

国際私法学会

第 129 回(2016 年度)研究大会
プログラム+総会+報告要旨

2016 年 6 月 4 日(土)・5 日(日)
名古屋国際会議場

国際私法学会第129回研究大会のご案内

国際私法学会第129回大会を下記の通り開催し、同時に総会を招集いたします。
ご出席の上、議論・審議に参加して頂ければ幸いです。

国際私法学会
理事長 道垣内正人

日時: 2016年6月4日(土)10:00(受付開始9:30)・5日(日)9:30開始(受付開始9:15)
会場: 名古屋国際会議場 431・432 会議室
住所: 〒456-0036 名古屋市熱田区熱田西町1番1号
地下鉄名城線「西高蔵」2番出口または地下鉄名港線「日比野」1番出口から徒歩5分
(後掲地図参照)

プログラム

(各報告の末尾の数字はこの冊子のページです。)

1日目: 2016年6月4日(土)

10:00-12:10 個別報告(1)・(2)

座長: 中西康(京都大学)

- (1) 加藤紫帆(名古屋大学大学院)「コミティの現代的展開—任意的な法秩序間の協力に関する考察」 ---- 5
(2) 伊藤弘子(名古屋大学)「準拠法たる外国法の内容不明の場合の適用法規」 ----- 7

12:10-13:40 昼食休憩 (434 会議室で理事会)

13:40-17:00 個別報告(3)-(5)

座長: 織田有基子(日本大学)

- (3) 小池未来(同志社大学大学院)「国際家族法における当事者自治」 ----- 8
(4) 北田真理(杏林大学)「ハーグ子奪取条約の制限的解釈のあり方について—その限界と新たな可能性」-10
(休憩)
(5) 北坂尚洋(福岡大学)「離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の国際裁判管轄権」 -----12

17:00-17:50 総会

- 議題: 1. 2015年度事業報告・決算の承認
2. 2016年度事業計画・予算の承認
3. 国際私法学会規約の改正及び関連規則の整備
4. その他

18:00-20:00 懇親会

会場: 名古屋国際会議場 1号館 7階「パステル」

会費: 5,500円(事前割引)、6,000円(当日支払い)

2日目: 2016年6月5日(日)

9:30-11:40 個別報告(6)・(7)

座長: 早川吉尚(立教大学)

- (6) 野間小百合(帝京大学)「インターネットにおける著作権侵害の準拠法について — 本源国法主義の観点から —」 ----- 13
(7) 村上幸隆(弁護士・関西大学)「仲裁手続から執行に到るまでの実務上の問題点～相殺を中心として～」-15

11:40-13:00 昼食休憩

13:00-16:30 シンポジウム:「東アジア国際私法の現状と課題」報告(8)-(11)

コーディネーター・司会:高杉直(同志社大学)

(8) 高杉直(同志社大学)「問題提起」	17
(9) Kwang Hyun SUK (石光現)(School of Law, Seoul National University), “Introduction of Detailed Rules of International Adjudicatory Jurisdiction in Korea: Proposed Amendment of the Private International Law Act”	18
(10) 中国:黄韜霆(帝塚山大学)「中国国際私法の発展と課題」	21
(11) 台湾:何佳芳(東呉大学)「台湾における国際私法の現状と課題」 (討論)	22

- ★ 出欠のご返事は、同封の返信用葉書に所要事項をご記入の上、2016年5月12日(木)までに到着するようにご投函下さい。
- ★ 2016年度学会費(年額5,000円)を同封の郵便振替用紙による郵便振替(加入者名:国際私法学会・口座番号:00870-6-67774)にてお支払い下さい。未納分がある方は、合計額をお支払い下さい。
- ★ やむを得ない場合のみ、みずほ銀行早稲田支店(普通)2279745・国際私法学会への振込みをご利用下さい。なお、通帳に記載されるのがカタカナで冒頭の13文字のみですので、振込者名の冒頭に会員の氏名が表示されるようにして下さい。
- ★ 学会費は、PayPalを経由してクレジットカードで支払うことも可能です。ただし、クレジットカードでの支払いの場合には、手数料を含めて5,150円の支払いとなります。クレジットカードでの支払いを希望される方は、学会事務局(PILAJ-office@list.waseda.jp)まで、ご連絡下さい。折り返し、支払い方法に関するご案内をお送りします。
- ★ 次ページ記載の通り、懇親会費の事前割引をご希望の方は、同封の郵便振替用紙による学会費納入額に5,500円を加えてお支払い下さい。銀行振込みその他の方法をご利用の場合にも同様に5,500円を加えてお支払い下さい。
- ★ 研究大会に関する事項をはじめ、当学会へのご連絡は、emailで下記宛てにご連絡下さい。
PILAJ-office@list.waseda.jp

国際私法学会研究大会設営についてのご協力のお願い

国際私法学会 研究大会設営主任 神前 禎

今回より、国際私法学会を大学外の会場で開催することとなりました。そのため、事前の準備が困難であること、また開催校の学生に手伝いを依頼できないこと、といった事情から、従来ほど行き届いた準備を行うことができません。ご不便をおかけしますが、会員各位のご理解ご協力をお願いできれば幸いです。

- * 立て看板の設置、案内の学生の手配はいたしません。下記の地図を参考にお越し下さい。
- * 懇親会費は、6,000 円ですが、2016 年 5 月 12 日(木)(期限厳守)までに、学会費の納入額に加えて郵便振替または銀行振込にてお支払いいただける場合には、5,500 円といたします。当日の受付の混雑を避けるため、是非この事前割引制度をご利用下さい。期限を過ぎての振替・振込は絶対にお控え下さい。なお、懇親会へのご出席をキャンセルされる場合にも返金は致しかねますのでご了承下さい。
- * これまでのネームプレートに代えて、名刺大の名札を入れることができる名札入れを用意いたします。当日、受付に名札入れを置いておきますので、各自でご自身の名刺、あるいは名札を入れてご利用下さい。お帰りの際は、名札入れのみをご返却下さい。なお、受付近くに、名刺大の紙とペンをご用意いたします。
- * 報告者が当日配布を希望する資料は、受付近くに置いておきますので、各自でお取り下さい。
- * 昼食の弁当の用意は致しません。両日も名古屋国際会議場内のレストラン等をご利用下さい。

◆名古屋国際会議場アクセスマップ

地下鉄名城線「西高蔵」2 番出口または地下鉄名港線「日比野」1 番出口から徒歩5分



研究大会を開催する、431・432 会議室は、4号館の3階にあります。正面玄関から入り、右手のエスカレーターで3階まで上がり、右手奥にお進みください。

コミティの現代的展開—任意的な法秩序間の協力に関する考察
Comity in Modern Times: Study on the Voluntary Cooperation between Legal Orders

名古屋大学大学院博士課程 加藤紫帆

本報告の目的は、近時の法実務および学説上注目される、「コミティ(comity)」¹という考えに基づく任意的な法秩序間の協力という枠組みについて、その意義および機能を考察することである。

抵触法上、コミティは、一般に、自国主権を維持したまま外国法の効力を認めるために、17世紀のオランダ学派により提唱された外国法の適用理論として説明される²。また、同概念を継受した英米とりわけアメリカ抵触法上、コミティは、外国法の適用理論という位置付けを越え、様々な文脈において重要な役割を果たしてきた³。しかし、英米学説上、コミティは、その裁量的・主権的性質ゆえに激しい批判を浴び⁴、現在では、コミティを外国法適用の理論的基礎と考える見解は一般に放棄されたと評価できる⁵。翻って、サヴィニーの抵触法理論の影響を受けた大陸法系諸国においては、抵触法は非政治的で代替可能な私法の適用問題を扱う分野であると把握されたため⁶、抵触法上、他国主権に対する礼譲と解されるコミティに対してはほとんど何らの関心も向けられてこなかった⁷。例えば、我が国学説上、外国法適用に関する英米抵触法上のコミティの位置付けを採った折茂豊教授は、英米抵触法におけるコミティは「国際私法の國內法的性格を宣明したものにはかならない」⁸と結論付けており、また、より近時アメリカにおけるコミティについて論じた石黒一憲教授は、以下のようにコミティを批判する。すなわち、「コミティは、単に英米法系諸国の中でもアメリカで肥大化した概念」であり、「その極度の政治性と司法裁量の濫用…的側面からして、到底我国において使用可能な概念とは思われず」⁹、「不必要な中間概念として、法理論上は明確に…拒絶すべきである」¹⁰とするのである。

しかしながら、以上述べたような英米におけるコミティへの批判や大陸法系諸国におけるコミティへの無関心にもかかわらず、近時の法実務および学説上コミティが活発に議論されており注目される。例えば法実務上は、国境を越えた訴訟における証拠収集のための司法共助や各国競争法の執行に関する当局間協力といった問題について、また、学説上は、英米法系諸国のみならず大陸法系諸国においても¹¹、国際的な破産紛争手続における裁判所間の直接的な対話や外国の公法・強行的適用法規の適用といった問題について、コミティ概念に注目が集まっている。そこでは、本報告で詳しく見るように、条約上の明確な義務が存在しない場合であっても、相互主義的な考慮に基づき、法秩序間において任意的ないし自発的な協力を行うという新たな現象が注目を集めていることが分かる。この任意的な協力という分析枠組みは、従来、抵触法上、必ずしも十分に研究されてこなかったものであり、とりわけこれらの近時の議論がグローバル化の影響のもとで活発化していることを踏まえれば、同様の社会構造の変化に直面する我が国抵触法上も、研究する意義があるといえる。

以上の背景から、本報告では、コミティという概念の下で法実務および学説上議論される任意的な法秩序間の協力という枠組みについて検討することとした。当日の報告では、まず、コミティが批判されてきた文脈を確認するために、抵触法におけるコミティの歴史的な位置付けを簡単に概観する(Ⅱ)。次に、コミティに関する法実務および学説上の近時の議論を整理・分析し、積極的な意味合いを有する相互主義に基づき、一定の政策的考慮の余地を認める任意的な法秩序間の協力という枠組みとして、コミティが注目を集めていることを明らかにする(Ⅲ)。最後に、以上の考察に基づき、任意的な法秩序間の協力を行うべき主体およびその対象について検討した上で、任意的な協力という観点から近時発展がみられる、文化財に関する外国の取引規制法規に反して当該外国から盗取され又は不法に輸出された文化財の返還問題を例に挙げつつ¹²、任意的な法秩序間の協力という分析枠組の意義および機能とその限界を示すこととしたい(Ⅳ)。

[参考文献(文末注で挙げたものを除く)]

- E. D'Alterio, From Judicial Comity to Legal Comity: A Judicial Solution to Global Disorder? 9 Int'l J. Const. L. 394 (2011)
- J. Guillaumé, L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé (L.G.D.J., 2011)
- P. Lagarde, La réciprocité en droit international privé, 154 Recueil des cours 105 (1977)
- M. Meijers, L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen age: spécialement dans l'Europe occidentale, 49 Recueil des cours 547 (1934 III)
- J. R. Paul, Comity in International Law, 32 Harv. Int'l L. J. 1 (1991)
- A.-M. Slaughter, A New World Order (Princeton University Press, 2004)
- A. Watson, Joseph Story and The Comity of Errors (University of Georgia Press, 1992)
- H. E. Yntema, The Comity Doctrine, 65 Mich. L. Rev. 9 (1966)

[注]

1. 我が国では、通常「礼讓」と訳される。例えば、跡部定次郎『国際私法論上巻』(弘文堂、1925)147頁参照。
2. いわゆるオランダ学派における *comitas* については、舛場準『ウルリクス・フベルス「法抵触論」註解』(尚学社、1996)39-84頁参照。
3. See, W.S. Dodge, *International Comity in American Law*, 115 *Col. L. Rev.* 2071 (2015).
4. A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws* (Stevens: Sweet & Maxwell, 2nd ed., 1908), p. 10.
5. See, Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law* (Oxford, 14th ed., 2008), p. 5.
6. See, e.g., R. Michaels, *Public and Private International Law: German Views on Global Issue*, 4 *Journal of Private International Law* 121 (2008), pp. 126-128.
7. なお、我が国裁判例上「国際礼讓」に言及する裁判例として、イランの国有化法の我が国での効力に関する、東京高裁昭和28年9月11日判決がある。
8. 折茂豊「国際禮讓の理論—特に英米國際私法に於けるそれについて—」*法學*10巻12号(1941)1203頁、1219-1220頁。
9. 石黒一憲「コミティ批判」*法曹時報*44巻8号(1992)1425頁、1434頁。
10. 同上1442頁。
11. See, e.g., T. Schultz et D. Holloway, *Retour sur la comity*, 138 *Journal du droit international* 865 (2011); *id.*, 139 *Journal du droit international* 571 (2012); A. Briggs, *The Principle of Comity in Private International Law*, 354 *Recueil des cours* 65 (2012); Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws* (15th ed., 2012), Vol.1, paras1-008-017; R. Wai, *Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation through Plural Legal Regimes*, in Ch. Joerges and E-U. Petersmann (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law* (Hart Publishing, 2011), pp. 229-262; D.E. Childress III, *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*, 44 *U. Cal. Davis. Rev.* 1 (2010); J.R. Paul, *Transformation of International Comity*, 71 *Law & Contemp. Probs.* 19 (2008); P. Späth, *Zum gegenwärtigen Stand der Doctrine of Comity im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika*, 2 *IPRax* 184 (2006); L. Collins, *The United States Supreme Court and the Principles of Comity: Evidence in Transnational Litigation*, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 8 (2006), p. 53; *id.*, *Comity in Modern Private International Law*, in J. Fawcett (ed.), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North* (Oxford, 2002), p. 89.
12. See, e.g., K. Siehr, *Private International law and the difficult problem to return illegally exported cultural property*, 20 *Unif. L. Rev.* 503 (2015). 文化財保護に関する邦語文献として、河野俊行「文化財の国際的保護と国際取引規制」*国際法外交雑誌*91巻6号(1993)685頁。

準拠法たる外国法の内容不明の場合の適用法規

Application of the Unknown Foreign Law

名古屋大学 伊藤 弘子

外国法の適用問題は、本来は民事訴訟法上の問題であるが、国際私法により指定された準拠法を適用し、各々の事件を解決するためには、外国法の内容の特定は必須であるから、この問題を広義の国際私法と位置づけることができる。本報告では、民事訴訟手続における外国法適用の諸問題のうち、準拠法として指定された外国法の内容が不明の場合の処理について、インド、パキスタンおよびバングラデシュの家族法を例として検討する。旧インド帝国から独立し、多くの共通要素を有する三国の家族法の異同を示すことにより、外国法の内容の正確な把握の困難さと裁判所の職権探知の限界を明らかにしたうえで、条理説、近似法説、法廷地法説および補充的連結説等の妥当性について考察するが、本報告では近時の多数説である近似法説に特に焦点をあてて検討するものとする。

準拠法として適用される外国法は事実とすべきか、あるいは法律と把握すべきかについての問題は、誰に外国法内容の証明責任を課すか、そして外国法違反は上告理由と認められるかの問題との関係で論じられることが多かった。外国法法律説が通説とされているが、内国法の適用をする上での「裁判所は法を知る」の原理をそのまま外国法の適用に持ち込むべきではないと考えられている。現実には訴訟にあたる裁判官には、熟知している内国法と異なり、外国法の内容の正確な把握につき大きな負担を課すことになり、また法調査には時間と費用がかかるものであるから、内国法適用の問題とは別個固有の問題として外国法適用の問題を考えるべきとされるからである。ここから通説では、外国法の内容の特定にあたって判断の基礎となる資料の認識(事実認定)について、裁判所に職権探知義務があるが、その義務は裁判所に可能な範囲、相当程度の努力で足りるとされ、内容の特定に至らなかった場合には、外国法不明として処理することとされている。

外国法の内容が不明な場合とは、準拠法が確定したにも関わらず、その内容が明確でない場合であり、外国法の欠缺とは異なる。外国法の欠缺とは、十分な基礎資料が収集されたにも関わらず、当該事件の解決に必要な規定や判例が存在していない場合を言う。内国法と準拠法たる外国法秩序の間に、法前提や法概念上の差異があり、日本の国際私法が予定している法規が存在していない場合も想定しうるが、このような状況が判明あるいは確信されるためには、当該外国の法秩序のかなりの領域についての包括的な理解が必要であると考えられる。

外国法の内容が不明な場合の処理について、①請求棄却説、②条理説、③近似法説、④法廷地法説、および⑤補充的連結説がある。このうち、①請求棄却説は、準拠法たる外国法の内容が不明である場合には、原告の請求を棄却するという立場であり、国際私法学者の多く、そして近年の判例では採用されていない。②から⑤については、なんらかの根拠に基づいて、当該外国法の内容を導き、適用することによって法律問題の解決に至らしめようとするものである。

本報告では、南アジア三国の家族法を用い、既存の日本の判例における判決および想定しうる事例に基づいてこれらの学説の妥当性を考察しようとするものである。インド、パキスタンおよびバングラデシュの三カ国を選ぶ理由は、典型的な不統一法域であり法律情報の収集と内容の把握が困難であること、そしてこれら三国の法の間には近似性が強いと一般的に考えられることにある。例えば準拠法所属国としてパキスタンが指定されたが、その内容の特定に至らない場合に、比較的成文法の存在と内容が知られたインドの法律情報を元に法律判断をすることもあり得よう。これらの諸国は、いずれも旧インド帝国としてイングランド法の移植を受け、同一名称の移植型成文法と、植民地支配以前に確立していた固有法を共有している。しかし、第二次世界大戦後の二回に渡る分離の後には、三国が独自の法改正・整備を進めているため、同一名称の移植型成文法の存在が窺われても、その内容が同一であるとは限らない。固有法についても同様で、各国が成文化化、法改正や解釈をしている。外国法の内容不明の事例は、従来日本での法律情報の蓄積があまり進んでこなかった発展途上国および体制移行国に関して生じることが多い。これらの諸国では、婚姻・離婚・親子・扶養・相続等の家族関係に関わる法制度につき多元性が見られ、民法典のような統一私法が存する場合でもその適用が留保される少数民族・マイリティがいる場合が少なくない。また折々の政治的な状況の変化やクーデター等で法制度の発展上の揺れが生じたり、いわゆる法律の現代化が滞る場合もある。

典型的な人的不統一法域とされるインド、パキスタンおよびバングラデシュ各国の家族法の多元性と異同を紹介し「近似法」の適用上の問題を示すことにより、外国法の内容不明の場合の処理をどのようにすべきかを検討すると共に、外国法調査の困難さと法律情報の集積の重要性を訴えることが、本報告の主たる目的である。

国際家族法における当事者自治
Party Autonomy in International Family and Succession Law

同志社大学大学院博士後期課程 小池 未来

1. はじめに

契約についてはすでに原則となっている当事者自治が、最近では家族法領域に広がりを見せている。当事者による準拠法選択を認める規定を含むものとして、ハーグ国際私法会議においては、夫婦財産制、相続、扶養義務の準拠法に関する条約及び議定書が採択されている。欧州連合では、ローマⅢ規則及び相続規則が施行され、夫婦財産制規則提案が審議されている。そのほか、特にヨーロッパにおいて、家族関係について当事者自治を認めている国内立法もある。

同時に、家族法領域において当事者自治を認める根拠についての議論も活発になっている。最近では、ドイツを中心に、当事者自治を自然権又は憲法・EU法上の権利としての人權(ないし自己決定権)から根拠づけ、「原則」と位置づける見解が有力に主張されている。もっとも、このような権利が自然権として又は我が国実定法上認められるというためには、綿密な研究が要される。また、当事者自治が国際私法規則全体の「原則」であるとするならば、当事者自治の制限又は否定には正当化が必要となる。

本報告では、法律関係に最も密接な関連を有する法の適用が国際私法規則の原則であることを前提として、まず、現代における当事者自治の拡大の流れにおいてもそれが否定されている単位法律関係についてその理由を探り、次に、最密接関連原則の例外として当事者自治を肯定する根拠を確認し、最後に若干の検討を加えたい。

2. 当事者自治の否定根拠

ある単位法律関係において当事者自治を認める余地が全くないという場合がありうる。その根拠としては、(1)子の保護と(2)秩序維持が挙げられる。

(1) 子の保護

親子関係の規律においては、子の保護が最も重視される。通則法においては、婚姻関係とは異なり、親子関係の成立には選択的連結やセーフガード条項が採用され、また、親子間の法律関係には子を基準とした連結点が定められているなど、政策的考慮が加えられている。また、扶養義務について、扶養義務の準拠法に関するハーグ議定書は、当事者自治を許容しているが、18歳未満の子の扶養義務については除外している(同議定書8条)。ここでは、子が通常親により代理されることが懸念されている。

(2) 秩序維持

婚姻の実質的成立要件については、当事者に準拠法選択を認める国家は見当たらない。また、婚姻の身分的効力については、当事者自治を認めているのはごく少数にすぎない。これらの単位法律関係は、どのような関係性に社会的地位を認め、法的に保護するかという国家の身分法秩序にかかわる問題である。このことは、最密接関連原則の正当性を堅固にしておき、当事者自治が許される余地をなくしている。

それに対して、実質法上、当事者による処分が認められている単位法律関係については、最密接関連原則を固守する正当性が減少しており、当事者自治の余地が残されていると考えられる。実際、現代においては、実質法における制度の強行性の緩和に従い、当事者自治が一定の広がりを見せている。

3. 当事者自治の肯定根拠

2.の考慮があてはまらない単位法律関係には、当事者自治を認める余地があると考えられる。最密接関連原則を前提として、これらの単位法律関係につき当事者自治を肯定すべき根拠はあるだろうか。

(1) 法性決定及び適応問題の回避

とりわけ夫婦間の財産関係については、各単位法律関係が相互に関連している一方で、その切り分けが各国において異なっている。そこから、法性決定の問題が生じる。さらに、実際に問題となる場面では困難な適応問題を生じさせる。まず、婚姻中においては、夫婦財産制と扶養が関係する。そして、夫婦関係が終了する場面は二つに分けられるが、第一に、離婚の場面では、離婚に加えて、夫婦財産制及び扶養が関係し、第二に、夫婦の一方の死亡の場面では、相続、遺言、夫婦財産制及び扶養が関係する。前者においては、離婚に伴う慰謝料請求、夫婦財産の帰属、財産分与、離婚後の扶養に関して適応問題が生じうる。後者については、夫婦財産制の解消と相続が異なる法に連結されることがありうる。

個別報告(3) 小池未来「国際家族法における当事者自治」

裁判所にとって過大な負担を強いることになるこのような法性決定及び適応問題を回避するためには、当事者自治が有用であると思われる。このような観点からは、複数の単位法律関係について一致した準拠法選択が認められる。

(2) 当事者の予見可能性及び法的安定性

当事者の予見可能性及び法的安定性は、客観的連結においても重視されている点である。当事者が準拠法を指定することにより、予見可能性及び法的安定性が高められることになる。

前述のように、夫婦の財産関係にかかわる単位法律関係は相互に関連している。そのため、まずある問題がいずれの単位法律関係に含まれるかが不明確である。また、国際私法規則の適用により選択される実質法の内容によっては、適応問題が生じうる。そのため、結局夫婦にとっては、問題がどのように解決されるかを予見することはきわめて困難となる。さらに、いずれの単位法律関係についても(夫婦財産制については準拠法を指定した場合を除いて)、紛争が生じるまでは準拠法が確定しない。それゆえ、夫婦の財産計画や相続計画は作成したとしても実現されるかどうか不明瞭となり、不都合が生じる。

このような問題が回避できることは、当事者にとって大きな利点であり、実効的な将来設計を可能にする。

(3) 訴訟経済

訴訟経済の観点からみると、裁判所にとっては、法廷地法の適用が手続コストを最小限にすることができる。外国法を適用しなければならぬとすれば、内容の調査に際し、時間的にも金銭的にも莫大なコストが生じる。この点においては、法廷地法の選択を認めることにより、裁判所の負担が軽減される。

4. 検討

最も密接な関連を有する法への客観的連結を原則としたとしても、一定の場合においては、当該原則に固執する正当性が減少しており、当事者自治の余地を見つけることができる。その場合において、どのような根拠で当事者自治を正当化することができるだろうか。

3. で挙げた根拠を検討した上で、量的制限の正当性、方式要件及び合意のコントロール、法律関係に関与する第三者の保護について考慮を加えたい。

【参考文献】

- ・折茂豊『当事者自治の原則』(創文社、1970年)。
- ・木棚照一「国際家族法における本国法主義の変遷と当事者自治の原則の導入」中川淳先生傘寿記念論集『家族法の理論と実務』(日本加除出版、2011年)1～33頁。
- ・同「サヴィニーの法律関係の本拠説とその継受の特徴——当事者意思の位置づけに関連して——」『名古屋学院大学法学部開設記念論文集』(名古屋学院大学法学部、2014年)85～127頁。
- ・同「国際私法における当事者意思の位置づけについて——サヴィニーの法律関係の本拠説から現代国際私法理論への展開」国際私法年報16号(2014年)175～205頁。
- ・中野俊一郎「当事者自治原則の正当化根拠」立命館法学339＝340号(2011年)2629～2655頁。
- ・同「国際親族・相続法における当事者自治の原則」神戸法学雑誌65巻2号(2015年)1～54頁。
- ・Jürgen Basedow, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 75 (2011), SS. 32-59.
- ・Nina Dethloff, Denn sie wissen nicht, was sie tun - Parteiautonomie im Internationalen Familienrecht, in: Witzleb/Ellger/Mankowski/Merkt/Remien [Hrsg], Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag (2014), SS. 41-65.
- ・Erik Jayme, Party autonomy in international family and succession law: new tendencies, 11 *Yb. Priv. Int. L.* 1-10 (2009).
- ・Cristian Kohler, L' autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes, *La Haye*, 2013 (Livres de poche de l' Academie de droit international de la Haye [19]).
- ・Katharin Kroll-Ludwigs, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, 2013.
- ・Stefan Leible, Parteiautonomie im IPR - Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: Mansel/Pfeiffer/Kohler/Kronke/Hausmann [Hrsg], Festschrift für Erik Jayme, Band I (2004), SS. 485-503.
- ・Toni Marzal Yetano, The constitutionalisation of party autonomy in European family law, 6(1) *J. Priv. Int. L.* 155-193 (2010).

ハーグ子奪取条約の制限的解釈のあり方について—その限界と新たな可能性
The Restrictive Approach of the Hague Child Abduction Convention- Its limits and potential

杏林大学 北田真理

「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する1980年10月25日の条約(以下、「ハーグ条約」という。)」は、国際結婚・離婚の増加により生じる国際的な子の連れ去り及び留置から子を保護するため、迅速な解決と連れ去りの抑止を目的とした返還手続を定める。我が国では、同条約の国内実施法(「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」平成25年法律第48号)が2013年6月12日に成立し、2014年4月1日に施行され、同条約が発効した。

ハーグ条約は、おおよその子にとっての適切な管轄地である連れ去り前の常居所地国に子を迅速に返還し(summary return)、そこで監護に関する本案の判断が速やかに行われることを想定する。なぜなら、連れ去り前に子が暮らしていた国に子を返還することは、通常、子の利益に適うものであり、本案に関する証拠もその地に集約されているからである。このため、返還手続では、本案の内容と重なる判断が禁じられている(16条、19条)。また、常居所地国への返還が徹底されれば連れ去り損となるため、論理的には、連れ去り行為自体が減少する。返還手続では、このような抑止効果を重視して、子一般にとって利益となる常居所地国への迅速返還を原則とする。

しかし、複雑な事情を抱える一部の子にとっては、必ずしもそこがベストな管轄地とは限らない。返還によって子の利益が損なわれるならば、子を返還すべきではない。ハーグ条約は、複数の返還拒否事由(12・13・20条)を定め、それらに該当する場合に返還拒否命令を下し、連れ去り国に子を留め置くことを許容する。しかし、迅速返還を原則とする条約の構造上、返還拒否事由は極めて制限的に解され、子に関する調査も限定的となる。条約は、その意味で、返還拒否事由に該当し得る一部の子の「個別具体的な子の最善の利益(best interests of the individual children)」を犠牲にし、「一般的な子の最善の利益(best interests of children generally)」を優先する構造であると言われている。

ところで、子の連れ去りといえば、離婚により親権を奪われた父親が母親から子を奪い去る図が想像されよう。ところが、近年、返還手続において、夫からのドメスティック・バイオレンス等が原因となり、経済的、精神的に不安定になったおもな養育親(primary carer, primary caretaker)である母親が、実家のある母国に子を連れて帰国する「子連れ里帰り」事案が増加した。国内法の改正により離婚後も監護権を持つようになった父親が、監護権侵害を主張し、ハーグ条約に基づく子の返還を求めるようになったのである。しかし、連れ去り国で行われる返還手続で母親が返還拒否を認めてもらうためには、条約の定める返還拒否事由の証明に成功しなければならない。その中で最も多く用いられるのが、「重大な危険」(13条1項b号)の抗弁である。同条項は、我が国の条約実施法28条1項4号に当たる。「常居所地国に子を返還することによって、子の心身に害悪を及ぼすことその他子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること」が認められた場合には、「子の返還を命じてはならない」と規定されている。ここでいう「危険」は、現実のものでなければならず、憶測に基づいた将来に起こり得る危険では不十分とされている。この危険を裁判官がどう評価するかにより結論が分かれる部分ではあるが、欧州諸国では、ハーグ条約の枠組みが損なわれることのないよう同条項を制限的に解釈する傾向が強められていった。しかし、返還拒否が認められず国内での救済が尽きた母親は、「重大な危険」の判断において子の最善の利益が軽視されることに疑問を呈して欧州人権裁判所に救いを求めていった。こうして、一部の締約国で下された返還命令が欧州人権条約8条(家族生活が尊重される権利)の適合性審査の対象となっていたのである。

そのような中、欧州人権裁判所の大法廷において、ノイリンガー対スイス事件判決(以下、「ノイリンガー事件判決」という。)が下された。同判決は、ユダヤ教過激派の活動に没頭する父親から逃れるため母親がその母国であるスイスに子を連れ帰った子連れ里帰り事案である。大法廷は、連れ去りから5年が経過した本件でスイス連邦裁判所が下した返還命令が執行された場合には、母子の「家族生活が尊重される権利」に対する侵害があるため8条違反があると判断した。その中で、大法廷は、「重大な危険」の判断において、子の最善の利益の最重要性を強調し、子と家族全体の状況に関する「踏み込んだ調査(in-depth examination)」を国内裁判所の義務として一般原則の中に明示した。これは、返還手続において、条約が禁じる監護に関する本案の判断に踏み込むよう国内裁判所に示唆するものも捉えることができる。このため、欧州人権裁判所がハーグ条約を誤解し、返還手続における国際私法の視点を失ってしまったとの批判がなされた。

欧州人権裁判所は欧州人権条約に基づき国内裁判所の判決を監督する役割を持つ。その判断は、被告国への拘束力はもちろんのこと、欧州全土に絶大な影響力がある。ましてや大法廷判決となると、その重みは一層のものとなる。このため、13条1項b号を制限的に解する小法廷のモームソー対フランス事件判決(以下、「モームソー事件判決」とい

う。)との整合性が問題となった。一部の締約国においては、返還拒否事由の調査方法を含め、返還ありきの制限的アプローチのあり方について、大論争が繰り広げられたのである。

特に、条約厳守国である英国では、2つの最高裁判決(E事件判決、S事件判決)を通じて、従来の制限的解釈に若干の軌道修正が行われた。従来、英国の返還手続では、常居所地国への迅速返還により一般的な子の利益が実現されることが条約の目的とされていた。しかし、ノイリンガー事件判決を受け、最高裁は、一般的な子の利益だけでなく個別具体的な子の利益の実現も条約の目的であると明言した。ただし、そこで行われる調査は、家裁で行われる子に関する包括的調査を想起させる「踏み込んだ調査」ではなく、返還要件のみを「適切に注意深く決定する」ものであるとされた。個別具体的な子の利益に配慮するとしても、迅速返還の原則を貫き、本案の判断に踏み込むことのない制限的アプローチを維持しようとしたのである。

このほか、最高裁は、従来の「重大な危険」の解釈において、「条約を台無しにする余計なもの」が考慮されてきた経緯に着目した。同条項は「解釈」されてはならず、単純に「適用」すべきことが強調された点は注目に値する。連れ去り親への倫理的非難を前提とした評価(モラル・コンダクト・アプローチ)を「重大な危険」の判断から排除する事実認定の方法など、同条項の解釈・適用に関する様々な工夫が、個別具体的な子の最善の利益の実現のために展開されている。本報告では、これらの英国の洗練されたアプローチを欧州人権裁判所の3判決と比較しつつ検討を行っていく。

英国の2つの最高裁判決の後、ノイリンガー事件判決をめぐる大論争が欧州人権裁判所の大法廷で再び取り上げられることとなった。X対ラトビア事件判決(以下、「X事件判決」という。)は、「踏み込んだ調査」に代わる「効果的な調査」が行われるべきであると述べ、一見、ノイリンガー事件判決を否定したかのようにも捉えることができる。しかし、従来の制限的解釈の下で軽視され続けてきた返還命令による母子分離に関する子の心理鑑定書を重視した点や国内裁判所に子に関する追加的な調査を求めた点では、従来の制限的解釈とは明らかに異なり、子の利益に多くの配慮を行っている。「効果的な調査」とは一体何なのか。ノイリンガー事件判決後の一連の論争は、大法廷の2度目の判断をしても、いまだ収束には至らなかったものと思われる。

以上のように、ハーグ条約の制限的解釈は、欧州人権条約8条と児童の権利条約との整合性をめぐり混乱状態にある。条約起草時には想定されていなかった子連れ里帰り事案の増加やドメスティック・バイオレンス等の関わる高葛藤事案に焦点が当たる昨今、従来の制限的解釈は、そのあり方を問われる時期にあることは明らかである。X事件判決以降の動向も紹介しつつ、制限的解釈の今後のあり方について検討を行っていく。

【関連論文】

- ・ 拙稿「ハーグ子の奪取条約に基づく返還命令における『重大な危険』の評価と子の最善の利益—欧州人権裁判所ノイリンガー(Neulinger)事件大法廷判決の意義とその後の動向—」早稲田大学大学院法研論集 144号(2012年)27—54頁
- ・ 拙稿「ハーグ子の奪取条約13条1項b号『重大な危険』の新たなアプローチ—英国E事件最高裁判決による提言を中心として—」早稲田大学大学院法研論集 147号(2013年)91—117頁
- ・ 拙稿「ハーグ子の奪取条約『重大な危険』に基づく返還の例外と子の最善の利益—欧州人権裁判所による13条1項b号の制限的アプローチに関する新たな示唆—」民事研修 684号(2014年)2—13頁
- ・ 拙稿「ハーグ子の奪取条約が英国の国内手続に与えた影響—J事件貴族院判決による提言を中心として—」民事研修 689号(2014年)2—14頁
- ・ 拙稿「ハーグ子の奪取条約『重大な危険』に基づく返還の例外と子の最善の利益—ノイリンガー論争の行方—」家族<社会と法>31号(2015年)116-128頁

離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の国際裁判管轄権

International Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility on Occasion of the Divorce Proceeding

福岡大学法学部 北坂尚洋

離婚の訴えにおいて離婚が認容されるとともに、①親権者指定、②監護者指定や子の養育費に関する決定がなされることも多い。①について、日本法では、夫婦間に未成年の子がいる場合、家庭裁判所は、当事者の申立てがなくても職権で、離婚の訴えを認容すると同時に、夫婦(父母)の一方をその子の親権者として指定しなければならない(民法819条2項、人事訴訟法32条3項)。多かれ少なかれ時間を要する訴訟によって婚姻の解消が行われた後に、さらに別途親権者指定の処分を求めなければならないとすると、子の生活を含む生活の安定が得られないので、法政策的な観点から、離婚訴訟等の手続の中で同時に裁判すべきものとされていると説明されている(松本博之『人事訴訟法[第3版]』331頁)。同様に、②について、日本法では、家庭裁判所は、当事者の申立てにより、離婚の訴えを認容すると同時に、子の監護に関する処分として裁判する(人事訴訟法32条1項)。婚姻解消後も、この処分事項について、当事者間で協議をしたり、家庭裁判所に審判の申立てを行い、家事審判手続によって具体的な処分内容が決まるものとするれば、婚姻解消に伴う身分的又は財産的な効果の決定が遅くなり、当事者の身分関係の不安定が続くことになる。この処分の判断対象が離婚原因等の審理判断ともある程度密接な関係にあり、争点や証拠収集においても共通する部分があることに鑑みると、離婚の訴えと同時にこの処分に関する申立てをすることを許し、同時に審理すること可能にすることが当事者の便宜に適い、訴訟経済にも資すると説明されている(松本・前掲329頁)。

では、国際的な離婚事件の国際裁判管轄権(以下では、「管轄権」という)の有無の判断でも、これと同様に考えることができるか。本報告は、このうち、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権を中心に検討するものである。

これまで日本では、国際家事事件(人事訴訟事件及び家事審判事件)の管轄権の問題は、明文規定がないことを前提に議論されることが多かった。すなわち、成年後見開始の審判や失踪宣告についての国際裁判管轄規定が法の適用に関する通則法の4条及び5条にあることを除くと、どのような場合に日本が国際家事事件について管轄権を有するかについて定める規定はないことを前提に、多くの解釈論が展開されてきた。そのうち、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権を日本がどのような場合に有するかについては、見解が分かれている。すなわち、裁判実務は、離婚の訴えについて日本が管轄権を有せば、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判についても日本は管轄権を有することになるといわれているが、子が日本に居住していることのみを挙げて、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判についての日本の管轄権を肯定した裁判例(新潟家新発田支判平20・7・18消費者法ニュース78号254頁)等もある。他方で、学説では、子の住所地・常居所地が日本にあれば、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判について日本は管轄権を有することになるとの考えが主張されている一方で、離婚の訴えについて日本が管轄権を有せば、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判についても日本は管轄権を有することになるとの考えも有力に主張されている。また、現在、国際家事事件の国際裁判管轄規定等を定める法律案(「人事訴訟法等の一部を改正する法律案」)が国会に提出されている(平成28年2月26日受理)が、そのための審議を行った法制審議会国際裁判管轄法制(人事訴訟事件及び家事事件関係)部会でも、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権を日本がどのような場合に有するかについては、見解が分かれた。

本報告では、「日本人夫婦が夫婦間の日本人子と日本に住んでいた。しかし、夫婦は別居し、妻は子と甲国に1年前から移り住み甲国に住所を有するようになった。夫は日本に住所を有するままであり、夫は離婚と親権者指定を求めて日本の裁判所に訴えを提起しようと考えている。」という設例を念頭において、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権について検討してみる。具体的には、(1)離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権に関するこれまでの裁判例・学説、(2)法制審議会国際裁判管轄法制(人事訴訟事件及び家事事件関係)部会での議論を含めた立法案、(3)スイス国際私法、アメリカ合衆国の「子の監護の管轄及び執行に関する統一法」(UCCJEA)、「親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約」(1996年ハーグ条約)、「婚姻事件及び親責任事件の管轄権及び判決の承認・執行に関する規則」(ブリュッセルIIa規則)の関連規定を踏まえて、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権についての私見、及び、現在国会に提出されている法律案の解釈についての私見を述べてみる。さらに、関連するその他の問題として、離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判において問題となり得る民法819条2項の解釈や、離婚の訴えに伴う監護者指定や子の養育費に関する裁判の管轄権についても言及してみたいと考えている。

インターネットにおける著作権侵害の準拠法について

— 本源国法主義の観点から —

On the applicable law to the copyright infringement on the Internet

- From the standpoint of the principle of law of the country of origin -

帝京大学法学部助教 野間小百合

1.はじめに

通信技術の発達により世界規模での通信ネットワークを通じた情報の送信・伝達が行われ経済的な交流のみならず私人間における交流も一層グローバルなものとなっている。このような時代にあつて、ある者の知的創作によって作成された著作物が他の者によってインターネットを介して侵害されるといった問題が深刻になり、その準拠法の決定に関して議論が過熱している。インターネットにおける著作権侵害の準拠法については、著作権に関する「世界知的所有権機関条約」である WIPO 著作権条約の第 3 条が「締約国は、この条約に規定する保護に関し、ベルヌ条約第 2 条から第 6 条までの規定を準用しなければならない。」と規定し、「文学及び美術的著作物の保護に関する条約」であるベルヌ条約の第 2 条ないし第 6 条を準用している関係で、WIPO 著作権条約がインターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関する抵触法規定を含むかどうかということは、取りも直さず、ベルヌ条約の規定が著作権侵害の準拠法の決定に関する抵触法規定を含むかどうかという問題に還元される。なお、インターネットにおける著作権侵害において重要な権利である送信可能化権および公衆送信権は、WIPO 著作権条約の第 8 条に規定があり、これに関する国内の著作権法の規定も我が国が WIPO 著作権条約を批准した関係から国内法を改正しており、やはり国内法の著作権の規定の第 23 条に公衆送信権、送信可能化権が規定されている。また、公衆への伝達権という表現の中に公衆送信権と送信可能化権が含まれている。

例えば、A 国人 X (著作権者) が A 国で最初にデータを A 国のサーバー甲にアップロードした。そのデータを、日本で日本人 Y (利用行為者) が無断でダウンロードし、Y の PC 上に蓄積した。さらに、それを Y が日本のサーバー乙にアップロードし送信可能な状態においた。続いて B 国人 Z が、①これを日本で受信しダウンロードし、あるいは、②B 国で受信しダウンロードしたとしよう。まず、Y によるダウンロード行為については複製権侵害が、次に、Y が送信可能な状態に置いた行為については、Y による X の送信可能化権の侵害が、Y による送信行為については、Y による X の公衆送信権の侵害が、さらに、Z による日本でのダウンロード行為、B 国でのダウンロード行為については、Z による X の複製権の侵害が問題となる。このような場合に、各々の侵害行為について、いずれの国の法を適用して問題の解決に当たるのが法的に妥当であろうか。インターネットの急速な普及に伴い、時や場所を問わず、瞬時に情報の送受信が行える時代に生きる我々にとって、その情報の保護の重要性は益々必須の課題となっている。本報告においては、特に、日本における議論を整理・検討し私見を提示したい。

2.判例及び学説 (法例・法適用通則法)

まず、判例の見解は、準拠法決定にあたって、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別している。著作権侵害に基づく差止請求に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして通説の見解と同様にベルヌ条約 5 条 2 項 3 文を根拠に保護国法によるとする。この点、保護国の内容を法廷地国であると解し法廷地国法を適用している。これに対して、著作権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、ベルヌ条約が抵触法を含んでいないとして、法廷地国際私法によるとし、不法行為準拠法を適用するものであると解される。

次に、学説の見解は、当面の問題に関して、ベルヌ条約が抵触法規定を含むか否かで大きく二つに分類される。ベルヌ条約は保護国法によるという抵触法規定を含むとする保護国法主義が通説である。そして、主な学説の見解としては、まず、保護国をどう解釈するかに関して、発信国法主義と受信国法主義とが対立している。一方で、発信国法主義は、利用行為者の法的予測可能性を保証するために、利用行為者がデータを発信した地の法を適用する。この見解のメリットとしては発信地が必ず一つに定まるという点である。しかし、ここで問題となるのが、相手国が非同盟国であった場合にコピーライトヘブンの問題が生じることである。他方で、通説である受信国法主義は、利用行為者がデータを受信した地の法を適用するというものである。この場合には、上であげたような発信国法主義のようにコピーライトヘブンの問題は受信国の法を適用するため発生しないが、受信国が複数存在しその特定が困難であるという問題が生じる。次に、準拠法決定にあたって、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、一方で、差止請求については、ベルヌ条約が抵触法規定を含み保護国法により、保護国の内容を権利付与国であると、他方、損害賠償請求に

については、発信国法、受信国法がどのような構成を採用しているかに応じてそれぞれの国の法で判断され、侵害の成立が関係する複数の国で成立する可能性があるとする見解がある。さらに、保護国の内容は原則として発信国であるが、発信国法主義を採用してコピーライトヘブンを発生するような場合には受信国法を適用する見解がある。また、ベルヌ条約は保護国法主義を採用しているが、その内容は示していないので、法廷地国際私法を適用し、事案との関係で最も密接な関係を有する国の法を適用する見解がある。

これに対して、ベルヌ条約は抵触法規定を含まないとして、法廷地国際私法による見解が挙げられる。これは、(1)インターネットにおける著作権侵害を不法行為であると性質決定し不法行為準拠法による見解、(2)条理による見解、(3)当事者自治の原則の拡張による見解がある。この見解によれば、著作権者は、著作物の公表の点で、自己の著作物についての準拠法を選択できることになる。さらに、(4)最密接関係地法による見解がある。この見解によれば、事案との関係で最も密接な関係を有する地の法による考えられる。最後に、(5)著作権の帰属に関しては、本源国法により、著作権侵害については保護国法による見解がある。

3.問題提起

以上のような問題に関して、通説及び判例の見解とは異なる観点から、ベルヌ条約の条文を分析・検討することによって当面の問題の解決を行うことを試みたい。私見の核心は、WIPO 著作権条約がベルヌ条約を準用していることに着目し、ベルヌ条約における著作権侵害の準拠法についての決定と同様の原則に基づいて考察する点である。

本報告においてはベルヌ条約の起草過程を考察するに当たり、特に「原始条約 (1886年9月9日の原文)」、「付属法およびパリ解釈宣言 (1896年)」、「ベルリン改正条約(1908年11月13日のベルリン法)」において条文の内容がどのような変遷をたどったのかを中心に取り上げる。ここでは、特に、ベルヌ条約5条を中心に、起草過程から成立までのベルヌ条約の規定の変遷を跡付け、ベルヌ条約起草当時の起草者の意思がどのようなものであったのかについて明らかにし、同条約が抵触法規定を含んでいたかどうか、含んでいたとすれば、それは如何なる内容であったのかを明らかにしたい。

同時に、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に際して忘れてはならないのは、当面の問題を解決するにあたって誰の利益が保護されるべきであるのかという点である。一方で、通説である保護国法主義は利用行為者の利益の保護を図り、他方で、本源国法主義は著作権者の利益の保護を図っている。私見によれば、ベルヌ条約は、「著作物の本国以外の同盟国における保護」を念頭に置き「抵触法としての本源国法主義と外人法としての効力についての内国民待遇の原則との組み合わせ」を規定しており、本源国法主義により著作権者の利益の保護を図るとともに、効力についての内国民待遇の原則により利用行為者の利益の保護をも図っているのである。

本報告では、このような考え方にに基づき、ベルヌ条約の構造を明らかにし私見を提示することによって通説及び判例の見解に対して問題提起を試みたい。

仲裁手続から執行に到るまでの実務上の問題点～相殺を中心として～
Practical issues of an Arbitration Procedure (from commencement of procedure to execution)
～Focusing on offset～

弁護士／関西大学法科大学院 村上幸隆

はじめにー問題意識

仲裁が国際的な民事紛争解決に果たしている役割は大きなものがある。しかしながら、日本商事仲裁協会(JCAA)など日本を仲裁地とする仲裁事件はごく少数であり、仲裁判断の執行事件ともなると極めてまれである。また、仲裁の非公開性という特徴から、その内容について表面に出ることはほとんどない。こうした状況は、仲裁事件におけるさまざまな争点が、表面に出ないまま、裁判所の判例という形で議論されないまま終わっている状況である。

本報告は、報告者自らが実務において関わった仲裁事件において、仲裁廷における審理から執行に至る各局面において、現実にとどのように処理するかについて実務的に疑問を持った点(特に相殺の問題を中心に)について検討をし、議論の場を提供したい、というのがその趣旨である。

I 仲裁廷での審理において、被申立人から相殺の主張が出た場合

反対請求がなされた場合には、それが仲裁合意の範囲に含まれるかどうかを判断すればよい。ところが相殺の場合は、被申立人の防御方法としての「抗弁」として出されるため、仲裁廷は、申立人の請求の認容又は棄却の前提として、被申立人が主張したすべての抗弁について審理・判断しなければならない(被申立人の利益)。

他方で、反対債権に対する申立人の裁判所における裁判を受ける権利の保障という利益との衡量が必要となる(申立人の利益)。

さらに、関連紛争の一括処理(手続的効率、当事者間での一連の紛争の一時的解決に対する要請)という利益を考慮する必要もある。

1 相殺主張の適否

論点は、被申立人の相殺主張をどの範囲で認めて仲裁廷で審理するのかである。反対債権(自働債権)の範囲について無制限に認めるのか、限定するとすればどの範囲で認めるのか。また、その判断は誰がするのか。

(1) どの範囲で認めるのか

- ① 反対債権が仲裁合意の範囲に含まれていることを要するとする説
- ② 仲裁申立人の請求との法的・経済的関連性があれば認められるとする説
- ③ 無制限に認める説

(2) 判例

東京地昭和 42 年 10 月 20 日(下民集 18 卷 9=10 号 1033 頁)

反対債権について限定をつけず相殺できる。

(3) 立法例

① 各国の仲裁法

i スイス仲裁法 29 条

停止して訴訟で判断

② 各仲裁機関の規則

i 国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法(1985 年)

明文の規定無し

ii UNCITRAL 仲裁規則 19 条 3 項(1976 年)

「仲裁被申立人は、...(仲裁申立人の請求と)同一の契約(contract)から生じる請求権を相殺のために主張することができる。」

iii 日本商事仲裁協会(JCAA)

仲裁廷の判断に委ねている。

iv 中国国際経済貿易仲裁委員会(CIETAC)

明文の規定無し

(4) ドイツおよび我が国の学説・判例整理(堤龍弥教授による整理)

(5) 誰が相殺の適否を判断するのかー仲裁廷か裁判所か

2 相殺の準拠法

- (1) 両債権の準拋法の累積的適用説
- (2) 配分的適用説
- (3) 受働債権の準拋法説

II 日本において執行申立をする局面—執行決定の申立段階

1 この段階において、相殺の主張が許されるか。請求異議事由による抗弁が許されるか。

- (1) 学説は？
- (2) 判例 仲裁法制定以前の仲裁判断の執行判決に関するもの
 - ① 神戸地判平成5年9月29日(判時1517号128頁)－否定
 - ② 東京地判昭和34年4月30日(下民集10巻4号886頁)－肯定？

2 国際合意管轄の際の執行判決についての議論との比較

- (1) 判例—東京地判平成25年4月26日(ジュリ1465号123頁外)
管轄の有無と無関係に反対債権(自働債権)についての相殺の抗弁を主張できる。

3 仲裁判断の執行について執行判決を要求した法制下での判例との関係

- (1) 「執行判決」から「執行決定」になった現行法下で、従前の解釈と同じでいいのか、異なるのか。
- (2) 仲裁判断に既判力があるのか
既判力があるとするのが通説
- (3) 相殺の抗弁に既判力があるか。
- (4) 仲裁判断に既判力があるとして、その基準時はいつか。口頭弁論終結時の概念がないのでどう考えるか。

III 執行決定に対する請求異議訴訟の局面

- (1) 判例—東京地判平成26年3月24日(ジュリ1483号124頁)
管轄の有無と無関係に反対債権(自働債権)についての相殺の抗弁を主張できる。

IV 仲裁合意に含まれている債権について仮差押申立した場合に、債務者は相殺の主張をすることができるか。

V 私見

最後に、上記の点についての、一応の見解を提示する。

- (1) 仲裁廷の審理の段階
反対債権が仲裁合意の範囲内にある場合に限って相殺の主張を認める。
- (2) 日本において執行申立をする局面—執行決定の申立段階
相殺の主張は認められない。
- (3) 執行決定に対する請求異議訴訟の局面
相殺の主張を認める。
- (4) 仲裁合意に含まれている債権について仮差押申立した場合
相殺の主張を認める。

《参考文献》

- ・小島武司＝高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』(青林書院、2007年)187頁～190頁[堤龍弥]・222頁～224頁[池田辰夫]
- ・小島武司＝高桑昭編『注解仲裁法』(注解民事手続法)(青林書院、1988年)73頁[小島武司＝豊田博昭]
- ・小島武司『仲裁法』(現代法律学全集)(青林書院、2000年)131頁～132頁・234頁
- ・大橋圭造「国際民事訴訟法に関する実務上の諸問題」(澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟の理論』(青林書院、1987年)535頁～540頁
- ・堤龍弥「仲裁における相殺の抗弁の取扱い」神戸学院法学32巻2号(2002年9月)1頁以下。
- ・小池未来「外国判決の執行判決訴訟における相殺の抗弁」(同志社法学370号(2014年11月30日)177(1113)頁～193(1129)頁)
- ・西谷祐子「国際商事仲裁における相殺の準拋法」(NBL977号(2012年5月15日)28頁～29頁)
- ・青山善充「仲裁判断の効力」松浦＝青山編331頁
- ・小島武司「ADR・仲裁法教室」(有斐閣、2001)154頁以下
- ・村上幸隆「2012年改正後の中国国際経済貿易仲裁委員会仲裁規則による仲裁判断の日本での執行(上)(下)」(JCAジャーナル62巻6号(696号)(2015年6月)24頁～33頁、同62巻7号(697号)(2015年7月)4頁～10頁)
- ・小池未来「請求異議の訴えの国際裁判管轄と相殺の主張」(渉外判例研究(第636回)(ジュリ1483号(2015年8月)124頁～127頁)
- ・酒井一「相殺の抗弁と国際裁判管轄」判タ986号65頁

シンポジウム「東アジア国際私法の現状と課題」
報告(8) 高杉直「問題提起」

[シンポジウム]東アジア国際私法の現状と課題
[Symposium] Private International Laws in East Asia: Present and Future

問題提起
Introduction

同志社大学 高杉 直

本シンポジウムでは、韓国、中国および台湾の国際私法を検討対象とする。

東アジア地域は、地理的・歴史的な事情から日本との交流も深く、その国際私法の動向は、国際私法交通の安全の観点から、日本の国際私法学会においても考察に値するものと思われる。

東アジア地域の国際私法の動向については、第 107 回(2002 年度秋季)大会のシンポジウム「アジアおよびヨーロッパの国際私法の現状と問題点」でも扱われている。しかし、その後 14 年が経過しており、その間、2010 年には、中国で「涉外民事関係法律適用法」、台湾で「涉外民事法律適用法」がそれぞれ制定され、さらに韓国では現在、国際裁判管轄法制の整備に向けた立法作業が進行中である。

このような各法域における最新の動向について、本シンポジウムでは、国際私法の「現状」として、各報告者からの紹介が行われる予定である。その上で、東アジア国際私法の中で共通性が認められる部分とそうでない部分を抽出し、将来に向けて克服すべき「課題」の検討を行いたい。

シンポジウム「東アジア国際私法の現状と課題」
報告(9) 石光現“Introduction of Detailed Rules of International Adjudicatory Jurisdiction in Korea:
Proposed Amendment of the Private International Law Act”

**Introduction of Detailed Rules of International Adjudicatory Jurisdiction in Korea:
Proposed Amendment of the Private International Law Act**

Kwang Hyun SUK (石光現), Professor at School of Law, Seoul National University

Summary

The current Private International Law Act of Korea (“KPILA”) includes three articles on international jurisdiction (“Jurisdiction”) which have been introduced in 2001. Art. 2 in the General Provisions lays down general rules on Jurisdiction. Arts. 27 and 28 set forth special rules to protect consumers and employees. Art. 2 states that detailed rules on Jurisdiction should be developed by consulting, but without being bound by, venue provisions of Korean law such as Arts. 2 to 25, Arts. 29 to 31 of the Civil Procedure Act in civil or commercial matters. However, it is necessary to take into account the special characteristics of Jurisdiction, as distinct from domestic territorial jurisdiction. Insertion of these articles was a transitory measure which implies that detailed rules on Jurisdiction will follow in the following years. The reason why the Korean legislators were satisfied in 2001 with the transitory measure was that the “Judgment Project” aimed at developing a comprehensive worldwide convention dealing with Jurisdiction and recognition and enforcement of foreign judgments was under way under the auspices of the Hague Conference on Private International Law. However, since the Judgment Project has failed, it is time for the Korean legislators to complete its plan of providing for in the KPILA detailed rules on Jurisdiction. To this end, the Korean Ministry of Justice established in June 2014 an expert committee (“Committee”) in charge of amending the KPILA, the term of which has expired on December 31, 2015. As of March 22, an official draft of the amended KPILA has not yet been published. However, I believe that the official draft will be published during the course of 2016. In this article the author discusses the major contents of the unofficial draft of the amended KPILA. Unlike Japan which added in 2012 detailed rules on Jurisdiction on property law matters only in the Civil Procedure Act and Civil Enforcement Act, respectively, Korea will insert the rules on Jurisdiction on not only property law matters but also family law and succession law matters in the PILA, in parallel with existing rules on applicable law.

Table of Contents

I. Introduction

II. Direction and the Regime of the Future Jurisdictional Rules

1. Current Regime: Transitory Codification in 2001

2. Direction of Amendment

A. Concretization and Individualization of Art. 2

B. Rules on Direct Jurisdiction of Korea. Exception for Jurisdiction Agreement, etc.

3. Structure

Chap. 1 of the KPILA will be amended as follows:

Current Provisions	Future Structure
Chap. 1 General provisions (§§1-10)	Section 1. Purpose, Art. 1
	Section 2 International Jurisdiction Art. 2 (General Principles) New Articles to be added in Chapter 1. general jurisdiction, jurisdictions based upon presence of property, office or activity, jurisdiction agreement, appearance, jurisdiction based upon relationship, counter-claim, <i>lis pendens</i> , provisional measures, <i>forum non conveniens</i>
	Section 3 Governing Law. Existing Articles (§§3-10)

New Section 1 on Jurisdiction will be added in Chapters 2 though 9 except for Chapter 3 and existing articles on governing law will be moved to Section 2 in each chapter.

シンポジウム「東アジア国際私法の現状と課題」

報告(9) 石光現“Introduction of Detailed Rules of International Adjudicatory Jurisdiction in Korea:
Proposed Amendment of the Private International Law Act”

Current Provisions		Future Structure	
Ch. 2	Person (§§11-16)	Ch. 2	Section 1 New Articles on Jurisdiction
			Section 2 Existing Articles on Governing Law
Ch. 3	Juridical Act (§§17-18)	Ch. 3	No change
Ch. 4	Rights <i>in Rem</i> (§§19-23)	Ch. 4	Section 1 New Articles on Jurisdiction
			Section 2 Existing Articles on Governing Law
Ch. 4	Protection of Intellectual Property (§24)	Ch. 5	Section 1 New Articles on Jurisdiction
			Section 2 Existing Articles on Governing Law
Ch. 5	Obligations (§§25-35)	Ch. 6	Section 1 New Articles on Jurisdiction
			Section 2 Existing Articles on Governing Law
Ch. 6	Family (§§36-48)	Ch. 7	Section 1 New Articles on Jurisdiction
			Section 2 Existing Articles on Governing Law
Ch. 7	Succession (§§49-50)	Ch. 8	Section 1 New Articles on Jurisdiction
			Section 2 Existing Articles on Governing Law
Ch. 8	Bills of Exchange, Promissory Notes and Checks (§§51-59)	Ch. 9	Section 1 New Articles on Jurisdiction
			Section 2 Existing Articles on Governing Law
Ch. 9	Maritime Matters (§§60-62)	Ch. 10	Section 1 New Articles on Jurisdiction
			Section 2 Existing Articles on Governing Law

III. General Provisions on International Jurisdiction (Chapter 1)

1. Existing Art. 2: General Principles

(1) The courts shall have international jurisdiction to adjudicate if the parties or the case in dispute has a substantial connection with the Republic of Korea. In determining whether or not such substantial connection exists, the courts shall follow the reasonable principles in conformity with the ideas underlying the allocation of international jurisdiction to adjudicate.

(2) The courts shall determine whether or not they have international jurisdiction to adjudicate by reference to the provisions on jurisdiction of domestic laws, having full regard for the special characteristics of international jurisdiction to adjudicate in light of the provisions of paragraph (1).

Slight modification of Art. 2 envisaged.

2. General Jurisdiction

3. Jurisdiction based upon the Presence of Property of the Defendant

How to limit the scope of this ground of Jurisdiction?

4. Jurisdiction based upon the Presence of Office or Activity of the Defendant

How to limit the scope of this ground of Jurisdiction?

5. Jurisdiction Agreement

The validity of the parties' agreement on Jurisdiction in a cross-border action is generally accepted in Korea. The Supreme Court held on September 9, 1997 that in order for a jurisdiction clause conferring upon a foreign court exclusive Jurisdiction to be valid, (i) the case does not fall under the exclusive Jurisdiction of Korea, (ii) the agreed upon foreign court has valid Jurisdiction under its law, (iii) the case should have a reasonable relationship with the chosen foreign court, and (iv) the Jurisdiction agreement is not egregiously unreasonable or unfair. In relation to the requirement mentioned (iii) above, the amended KPILA will not follow the position.

6. Appearance

7. Jurisdiction based upon the Relationship between Claims or Parties

8. Counter-claims

9. *Lis Pendens*

Rules on *lis pendens* influenced by Art. 21 of the 1999 Preliminary Draft will be added.

10. Exceptions in relation to Family Matters and Succession Matters

Several articles will not be applied in the case of family matters and succession matters.

11. Non-contentious Matters

Are detailed rules on Jurisdiction for non-contentious matters available?

12. Provisional Measures

13. *Forum non Conveniens*: Special Circumstances Theory

At present there is a split of opinion among legal commentators as to whether or not the doctrine of *forum non conveniens*, under which the Korean court may refuse to exercise Jurisdiction even if Korean courts have Jurisdiction, is permitted. An express article permitting the FNC doctrine will be added in the amended KPILA.

14. Exclusive Jurisdiction

Rules on exclusive Jurisdiction will be added. However, the articles dealing with exclusive Jurisdiction will be added in the respective related chapters rather than in Chapter 1.

IV. Special Provisions on Jurisdiction: Articles to be inserted in Chapters other than Chapter 1: Rules on Exclusive Jurisdiction and Special Jurisdiction

In principle, the rules on the Jurisdiction of Chapter I and the rules on special Jurisdiction of each chapter include exhaustive rules on Jurisdiction for the matters falling under each Chapter, unless otherwise set forth by each chapter.

1. Person (Chapter 2)

2. Real Property (Chapter 4)

3. Intellectual Property (Chapter 5)

The most problematic disputes concerning intellectual property are those involving the registration or validity of patents or other similar rights requiring registration. We generally believe that Korean courts have exclusive Jurisdiction in proceedings concerning the registration or validity of patents or other similar rights, if the registration has taken place in Korea. However, in a recent judgment of April 28, 2011, the Supreme Court distinguished (i) the proceedings whose subject matter is the validity or existence of patents on the one hand, and (ii) the proceedings whose subject matters are the interpretation and effects of the contractual obligations between the parties on the other, and clearly held that only the first category falls under the exclusive Jurisdiction of the country of registration.

The position will be maintained by the amended KPILA.

4. Obligations (Chapter 6)

A. Contract: An article along the lines of Art. 6 of the 1999 Preliminary Draft will be added. It will apply to contracts relating to the supply of goods, to the provision of services and both to the supply of goods and the provision of services. How about other types of contract?

B. Consumer Contract: Scope of consumers under Art. 27 of the KPILA modeled on the Rome Convention will be slightly expanded along the lines of the Brussels I and the Rome I.

C. Individual Employment Agreement

D. Torts: no separate rules on Jurisdiction for special types of tort

5. Family (Chapter 7)

Articles dealing with Jurisdictions on marriage, establishment of parent-child relationship, matters relating to adoptive parent-child relationship, parental right (parental responsibility), maintenance and adult guardianship, respectively will be added.

6. Succession (Chapter 8)

7. Promissory Notes, Bills of Exchange and Checks (Chapter 9)

8. Maritime Matters (Chapter 10)

9. Trust and Insurance Contracts: no provision

V. Conclusion

シンポジウム「東アジア国際私法の現状と課題」
報告(10) 黄韜霆「中国国際私法の発展と課題」

中国国際私法の発展と課題
Chinese Private International Law: Evolution and Issues

帝塚山大学 黄韜霆

一 2010年10月28日に、中国(中国本土という法域)では新しい国際私法(抵触法)となる「涉外民事関係法律適用法」(以下「法律適用法」という。)が公布され、2011年4月1日より施行した。

従来の中国国際私法の主な法源は、1986年「民法通則」第8章「涉外民事関係の法律適用」(142条～150条)であり、自然人の行為能力、不動産の所有権、契約、不法行為、婚姻の成立、離婚、扶養、法定相続、公序などについて規定していた。「法律適用法」は、二十数年ぶりに「民法通則」第8章を全面改正し、かつ単行の法律としたものである。

二 「法律適用法」は、総則にあたる第1章「一般規定」(1条～10条)、第2章「民事主体」(11条～20条)、親族にあたる第3章「婚姻家庭」(21条～30条)、第4章「相続」(31条～35条)、第5章「物権」(36条～40条)、第6章「債権」(41条～47条)、第7章「知的財産権」(48条～50条)と附則からなる。「民法通則」に比べ、これまでに明文規定のなかった多くの単位法律関係について、法選択規則を新設した。

連結点に関して、「法律適用法」は属人法を決定する基準として常居所地法主義を採用した点が比較法的にみても特徴的である。また、契約以外の分野にも当事者自治を拡大している。

連結方法として、「法律適用法」は単純連結のほか、選択的連結と段階的連結の方法を多用している。親族法を中心に、弱者により有利な法を適用するという優遇原則を取り入れ、弱者保護を重視した規定を数多く設けている。また、複数の連結点を挙げて、そのいずれの準拠法を適用するかを裁判所の裁量に委ねる方法を採用している。

三 しかし、新設した条文を中心に、その単位法律関係が十分に明確ではなく、各条文の適用関係について解釈上の問題が生じている。また、一部の条文に使用される連結点は、国内実質法を基礎とした独自の概念であり、条文の理解と適用を困難にしている。

また、「法律適用法」は当事者自治を契約以外の分野にも拡大しているが、動産物権(37条)に当事者自治を導入した趣旨がそもそも不明であるうえ、同条と夫婦財産制(24条)には取引の安全・第三者保護の観点完全に欠落している。

さらに、「法律適用法」は弱者により有利な法を適用するという優遇原則の規定を複数規定しているが、裁判所に過重で現実的でない外国法調査の負担を課すものと指摘されている。

本報告では、「法の適用に関する通則法」との相違点を念頭に、「法律適用法」の概要を紹介しその特徴を分析する。そのうえ、「法律適用法」の問題点を考察し妥当な解決を検討したい。

参考文献: 黄韜霆『中国国際私法の比較法的研究』(帝塚山大学出版会 2015年)

シンポジウム「東アジア国際私法の現状と課題」
報告(11) 何佳芳「台湾における国際私法の現状と課題」

台湾における国際私法の現状と課題
Current state and issues of private international law in Taiwan

東呉大学 何佳芳

台湾の国際私法の法源である「涉外民事法律適用法」は1953年施行されて以来、ほぼ改正されることがなかった。1998年から司法院が研究者及び実務家を招き、「涉外民事法律適用法修正委員会」を組成し、改正草案を作り始めた。そして、10年をたって、2008年6月に、草案が完成し、2010年4月に立法院の三読を経て、同年5月26日総統令により、改正した涉外民事法律適用法(以下「新法」と称する)が公布された。また、改正範囲が多かったため、各界が新法の内容を十分に認識できるために、新法の施行が公布から1年後の2011年5月26日と定められた。

新法は社会経済形態の変化と国際法制の変遷に対応するために、総則部分で「法律回避」などの規定を追加だけでなく、各論でも数多くの事案類型に対して準拠法の規範を追加した(例えば、製造物の製造者責任、不正競争及び競争制限行為により生じた債務、船荷証券、支払指図または無記名証券の法律行為、集中保管を行っている有価証券の権利変動などの関連する問題についての準拠法の規定を増補改訂している。)更に、以前とは異なる新たな形の連結点(例えば、「最も密接な関係がある地の法(關係最切之法律)」、「特徴的な給付(特徴性債務)」などを数多く採用している。

2011年に新法が施行されてから、すでに5年が過ぎている。しかしながら、ここ数年の文献の検討と実務上の見解からは、新法にある数多くの条文の立法モデル又は関連する法概念の解釈について、学者の間でもまだ見解が定まっていなことが分かる。それだけでなく、実務の第一線で活躍する裁判官や弁護士から見れば、関連する条文の運用又は連結点の判断基準でも差異と疑問点が少なくないことも伺える。

以上のような問題意識を踏まえ、本報告では、2010年新法の改正要点と今後の課題を中心に以下の目次に挙げられた点について論じたい。

〈目次〉

一、はじめに

二、国際私法の現状-2010年新法の改正要点

- (一) 涉外商事事件の準拠法を増補改訂している
- (二) 男女平等と子の利益保護の原則を貫徹している
- (三) 法の適用の明確性と合理性を高めている
- (四) 最も密接な関係がある地の法を普遍的に採用している

三、今後の課題

- (一) 總論:
 - 1. 法律回避と公序則の競合
 - 2. 反致:新法の反致規定と属人法規定の併用問題
- (二) 財産法:
 - 1. 特徴的な給付の判断不明
 - 2. 弱者保護の不足(消費者契約や労働契約の特別な考量)
- (三) 身分法:準正等の子の利益保護
- (四) 国際私法教育的強化(法曹養成のための教育の強化)

四、結論

〈参考文献〉

- 1. 陳榮傳, 國際私法的新面貌——鳥瞰二〇一一年涉外民事法律適用法, 台灣法學雜誌, 156期, 2010年7月15日。
- 2. 林益山, 新修正涉外民事法律適用法簡析, 台灣法學雜誌, 156期, 2010年7月15日。
- 3. 林秀雄, 從男女平等之觀點論婚姻效力準據法之修正, 月旦法學雜誌, 166期, 2009年3月。
- 4. 王志文, 涉外債之關係法律適用規範之修正, 月旦法學雜誌, 158期, 2008年7月。
- 5. 徐慧怡, 論涉外民事法律適用法草案中有關身分法之內容與檢討, 月旦法學雜誌, 160期, 2008年9月。
- 6. 何佳芳, 契約準據法中推定的關係最切之法——以「特徵性履行」之判斷為中心, 月旦法學雜誌, 197期, 2011年10月