関係ないし身分関係の準拠法への附従的連結を定める規則が、実質法上の利益衡量を視野の外に置くものであることは明らかである。しかしながら、その一方、原則的準拠法が当事者による法選択によつていない場合には、例外条項の発動はなく、当事者意思の尊重が最密接関連性の原則に優先することも、諸国立法例によつて実証されている。論理的に、抵触規定の趣旨ないし本質が当事者意思の尊重にある場合に、それを排除することは当該抵触規定に矛盾することとなるから、密接関連性が乏しい法が当事者意思に従つて指定された場合であっても、例外条項の発動が控えられるべきことは当然である。そうであるとするれば、同様に、例外条項の発動が控えられるべき場合として考えられるのは、原則的準拠法の指定が一定の実質法上の利益の実現を目的としている場合、すなわち、実質法上の一定の利益の保護が抵触規定においてすでに明らかにされている場合であろう。抵触規定の趣旨と一致しない法秩序への送致がされたとき、一般例外条項にそれを補充させることができることは、上述のとおり、ヤイメ教授によつて指摘されていたところである。前出クロアチア法第一条第一項が、一般例外条項が発動されてはならない場合として、当事者による法選択があつた場合のほか、「一定の法への送致により、一定の実質法上の効果を達成することが目的とされるとき」が規定されているが、この規定から、とくに一定の保護されるべき実質法上の利益を実現するために指定された法、すなわち、有利性の原則が

支配する抵触規則によって選定された法が、最密接関係法に優先すべきことが示唆されている。これにより、最密接関連性の原則も、当事者意思の尊重、及び、有利性の原則には道を譲らなければならないことになるであろう。一般に、離婚保護、嫡出保護、準正保護、遺言保護等、一定の法律関係の保護のほか、子の保護、被後見人保護、扶養権利者保護、労働者保護、消費者保護、そして、被害者保護等の弱者利益の保護が要請される場合が有利性の原則が支配する領域に属していると言うことができる⁷⁶。もつとも、同じく排除規定 (Exklusivnormen) として、例外条項と公序条項との関係が問題となるが、前者が、準拠法の連結の次元において機能する規定であるのに対して、後者は、準拠法の適用の次元において機能する規定であり、両者は交錯することなく、それぞれの発動の範囲における役割を担っており、公序条項の存在をもって、例外条項がその存在意義を失うことはない。

六 おわりに

例外条項の出発点となるのが最密接関連性の原則であることは、再三、指摘されているところである。従って、何が最も密接な関係を有する法であるか、あるいは、より密接な関係を有する法であるかが、最も重要な問題である。しかし、個別の事案の事情により、最密接関連性を有する法は異なっており、一概に言うことはできないとすれば、それは立法の限界であり、あとは司法の判断任せということとなり、法的安定性は著しく損なわれることとなる。本来、司法の主たる役割は、法の忠実な適用であって、法を創造することは、立法の欠缺を補充する作用でしかない。立法者が、最も密接な関係を有する法という輝かしい光に幻惑された付けのしわ寄せが、裁判官の肩に重く押し掛

かっているのが現実であろう。本国法とか、常居所地法とか、或いは、原因事実発生地法とか、損害発生地法とか、さらに、或いは、契約準拠法とかの適用の場合と異なり、最密接関係法の適用という場合には、その抽象的存在を特定の連結点を介した法に具体化しなければならないという困難な仕事が残されている。契約に関する法適用通則法第八条第二項における特徴的給付の理論の導入とか、法定債権に関する第一五条や第二〇条における共通常居所地法や契約準拠法等への附従的連結の理論の導入が、最密接関係性の原則の抽象性の具体化に向けられた配慮であることは明白である。それにもかかわらず、特徴的給付を行う者の常居所地法を最密接関係法として単に推定するとか、共通常居所地法も契約準拠法も、より密接な関係を有する法を決定するための単なる判断要素に過ぎないとして、その位置づけを後退させたならば、より密接な関係がある法として明確に残っているものは何であろうか。その場合、例外条項の発動はあくまで例外的であるとして、その発動を相当に抑制しない限り、抵触規定が目的とする一定の法的効力の確保の可能性こそが発動基準として依拠されるべきであり、そして、それを可能とする法の適用を導くことが当事者にとって最も重大な関心事であるという意味において、最も密接な関係を有する法とか、より密接な関係を有する法への連結であるということもできるであろう。欧米における人権尊重及び弱者保護の理念が世界を席卷し、近代法、そして、現代法の世界が欧米法の体系を中心として展開している現実を直視すれば、国際私法においても、将来的には、規律の対象となる法律関係に従い、当事者自治の原則（選択的連結）、及び、弱者利益の保護等の一定の実質的利益の保護を考慮した択一的連結の規定に収斂されるであろうとする大胆な予測が表明されている。⁷⁷ 奇しくも、これらの指標は、正しく例外条項の発動が制限される事由として上述したところにほかならない。すなわち、本来、一切の抵触規定は、例外条項を必要としない精緻で柔軟な規則をもつて構成されなければならない、少なくとも、最密接

関連性の原則が準拠法の決定において障害とならない程度に明確化されることが必要であるということであろう。しかし、その一方、ノイハウス教授は、個別規則があれば一般的な回避条項が要らなくなるというのではなく、法発展を認めれば益々必要となるものであると論じられている⁽⁷⁸⁾。そうした場合であっても、やはり、今後も引き続き、実質法上の利益考慮を斥けた国際私法上のそれのみに依拠し、当事者の共通居所地法や当事者間において先行する主要な法律関係の存在のみを手掛かりとして、「より密接な関係を有する地の法」を探求することに終始することだけが現代国際私法の柔軟化であるとは言えないであろう。

- (1) 中西康 || 北澤安紀 || 横溝大 || 林貴美 『国際私法 (第二版)』 (有斐閣、二〇一八年) 二五頁参照。
- (2) Monika Pauknerova, Escape clauses and legal certainty in private international law, in: *Yearbook of private international law*, Vol.18 (2016/2017), p.63.
- (3) 例え^ば A. E. von Overbeck, The fate of two remarkable provisions of the Swiss statute on private international law, in: *Yearbook of private international law*, Vol.1 (1999), p.127 et seq.; Kurt Siehr, General problems of private international law in Modern codifications, in: *Yearbook of private international law*, Vol.7 (2005), p.26 et seq.
- (4) Pauknerova, op. cit., p.62 et seq.
- (5) 例え^ば、笠原俊宏「わが国際私法の総則について—若干の比較立法的考察—」大東ロージャーナル四号 (二〇〇八年) 七九頁等参照。
- (6) 神前禎『解説法の適用に関する通則法』(弘文堂、二〇〇六年) 一一三頁。
- (7) 神前・前掲書一三八頁参照。けだし、「その他の事情に照らして」と規定されていることが、①及び②が例示であることを明らかにしているとされ、また、③の規定の存在によって、不法行為となるかどうか、その場合にどのような責任が発生す

るかが不明確になると指摘されている。澤木敬郎『道垣内正人『国際私法入門（第八版）』（有斐閣、二〇一八年）二二九頁以下（道垣内）参照。中西『北澤』横溝』林・前掲書二四五頁以下においても、「二七条から一九条による準拠法決定の安定性の追求に対して、本条は、準拠法決定の柔軟性と具体的妥当性を確保することを目指して、両者のバランスをはかっている。」としながら、「二七条から一九条の規定による準拠法決定の安定性を失わせないためにも、限定的な解釈が望まれよう。」と述べられている。因みに、笠原教授は、例外条項の発動基準として、「当事者意思に基づく準拠法指定の場合」のみならず、「実質的判断の結果としての択一的連結の場合」をも例外条項の発動から除外すべきであるとする一方、「密接関連性を有しない準拠法に服すれば、当事者利益の保護に欠けることとなる場合にその条項の適用を限定する等」、運用における慎重な判断が必要であるとされる。笠原俊宏『国際私法原論』（文眞堂、二〇一五年）一〇一頁参照。この考え方からすれば、密接関連法よりは、むしろ、当事者利益の保護に適う法の適用を優先すべきこととなり、形式的な場所的密接関連性よりも、実質的な当事者利益の方に価値の存在を認めることとなるであろう。

(8) 神前・前掲書一三九頁参照。一方、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われた場合について、「例えば契約締結上の過失のように、不法行為の問題と解してもその準拠法を契約準拠法と一致させるべき場合も存在すると考えられる。そのような場合においては、同様に通則法二〇条により、契約準拠法による統一的な処理を検討すべき」と論じられている。神前・前掲書『早川吉尚』元永和彦『国際私法（第四版）』（有斐閣、二〇一九年）一六〇頁以下（神前）参照。横山教授は、「附随的な連結により、法律関係の総体を統一的に一つの法秩序に服させ、まとまりのある法律関係を相異なる法秩序に送致しないようにすることができ。牽連関係にある複数の法律問題に単一の法を適用することにより準拠法の適応という操作を回避できる。」とされる。横山潤『国際私法』（三省堂、二〇一二年）二二〇頁参照。

(9) 神前・前掲書一四四頁参照。

(10) 例えば、櫻田教授は、「例示に該当する事情があっても、常に例外条項が適用されるわけではなく、例示に該当する事情がない場合であっても、一般に考慮要素としてあげられている事情があるときは、例外条項が発動されることもありうる。」とされる。櫻田嘉章『国際私法（第七版）』（有斐閣、二〇二〇年）二四二頁参照。また、寺井講師は、「共通常居所地、当事

者間の契約関係は、『明らかに』『より密接な関係』の有無を判断する際の要素に過ぎず、これらの事情が即座に共通居住地法、契約準拠法の適用を導くわけではない。」とし、「通則法上、共通居住地は、不法行為の最密接関係地の判断過程において考慮される要素の一つに過ぎない。」とされる。山内惟介・佐藤文彦編『標準国際私法』(信山社、二〇二〇年)一六一頁(寺井里沙)参照。さらに、北澤教授は、事務管理または不当利得について、「二つの事情が認められる場合には、類型的に本条を適用する可能性が高いと考えられるためである。：しかし、これらの例示的な事情に該当するからといって、例外条項が常に発動されるわけではなく、他の諸般の事情を考慮した上で、本条の規定を適用すべきか否かを決定しなければならぬ。：また、これらの例示に該当しない場合であっても、諸般の事情を考慮して、本条の規定が適用される場合がありうる点に注意する必要がある。」とされる。櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第一卷』(有斐閣、二〇二一年)四一〇頁(北澤安紀)参照。

(11) 例えば、松岡教授は、「当事者の社会生活の基礎となっている法である常居所地法は当事者にとって密接な関連性を有し、当事者の常居所地法の適用は当事者の予見可能性にもかない、また、当事者の同一常居所地法を適用することは当事者間の公平にもかなうからである。」とされる。松岡博著(高杉直補訂)『国際関係私法講義(改題補訂版)』(法律文化社、二〇一五年)一三三頁参照。また、西谷教授は、「①当事者間に同一常居所地がある場合、あるいは②契約に基づく義務に違反して不法行為が行われており、附従的連結の要件が満たされる場合には、積極的に一七条〜一九条よりも本条の適用を優先させるべきである。：①および②以外の場合については、本条があくまで通則法一七条〜一九条の例外規定であることに鑑みて、諸般の事情に照らして、明白かつ実質的により密接な関係をもつ地があるといえる場合にのみ、本条を適用すべきであろう。」とされる。櫻田・道垣内編・前掲書五〇五頁(西谷祐子)参照。さらに、中西教授は、「二つの事情については、それが存在すればそれだけで二〇条が原則として発動されると解すべきである。」とされる。中西康「法適用通則法における不法行為」『国際私法年報九号(二〇〇七年)八一頁参照。また、奥田教授も、「当事者間に同一常居所地法がある場合、および契約上の義務違反による不法行為の場合は、原則として同一常居所地法への連結および附従的連結が認められるべきであり、よほどの事情がない限り、通則法一七条ないし一九条の規定によったり、その他の法が準拠法とされるべきではない。」とされる。奥田

安弘『国際私法と隣接法分野の研究』（中央大学出版部、二〇〇九年）三〇九頁以下参照。

(12) 北澤教授は、「通則法一五条に例示列挙されている二つの事情のいずれにも該当する場合」について、「不法行為等が当事者間の法律関係に関係してされたときに当該法律関係の準拠法によるこの規律は、当事者の常居所地法によるこの規律よりも優先的に適用される」べきことの理由として、「一般的な社会関係よりも特別の社会関係の方が当事者の帰属意識が高く、当事者は特別の社会関係とより緊密な帰属関係に立つと考えられるため、法律関係の準拠法の方が当事者にとってより密接に関係する法律であると考えられること」及び「当該法律関係の準拠法との適応問題の発生も回避することができること」が援用されている。櫻田Ⅱ道垣内編・前掲書四一三頁（北澤）参照。

(13) 北澤教授は、二つの事情のうち、後者については、「当事者間の『契約』という文言は、あくまで例示にすぎないことから、当事者間に存在する契約以外の法律関係や当事者間に共通する事実関係」の存在を考慮することが必要であるとされる。櫻田Ⅱ道垣内編・前掲書四一四頁（北澤）参照。また、種村教授は、「例えば親子間または夫婦間の不法行為など、『契約』以外の基本関係に関連して不法行為が行われた場合にも」、契約に準じた取扱をすべきであるとされる。木柵照一（編）『国際私法』（成文堂、二〇一六）二九五頁（種村佑介）参照。

(14) 道垣内教授は、「二七条から一九条により与えられる法的安定性と二〇条による具体的妥当性（個別の事情による最密接関係地法の適用）とのバランスを崩すことがないよう、『明らかに』という要件の具備を厳しく適用し、裁判をしてみないと準拠法が決まらないという事態（社会的コストが増大する）にならないように注意すべきである。」とされる。澤木Ⅱ道垣内・前掲書三三二頁参照。

(15) 例えば、神前教授は、「単に、原則的な準拠法以外の法が最密接関係地法であるだけでは足りない」と解されるが、具体的にいかなる場合がこれにあたるかについては、解釈に委ねられることとなる。」とされる。神前Ⅱ早川Ⅱ元永・前掲書二四二頁（神前）参照。また、中野教授は、「二〇条は、このような例外連結要素間での優先関係を示さない点で、柔軟性と引き替えに不確かさを残すものとなっており、ドイツ国際私法四〇条のような段階的連結方式の採用によって、適用関係の明確性を確保すべきであったように思われる。ローマⅡ規則案四条も、当事者間の契約関係等によって示される密接関係法、同

一常居所地法、損害発生地法という優先順位を明らかにする規定形式を採用している。本条の解釈にあたっては、基本的には、契約準拠法への附従的連結が通常居所地法の適用に優先すると解すべきであろう。」とされる。中野俊一郎「法適用通則法における不法行為の準拠法について」民商法雑誌一三五卷六号(二〇〇七年)九四五頁参照。

(16) Pauknerova, op. cit., p.64.

(17) 条文の邦訳は、笠原俊宏編『国際私法立法総覧』(富山房、一九八九年)七〇頁参照。

(18) 因みに、ブルガリア国際私法典第二条第一項は、「国際的要素を有する私法関係は、それが最も密接に結び付いている国家の法に服する。本法典に含まれた準拠法決定のための規定は、その原則の表現とする。」と規定している。笠原俊宏「ブルガリア国際私法の法典化について」東洋法学五四卷一号(二〇一〇年)二〇三頁参照。

(19) 条文の邦訳は、井之上宜信「スイスの国際私法典(一九八九年)について(二)」法学新報九六卷一・二号(一九八九年)四〇九頁、奥田安弘『国際私法・国籍法・家族法資料集』(中央大学出版社、二〇〇六年)二頁以下、笠原編・前掲書一三三頁以下参照。

(20) 条文の邦訳及び解説は、笠原俊宏「ケベック民法典中の国際私法規定について」東洋法学四二卷二号(一九九九年)一四一頁以下参照。

(21) 条文の邦訳は、笠原俊宏「スロベニア国際私法の法典化について」東洋法学四八卷二号(二〇〇四年)二七一頁参照。スロベニア国際私法の基礎となっているのは一九八一年の旧ユーゴスラヴィア国際私法であるが、同国際私法には、例外条項は存在しておらず、分離・独立後、明らかにスイス国際私法第一五条に倣っていると見られる。

(22) 『令和三年版戸籍実務六法』(日本加除出版、二〇二〇年)一一三二頁等参照。

(23) 条文の邦訳は、笠原俊宏「リトアニア国際私法の改正について―新旧立法の比較―」東洋法学五二卷二号(二〇〇八年)二二二頁、二四六頁以下参照。なお、不法行為の準拠法については、第一条の四三第三項が、被害者の選択により、行為地法、損害惹起事実発生地法、結果発生地法を原則的準拠法としたうえで、第四項が、当事者双方の同一常居所地法によることを規定している。それがより密接な関連性を有する法であることは要件とされていない。

(24) 条文の邦訳は、笠原俊宏「ウクライナ国際私法の法典化について」東洋法学五五巻三号（二〇一二年）一四八頁参照。因みに、同条第一項は、渉外的私法関係の準拠法が、この法律、その他の法律、ウクライナが締約国である国際条約の抵触規定、その他の抵触法上の抵触規定に従って決定されることを規定している。

(25) 条文の邦訳は、笠原俊宏「マケドニア国際私法の改正について」東洋法学五五巻二号（二〇一一年）一四一頁参照。

(26) 条文の邦訳及び解説は、笠原俊宏「オランダ国際私法（二〇一一年）の邦訳と解説（一）」戸籍時報七〇二号（二〇一三年）一一頁参照。

(27) 笠原俊宏「モンテネグロ共和国の国際私法（二〇一四年）の邦訳と解説（二）」戸籍時報七七五号（二〇一八年）二五頁参照。契約外債務については、第五二条において、損害発生地法を原則的準拠法（第一項）とし、加害者と被害者の同一常居所地法の適用を優先し（第二項）、全体の状況から、別の国家と明らかにより密接な関係があるときは、当該国家法を優先することとし、「当該別の国家との明らかにより密接な関係は、損害を惹起する事実と密接に関係する契約のように、当事者の以前の関係に立脚することができる」として（第三項）、「より密接な関係」の判断の基準が示されている。また、これらの諸規定は、ローマⅡ規則に従って解釈・適用されることが明記されている（第六七条）。国内立法としてのモンテネグロ国際私法中の諸規定は、ローマⅡ規則を最も意識した内容のものとなっている。

(28) 条文については、笠原俊宏「アルゼンチン共和国国民商法典中の国際私法規定（二〇一四年）の邦訳と解説（上）」戸籍時報七四四号（二〇一六年）二八頁参照。その他、例えば、契約（第二六五三条）及び親責任（第二六三九条）において、特別例外条項が置かれているが、これらの規定を併置することについては、理論的にも、また、実定法の解釈における無用の混乱を招くものとして批判されている。因みに、前者は、一般例外条項と同様に、場所的要素に依拠しているのに対して、後者は、実質的判断に依拠した修正条項であることが指摘されている。笠原・前掲（下）同誌七四七号（二〇一六年）一六頁参照。

(29) 条文の邦訳は、笠原俊宏「ハンガリー共和国の新しい国際私法典（二〇一七年）の邦訳と解説（上）」戸籍時報七七〇号（二〇一八年）二三頁参照。

(30) その結果、解決の予測可能性及び法律関係の安定性が後退することが懸念されている。なお、法定債務の準拠法について

は、第七〇条は、原因事実発生地法が準拠法となることを規定している。但し、被害者は、損害発生地法を選択することが認められている。加害者と被害者が同一の国に常居所を有するときは、同国法によることができるが、強行性はなく、被害者の利益のため、連結されることができるとする法の多元化がその規定の主旨であると見られる。笠原俊宏「チュニジア国際私法の法典化について」『東洋法学四四卷二号（二〇〇〇年）一〇八頁参照。

(31) 条文の邦訳及び解説は、笠原俊宏「ベルギー国際私法（二〇〇四年）の邦訳と解説（上）」『戸籍時報五九三号（二〇〇六年）二五頁参照。

(32) 笠原・前掲（前注31）（下）同誌五九四号（二〇〇六年）五八頁以下参照。なお、オランダ民法典第一〇編第九条にも、既成事実の例外的連結の規定が置かれている。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一〇号（二〇一四年）五頁以下参照。

(33) 笠原・前掲（前注32）五九頁参照。

(34) 条文の邦訳は、笠原俊宏「ルーマニア国際私法の改正について」『東洋法学五七卷一号（二〇一三年）三三〇頁参照。これは、身分及び能力の準拠法とされる属人法については、たとえ、連結点となる国籍等が形骸化していると思われる場合であっても、一貫して、それに依拠することを意味していると思われる。

(35) 条文の邦訳は、笠原俊宏「モナコ公国の国際私法（二〇一七年）の邦訳と解説（上）」『戸籍時報七六八号（二〇一八年）三九頁参照。解説として、笠原・同（下）同誌七六九号（二〇一八年）三一頁参照。

(36) 条文及び解説は、笠原俊宏「クロアチア共和国の国際私法に関する法律（二〇一九年施行）・邦訳と解説（二）」『戸籍時報七九〇号（二〇一九年）二五頁以下参照。

(37) 笠原・前掲（注36）同誌七九二号（二〇二〇年）一四頁参照。

(38) 廣江健司『アメリカ国際私法の研究―不法行為準拠法選定に関する方法論と判例法状態』（国際書院、一九九四年）一七〇頁以下参照。また、今日、大陸型国際私法の本来の原型である明確な抵触ルールの定立とアメリカ型国際私法における緩やかなアプローチの基本的な姿勢との選択において、ルイジアナ国際私法は、ルール対アプローチではなく、ルール及びア

プローチの立場を選択しており、窮屈なルールと柔軟なアプローチとの組合せにより、確実性と柔軟性の適正な均衡が目論まれていることが指摘されている。笠原俊宏「ルイジアナ民法典中の国際私法規定について」東洋法学四三巻一号（一九九九年）九九頁以下参照。

(39) 条文の邦訳は、笠原俊宏「チェコ共和国の国際私法に関する法律（二〇一二年）・邦訳と解説（一）」戸籍時報七八四号（二〇一九年）三八頁参照。

(40) 原則的準拠法の適用が当事者の根拠のある期待に反するとの意味が、最密接関連性の原則に反することであるという解釈は、チェコの研究者による文献においても見られるようである。笠原・前掲（注39）邦訳と解説（五・完）同誌七八九号（二〇一九年）四六頁参照。

(41) 関口晃治「オレゴン不法行為抵触法について」志學館法学一五号（二〇一四年）四六頁参照。

(42) 条文及び解説は、笠原俊宏「ジョージア国の国際私法・邦訳と解説（上）」戸籍時報七六五号（二〇一八年）一一頁参照。

(43) 条文の邦訳は、笠原俊宏「ドイツ国際私法における契約外債務および物権の準拠法」東洋法学四三巻二号（一九九九年）二〇〇頁以下参照。

(44) 笠原・前掲（注43）二〇二頁参照。

(45) 条文及び解説は、笠原俊宏「エストニア共和国国際私法の改正について——新旧法の比較検討——」東洋法学五六巻二号（二〇一三年）一六二頁以下参照。

(46) 条文の邦訳は、笠原・前掲（注18）二三五頁以下参照。

(47) 条文及び解説は、笠原俊宏「トルコ国際私法の改正について」東洋法学五三巻二号（二〇一〇年）二五四頁参照。

(48) 条文及び解説は、笠原俊宏「中華民国国際私法（涉外民事法律適用法）の改正（上）」戸籍時報六五九号（二〇一〇年）六八頁参照。

(49) 黄軻廷『中国国際私法の比較法的研究』（帝塚山大学出版会、二〇一五年）一九二頁以下、笠原俊宏「中華人民共和国の新しい国際私法『涉外民事法律適用法』の解説（一）」戸籍時報六六三号（二〇一〇年）九頁参照。

- (50) 条文及び解説は、笠原俊宏「東ティモール民法典 (二〇一一年) 中の国際私法規定」戸籍時報七九三号 (二〇二〇年) 二四頁参照。
- (51) 条文及び解説は、笠原俊宏「アルバニア共和国国際私法の改正 (二)」戸籍時報七七九号 (二〇一九年) 一九頁参照。
- (52) 条文及び解説は、笠原俊宏「ロシア連邦国際私法の改正 (二〇一三年) の解説 (上)」戸籍時報七二〇号 (二〇一四年) 一九頁参照。
- (53) 条文及び解説は、笠原俊宏「新しいベトナム国際私法・邦訳と解説 (上)」戸籍時報七六二号 (二〇一七年) 五〇頁、同「ウルグアイ東方共和国国際私法の邦訳と解説 (中)」戸籍時報七五五号 (二〇一七年) 二〇頁以下参照。
- (54) 条文の邦訳は、寺井里沙『国際債権契約と回避条項』(信山社、二〇一七年) 二二三頁以下によった。
- (55) 寺井・前掲書一二六頁は、ローマI規則第四条第三項について、複数の独立抵触規定、従属抵触規定によって構成される複合的な抵触規定であるとされるが、卑見の立場からは、同項は、最密接関連性の原則を基盤とする単一の独立抵触規定をもって構成されていると見ることができると思われる。
- (56) 特徴的給付はあくまでも最密接関係地法を推定する手段にすぎないから、特徴的給付を觀念することが困難である場合には、それを無理に認定する必要はなく、「特徴的な給付を当事者の一方のみが行うもの」にはあたらないとして、最密接関係地を判断すれば足りる。神前・前掲書六七頁参照。
- (57) 条文の邦訳は、種村佑介『国際不法行為法の研究』(成文堂、二〇一七年) 二三三頁によった。
- (58) 種村・前掲書二三四頁参照。
- (59) 邦訳は、小池未来『離婚及び法的別居の準拠法の領域における先行統合の実施に関する二〇一〇年十二月二〇日の理事会規則1259/2010』試訳』同志社法学六六卷三号 (二〇一四年) 二三五頁等参照。
- (60) Pauknerova, op. cit., p.80.
- (61) ヤイメ教授によれば、当事者に許された法選択は、ローマIII規則第一〇条の回避条項に加えて、第一二条の公序条項による排除とも合わせて、抽象的及び具体的に、二重に排除されることとなり、更に、排除の事由もヨーロッパ中心主義の制限さ

れたものであるから、第一〇条は法選択の自由の制度に一致するよう制限的に解釈されるべきであり、当事者が当該規定の適用を援用した場合にのみ発動されるべきであるとされる。Erik Jayme, *Kodifikation und Allgemeiner Teil im IPR*, in: Stefan Leible/Hannes Ueberath (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, 2013, S.45.

(62) 訳文については、金子洋一「EU相続規則における相続準拠法の適用範囲について―ドイツ国際私法の観点から―」千葉大学人文社会科学研究所研究プロジェクト報告書第二五三集『日独比較民事法』半田吉信編（二〇一三年）二二二頁以下参照。

(63) 例えば、被相続人が、職業上の理由や経済活動のため、本国から離れてしばしば長期にわたり何れかの他の国で生活したり、働く一方、本国にも密接で安定した関係を保持していたような場合には、家庭生活や社会生活の利害関係の中心があった本国に常居所を有していたものと考えられ、また、被相続人が幾つもの国に代わる代わる生活していて、その何れかの国民であり、そこに主要な財産を有していた場合には、その国籍又は財産の所在が全体的状況の判断における特別な基準となるものと考えられている。Laurent Barnich, *Présentation du règlement successoral européen*, in: Arnaud Nuyts (coordinateur), *Actualités en droit international privé*, 2013, p.12 et suiv.

(64) Paul Lagarde, *Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches- und internationales Privatrecht* 2011, p.673 et suiv.

(65) Pauknerova, op. cit., p.82 et seq.

(66) Oliver Remien, *Engste Verbindung und Ausweichklauseln*, in: Leible/Ueberath (Hrsg.), a. a. O., S.239.

(67) 横山・前掲書九七頁において、「二五条や二〇条の適用上より密接な関係がある他の地を探求する段階において実質的な観点が入り込む余地を否定できない。」ということの趣旨も同様であると思われる。

(68) 種村・前掲書二四二頁参照。

(69) 例え⁶⁸⁾ Pauknerova, op. cit., p.62 et seq.

(70) Pauknerova, op. cit., p.69.

(71) Pauknerova, op. cit., p.64 et seq.

国際私法における例外条項の発動基準について (徐)

(72) 例えば、櫻田・前掲書四四頁以下参照。

(73) ただし、最密接関係地法の決定においては、サヴィニーが唱える法律関係の本拠地法の決定におけるよりも、具体的な事案に関わる状況が考慮されることとなると言えるであろう。なお、サヴィニーの理論については、多喜寛「ドイツ国際私法理論における一つの動向―価値中立的国際私法理論から価値促進的国際私法理論へ―」法政理論一〇巻一号（一九七七年）一五〇頁以下参照。

(74) 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）一四二頁以下、櫻田・前掲書五八頁参照。

(75) 畑場準一「準拠法選定規準としての最密接関連性」澤木敬郎・畑場準一編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、一九九六年）所収、五七頁以下参照。

(76) ノイハウス（桑田訳）・前掲一四四頁参照。

(77) 笠原・前掲書三〇頁参照。

(78) パウル・ハインリッヒ・ノイハウス（櫻田嘉章訳）『国際私法の基礎理論第二版』（成文堂、二〇〇〇年）四六一頁参照。