

法例施行百年の軌跡

——国際家族法を中心に——

焔 場 準 一

あき ば じゅん いち

日本大学法学部教授

本年(1998年)は、日本国際私法の中核的規定を含む「法例」(明治31年法律第10号)が制定・施行されてから、ちょうど百周年に当たる。その間、日本社会の実質的な組成、その構成の基本原則はもとより日本を巡る国際的な政治経済関係も幾多の大きな変容を遂げてきた。にもかかわらず、平成元(1989)年の一部改正に到るまで、法例の大部分の規定は、多少の改訂を経たとはいえ⁽¹⁾、その文言も殆ど変更を加えられることもなく、当時のママに存続してきた。しかし、その内容、言い換えれば、その規範としての意義・機能にも実質的な変化は皆無であった、このように言い切る者は居ないであろう。この改正が実現したのは、それなりの理由が在った筈である。如何なる道を辿って其処に到ったのか、その軌跡を追ってみたい。もっとも、この改正が関わったのは、法例の一部……つまり、総則ならびに親族関係の創設・内容・解消について……のみである。したがって、ここで追う足跡は、この分野に繋がるものに限られる。結局それは、本国法主義と呼ばれる法選択政策の変遷を、本稿の主要な検討対象とすることになる⁽²⁾。

法例の親族関係にかかる諸規定(第13ないし22条)が、どのような理由に基づいて本国法主義を採択したのか。この点を先ず確認しておこう。それらの規定のルーツは、旧法例(明治23年法律第97号)の第3条にある。その第1項は「人ノ身分及ヒ能力ハ其本國法ニ従フ」と定め、同第2項では「親屬ノ關係及ヒ其關係ヨリ生ズル權利義務ニ付テモ亦同シ」と規定していた。この第2項を「修正」して出来たのが、上記の諸規定である⁽³⁾。

なぜ修正が必要であったのか。「……既成法例ハ、其規定ガ甚タ汎博ニ致シマシテ、實際ニ行ヒマスニ就イテハ、屢々起リマスル処ノ重要ノ問題ハ、孰トモ決シテ居ラナイ虞ガ少ナクアリマセヌ……」。親族関係の諸問題に関しては、旧

法例のように「[「本国法ニ従フ」……トシテアツテモ……, ……国籍ヲ異ニスルトキハドツチニスル其他……, 解ケナイ問題ガアリマスカラ, ソレ故ニ親屬的身分關係ヲ下ノ法ニ規定シテアリマス]」⁽⁴⁾。

より具体的な本国法主義採択の理由は、それらの諸問題が「忙カシイトカ何トカ云フヤウナ風ノ事柄デナクシテ……人ノ品格ニ關スルコトデ最モ本國ニ密接ノ關係ガアリマス」からというのである⁽⁵⁾。では何故に「人ノ品格ニ關スル事項」が本国と密接な関係にあるのか。旧法例第3條における本国法主義採択の理由を振り返ってみよう。たとえば、次のような説明がある。身分・能力を本国法に従わせることは「近世國際私法ノ大原則」である。「蓋シ法律ハ各國ノ氣候, 風俗, 人情, 思想等ヲ写シ來ルモノニシテ是等ノ最モ深密ナルモノハ身分, 能力ニ關スル法律ナリトス」と⁽⁶⁾。

これらの理由が説得的であるかはさておき、さらに次の根拠が付け加えられている。各国の立法例や其の動向、国際法協会の決議、ドイツの法曹会議決等「一體ノ趨勢カラ觀ルト本國法即チ人ノ永住ニ屬シテ居ルモノーツノ人民トシテ屬シテ居ル國ノ法律ヲ根拠トスル事柄ガ一番力ガ強ク為ツテ居ルヤウナ有リ様デアリマス, ソレ故ニ之ハ舊法ノ俛ニ採用致シマシタ」⁽⁷⁾。

そもそも法例の修正規定立案に当たっては、「本案ハ内外ノ取引ニ關スルモノデアリマスルカラシテ, ……務メテ諸國ノ法律ノ間ノ抵触ト云フコトヲ避ケルト云フコトヲ一ノ方針ト致シマシタ,」「成ルベク萬國同一ノ主義ヲ取り, 同一ノ方針ニ法律ヲ制定致シテ往カナケレバンラヌト云フコトニ相成ツテ居リマスル,」「成ルベク一般ニ行レ又汎ク各國ニ於テ是認セラレテ居リマスル所ノ主義ヲ採ツテ, 此修正ノ基礎ト致シマシタ, ……」⁽⁸⁾「成ルベク諸國ト同ジデナケレバナラヌガ, 自國ノ利益ト相反スルコトニ就イテハ, 通則ヲ離レルト云フコトハ又是ハ已ムヲ得ヌコトデゴザイマシテ, 本案ニ就キマシテモ, 此主義ヲ十分ニ採ツテ居ル積デアリマス」⁽⁹⁾。これは將に抵触最小限の原則とでも云うものが修正立法の基本精神であったことを物語っている。

これらから観る限り、法例における本国法主義採択の理由は、次のように纏めることが可能である。つまり、準拠法の選定においては諸外国法制との対外的協調主義、あるいは当時の大勢順応主義を基調とし、当該の諸問題について

は、近世以来の伝統に従ったものであると。しかし、それにはより実際的な根拠、つまり現実に対応してその解決を急務とする、現実社会の如何なる要請が何処かに在ったのであろうか。

規律対象となる社会の実態や当時の社会の具体的な要請に即した規律の必要性・妥当性に関する説明を、法典調査会の討議あるいは帝国議会の本会議または特別委員会における論議の中に見いだそうとしても、それは難しい。各種の討議に際して想定されていた外国の国民を、親族関係に限らずに、たとえば法典調査会の速記録の中で探してみると、数え方にも依るが、最も多いのはフランス人の9ヶ所、次いでドイツ人が7ヶ所、シナ人や朝鮮人への言及は4あるいは3ヶ所に止まり、あとは英国人(2ヶ所)、米国人(1ヶ所)である。夫婦財産制に関する論議の中で、穂積八束が次のように述べているのが一例である。「サウ欧羅巴人杯ガ無闇ニ来テ日本ノ女ト婚姻スルヤウナコトハ稀ナモノデアリマセウ一番多クアルノハ朝鮮トカ支那トカ云フ所ニハ多数ノ人民力行クモノデアリマスカラ朝鮮人ヤラ支那人ヤラガ養子トナツタリ婿トナツタリスル場合ガ多カラウト思ヒマス」⁽⁹⁾。

少なくとも、以下の処は確認しておきたい。すなわち、当時は日本在住の外国人よりも、在外邦人それも短期滞在(出稼ぎ型)の日本人の数の方が多かったという事実である。帝国統計年鑑によると、たとえば、法例制定の前年である明治30年において、本邦在留外国人の総数は：10,531(支那=5,206；英国=2,188；米国=1,846と続く)であるのに対して、外国在留邦人総数は58,783であった。在外国民数の最も多いのがハワイの27,354で、釜山・仁川を中心として韓国には13,615、米国ではサンフランシスコ及びその周辺に集中して7,640が在住していた。ちなみに、同年の日本の総人口は43,228,863と記録されている。日本在留外国人に対して、一定の限度で、その本国の法律の適用を認めるという方策よりは、在外邦人について、近代国家として発足するために整備された日本の法律の恩恵を確実に及ぼすことを保障しようとしたのであろうか。「理想トシテハ苟モ日本人ノ關係スル涉外私法關係ニ付テハ其性質ノ如何ヲ問はず、日本法律ヲ適用スルヲ宜シトス」学界からは、この様な声も聞こえてくる⁽¹⁰⁾。「成ルベクハ日本ノ裁判所デハ日本ノ法律ニ依リタイデゴザイマス、

……。……外國法ヲ準拠法トスルハ、國ノ交際上人民ノ交際上、已ムヲ得ザルニ出タコトデゴザイマス、其範圍ヲ成ルベク狭クスルト云フコト……」⁽¹¹⁾これが本心であったのであろう。「法例は成立勿々即ち明治32年7月より多年我國權の屈辱であった領事裁判權が撤廃せらるると共に、我裁判所が始めて涉外事件を判決するに當て依るべき準則を定めたる法律である……」からである⁽¹²⁾。

さらに看過できないのは、本国法決定基準としての国籍に与えられた性格と、本国と個人の親族関係との「関連性」の意義である⁽¹³⁾。まず、国籍について観よう。無国籍者の本国法の決定方法(旧規定第27條第2項)に関する議論に明らかである。原案の趣旨は、旧法例第8号1項に国籍を有しない者については住所の法律に従うとあったのを改め、「矢張り本國法ノ原則ヲ此場合ニモ成ルベク貫ヌキマスルガ為メニ原國籍ニ依ルト云フコトニ致シマシタ」⁽¹⁴⁾。それは「本國法ト云フモノノ主義ヲ貫クニ已ムヲ得ザル場合ニ之ヲ離レル……ソレヲ貫クコトノ出来ヌ場合デモ直グ住所地法ニ依ルソレヲ貫クコトノ幾分カ出来ル場合デモ直グ住所地法ニ依ルト云フ事柄ハ論理トシテハ餘リ貫イテ居ラナイコトデアラウト思ヒマスル」という⁽¹⁵⁾。最終的には、少なくとも無国籍の場合には、準拠法決定の基準を国籍から離れることを認め、住所を以てそれに替えることが明らかにされる。けれども、その場合でも選ばれた準拠法を「本國法ト看做ス」のである。實質的には住所地の法律であっても、それを敢えて「本國ノ」法律、つまり国籍を基準として決定された法律であると「看做ス」のである⁽¹⁶⁾。そこには、あくまでも「本國」法主義を貫こうとする意思が強固に認められる。その意味では、本国は実状を的確に反映するものではなく、形式的な虚像に過ぎない。それでも良いとする立場である。

準拠法選定の属人的基準が、婚姻関係では夫、親子関係では親とくに父親、この様な政策を採択した根拠については、如何であつたろうか。実は、この点に関し、決定的な発言を、調査会あるいは議会関係の会議録の中に、見いだすのは困難である。「夫ハ婚姻ノ主デアル即チ夫ノ方ニ女ガ属スル……」「婚姻ヲ致シマシテ後ハ常ニ夫ガ其主位ヲ占メマスル……」夫婦の国籍も住所も、いずれも結局は夫を基準に決められるのが一般的で、諸国の例もそうである……。

この様なことがのべられているが、それは当時の、先進諸外国をも含めた、思想状況の反映と云う他はない⁽¹⁷⁾。親子関係に関し親を基準とすることについては、「格別説明ヲ要スル程ノコトデモアリマスマイ」、「當り前」あるいは「當然ノ話」などと云われるが、ここではより実質的な利益考量も為されている。すなわち嫡出関係では否認権者の立場、非嫡出関係では「養育教育等ノ保護ヲ受ケテ居ルト云フ為メ……」などの指摘が見受けられる。しかし、結局は「多数ノ立法例ニ倣ヒマシテ」この政策が採択されたものである⁽¹⁸⁾。同時並行して制定が進められていた(旧)国籍法は、周知の通り、身分関係の変動を直接に国籍の変動に連動させ、女性は婚姻により夫の国籍を、子は認知あるいは養子縁組により親の国籍を、それぞれ付与されることとされていた⁽¹⁹⁾。夫婦国籍同一、あるいは親子国籍同一が原則であり、これを法選択の観点から観ると、それは夫婦、あるいは親子の各関係当事者にとって、いずれも共通・同一の国籍を持つ実質を保障していたのである。それらの共同体の内部で、その構成員が互いに国籍を異にすることはない。夫の国籍は妻の国籍であり、子の国籍は親の国籍と変わらない。夫の本国法は妻の本国法でもあって、親の本国法は子の本国法と一致する。このようになっていた。これはまた、その故にこそ、当該共同体構成員全員に共通する本国法を、夫あるいは父のそれと、少なくとも優先的に、観念しなければならぬのか、このこと自体が、今日的な感覚では、理念として問題となるであろう。

このようにして制定された本国法主義が比較的早期に遭遇したのは、韓国併合(1910年)による国内異法地域の出現である。共通法や朝鮮民事令などの制定施行・改正により、徐々に日本本土法の朝鮮半島への適用拡大が進行した⁽²⁰⁾。旧法例において本国法の決定基準に住所ではなく国籍が選ばれたことは、前述の通りである。その際、日本は、当時の英米ならびにドイツとは異なり、その領土の全域に同一の法令が施行されていることを、一つの根拠に掲げる論調が認められた⁽²¹⁾。しかも、基本的には、この旧法例の本国法主義を、その修正に当たっても維持したというならば、異法地域の出現は、法例の本国法主義の一つの根拠に対して、重大な影響をもつと考える余地があった筈である。けれども、そうした意識は、旧法例の運用過程に顕著であるとは思えない。

その次に本国法主義が迎えた大きな試練は、太平洋戦争終結後、日本の内外に噴出した涉外事件への対処、さらには日本国憲法の制定とそれに伴う一連の日本における法的枠組みの根本的な変革であろう。云うまでもなく当面の課題との関係では、新憲法の第14条および第24条第2項のもつ意義である。

戦後、被占領時代から急増した、戦争孤児・占領軍関係者との間の認知・養子縁組事件⁽²²⁾、同じく占領軍関係者との間の婚姻・離婚事件、これらの諸問題はその処理に当たり、法制度の文化的相違の少なくない、主として米国各州法の適用に相当の工夫を要求した。抵触法に特有の法技術としての反致・公序の多用・あるいは便宜的利用、養子縁組の成立に係る「分解理論」あるいは調停裁判論の考案、これらは制度的な相違の著しい外国本国法適用に伴う困難性を意識させた⁽²³⁾。とはいえ、これは何も本国法主義に特有の問題ではない。およそ外国法適用が要請される全ての場合に生じうる、共通の課題であるからである。ただ、そうした抵触法技術の便宜的用法が、ある意味では本国法主義の限界……必ずしも当該関係と実質的に最も密接な関連性を持つ法律の選択を保障するものではない……、これを示唆していることは看過できない⁽²⁴⁾。より適切な準拠法の選択を求め、本国法主義の克服を動機づけるからである。

さらに、朝鮮、中国、ベトナム、ドイツに出現した旧国家の分裂状態は、より直接的に、本国法主義の運用に重大な問題を投げかけた。これらの国の国民の本国法は、かつての一国内で相対立する異なる体制のうち、何れの方の法律か、この問題への対処を免れ得ないこととしたからである。この問題を巡る学界の論議は、恐らく戦後日本の国際私法学における最大の争点の一つとなったのである。それだけに、いずれの概説書にも採り上げられており、ここにあらためて繰り返すことは避けたいと思う。諸説の分岐点が、結局はそれらの国々の状況を国際私法の観点から如何ように捉えるか、ここにあることだけを指摘するに留めておく。理論としては、それぞれ一国一(正統)政府論、一国二政府論、二国二政府論、さらに一步を進めた国籍基準離脱説(住所代用説)、このように分類することが可能である。解釈技術としては、法例旧規定28条3項直接適用説、同類推説、同28条1項本文適用説、同類推説、さらには同28条2項準用説などに分けられる⁽²⁵⁾。

他方、これより先、日本国憲法の制定・施行は、本国法主義の属人的基準を夫あるいは原則として父親とする法例の旧規定、とくに第14條ないし第16條、および第20條への根本的な疑問を抱かせる論拠を提供した。憲法の保障する法の下での平等(第14條)また両性の平等(第24條2項)、これらの原理との関連においてである。このことは、昭和25(1950)年の国籍法の改正により、身分関係の変動が国籍の変更に直結することが廃止され、一層明確になったと云える。結果として、夫婦、あるいは親子の国籍が同一となる、夫婦国籍または親子国籍同一の原理から、それらの国籍独立の原理への変遷である。ここにおいて、夫あるいは父親の国籍を優先する法例の準拠法選択政策には、新憲法との間の整合性・適合性の有無が、強く意識されるに到ったのである。本国法が、多くの場合、実質的には夫婦あるいは親子の間で同一になる、この法的な枠組みが、少なくとも日本国籍に関しては、消失してしまい、より純粋な夫あるいは父の本国法主義以外にはあり得なくなったからである。

学界においては、早くも昭和25(1950)年の私法学会その他の局面で、両性平等の原理からする、当該規定への批判的考察が次々と表明されている⁽²⁶⁾。にも拘わらず、その声が裁判実務から聞こえてくることは、稀であった⁽²⁷⁾。準拠実質法上で具体的・個別的に違憲の効果を生まない限り、直ちに違憲とは云えないとする、日本の違憲成立要件についての一般的な理解に沿った考え方と無縁ではなかろうと、思われる。この様な状況の下、学界はその全国学会において、また、当局も新たに設置された法制審議会の国際私法部会において、問題の立法的解決へ向けた努力を開始する⁽²⁸⁾。後者における論議では、学界の状況を反映してか、比較的早期に「新憲法の……理念に照らし、法例の規定は改正されるべきであるという結論に到達した」ようである⁽²⁹⁾。両性平等原理を、準拠実質法の適用段階のみならず、抵触法上の準拠法選択の局面においても実現することが意図されたのである。

その間、第二次世界大戦後のヘイグ国際私法会議で強調されるようになった「常居所」という基準が、本国法主義に対し、微妙な影響を及ぼすようになる。属人法の決定基準として伝統的な国籍や住所と並び、「その他のもの」として選択肢の一つに想定され、その基準としての妥当性を主張し始めるのである。し

かしながら、この点に関しては容易に合意を得ることはできず、未定のままとされている。このこと自体、国籍主義への強い疑問の存在を実証するものの、他方で「常住居所が属人法の決定基準たる資格をもつものであるかについても若干の疑問がないわけではない……」ため「小委員会の空気としては、むしろ住所主義の方が優勢にすら見受けられた」との記録がある⁽³⁰⁾。「遺言の方式の準拠法に関する法律」の制定は(昭和39(1964)年)、常居所に日本の法体系の中に定位置を与え、その後は住所基準説の陰を薄めたように見える。元々は、欧州各国の間で統一することが実際上不可能と目される、欧州的「住所」の概念を克服する手段として考案された常居所、それが住所主義 vs 国籍主義の対立の中に浸透し、常居所主義 vs 国籍主義という形となって展開し、国籍基準説である本国法主義に常居所地法主義として、厳しく対峙するようになるのである。

こうした常居所地法主義からの挑戦は、本国法主義＝国籍基準説に内在する限界つまり基準としての形式性、これへの疑問から出たものと解される⁽³¹⁾。「実質的に密接な関係をもつ法秩序に準拠しようとするときは、本国法主義からの離脱が必至となるのではないかが示唆されたり、あるいは国籍基準説に依ったとしても、「本国社会が当該事案と殆ど何ら現実的牽連を有しない場合……」にまで「拘束力が、……及んでいるのであろうか。」このような反問が聞かれたりする。準拠法の選定に当たり、実質的な関連性を重視する立場に共感するかであろう⁽³²⁾。そのような立場からすると、実質的関連性の表徴としては、国籍よりも、事実面を強調する常居所の方がより適格と考えられても、不思議ではない。

しかしながら、法例の体系の中において、関連性の重視自体は、旧法例第5条第2項の明文にもあるように、基本的な原理である。関連性の表徴として、国籍以外の要素がより適格と判断される余地のあることは、修正案の提案者によっても、十分に認識されていた⁽³³⁾。けれども、関連性の存在そのものは全く抽象的であって、準拠法選択の基準としては不十分である。問題は、その関連性の内容であり、何れの関連性を選択・優先するか、ここに在る。国籍基準説と常居所基準説とは、要するに、一体どのような関連性をより重視するか、この点に関する立場の相違に起因するのである。

このような状況の影響を受けつつ、法制審議会国際私法部会の審議は進行し、法例改正要綱試案(婚姻の部)が昭和36(1961)年に、同(親子の部)が昭和47(1972)年に、相次いで公表されたのである⁽³⁴⁾。この国際私法部会では、ヘイグ国際私法条約に関しても「既成条約については、各国の署名・批准の状況をも勘案して、特に支障がない限り加盟を可とする方針のもとに審議がすすめられている。」⁽³⁵⁾。その成果は昭和39(1964)年の「遺言の方式の準拠法に関する条約(1960)」⁽³⁶⁾、同52(1977)年の「子に対する扶養義務の準拠法に関する条約(1956)」の批准となって結実した⁽³⁶⁾。前者の条約に基づいて制定された「遺言の方式の準拠法に関する法律」(昭和39年法律第100号)の第2條、そこには常居所が、国籍および住所と並んで、準拠法選択の基準に規定されている。直接に適用されることを意図された後者の条約第1條の規定は、常居所の基準が第一次的・原則的であることを鮮明にする。日本に固有の立法ではなくヘイグの多数国間条約に基づくものではあるが、日本の法体系の中に、常居所という新しい基準がいわば正統な位置付けを得たことの意義は少なくない。その後の固有法の立法にあたり、この基準が既に日本の法体系の中に存在するという事実が、常居所基準説に対して、一つの根拠を与える余地があるからである⁽³⁷⁾。「難民の地位に関する条約(国連・1956)」の批准も(昭和56(1981)年)、従来の国籍基準の意義付けに影響がなかった訳ではない。それは難民という特殊状況にある個人に関するものではあるが、その属人法の決定基準を住所または居所と定めており(条約第12條第1項)、国籍基準の妥当範囲を明確に限定しているからである。

こうして「法例改正についての中間報告」⁽³⁸⁾が公表される昭和61(1986)年頃になると、当時の西欧諸国における国際私法改正の動向をも反映し、常居所基準説に依る案が、選択肢の一つとして登場するようになる。「当事者の属人法を問題とすべき場合に、その決定基準をどうするかについては、なお検討の余地がのこされている。」と明記されていながらもである⁽³⁹⁾。昭和61(1986)年には、扶養義務の準拠法に関する条約(1973)の批准、同法律(昭和61年法律第84号)の制定と続く。扶養義務という特別の事項ではあるが、この法律の第2條第1項は、先の「子」条約の基本精神に則り、本国法よりも常居所地法を優先し、後者を第一の準拠法としたのである。前掲の「遺言の方式の準拠法に関する法

律」では、国籍基準が少なくとも先順位の基準であることが読み取れる(同法第2条)。したがって、日本の法体系中で、その規定の文言上も、常居所基準が国籍のそれに優位することを明らかにしたのは、これが初めてである。ここに採択された常居所基準がいわゆる属人法の決定基準と考えられるか、その適用対象が属人法の範囲のものか、これらの点には慎重な検討を必要とする⁽⁴⁰⁾。しかしながら、法例改正の進行中に、このような新しい状況が日本の法律体系の中にも生まれたことは、その改正作業に少なくない影響を与えたと思われる。これより少し先、女子差別撤廃条約(国連・1979)の批准を控えて国籍法などの改正が進み、いわゆる父母両系血統主義が導入されたことは、周知の通りである。これは、国籍基準説そのものの維持あるいは廃棄に、直接の効果を及ぼすものではない。けれども、準拠法選定の属人的基準を男女いずれか一方のみにしようとする方法に対しては、その基盤を失わせしめたと云えるであろう⁽⁴¹⁾。いよいよ「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案」が公表される(昭和63(1988)年)のは、このような経緯のもとにおいてである⁽⁴²⁾。この88年試案を、本国法主義の存在形式に主眼を置いて観るならば、まず、準拠法選択の属人的基準に関し、次のことが指摘できる。これまでに述べてきた状況から当然であるが、両性平等の原理を貫くため、婚姻の効力、夫婦財産制、離婚に関しては、配偶者間に共通の要素を基準とする段階的連結の手法が採り入れられている。親子の法律関係についても、この基準が親から子へと変更されている。国の内外におけるほぼ百年を経た、家族関係の在り方にかかわる価値観の変遷、ならびにそれを基盤とした法と社会の制度改革の成果、これらの反映である。

本国法主義の適用範囲そのものの拡大・縮小については、即断が難しい。任意的・代替的な準拠法の選択肢が増やされているところは(試案一(別案)、二、六、七、八、十一)、当該関係成立の容易化あるいは既得の地位・身分の保護を意図した、より実質的な利益考量の結果であり、必ずしも本国法主義そのものの当否とは関係がない。ただし、本国法以外の基準にも、並列的に準拠法としての適格性を認めたことは、本国法の価値を相対的に低下させた側面を否定できない。重要なのは、反致政策の全面的な廃止が、別案としてではあるが、法例百年の歴史の中で初めて、提案されていることである(試案十四)。もし、これ

が採択されるときは、準拠法に指定されている以上、本国法にはその適用の機会が保障され、その限度で、実質的には住所・常居所・居所の在る地の法律には準拠法となる機会、つまり適用の機会が奪われることになる。本国法主義が、言い換えれば、国籍基準が他の例えば常居所などの基準を排して、これまで以上に貫徹されることになる。反対に、婚姻の効力・夫婦財産制・離婚に関する準拠法の選択にあたり、第二段階にはあるが、常居所の基準が本案の中に採択されたことは（試案三、四（一）1前段、五）、本国法主義にとって影響は重大である。無国籍者には本国法を擬制せず、本国法に替えて常居所地法を基準とした点も（試案十二2）、法例制定当時とは大きく異なる選択であった。この局面で言うならば、今回の改正が「矢張り本國法ノ原則ヲ……成ルベク貫ヌキマスル……」立場を維持した、とは言い難い。けれども、非嫡出親子関係の成立について、常居所基準説に依る法選択が括弧に入れられており（試案七2、同3）、さらに、前述の婚姻に関する段階的選択の第一順位は国籍基準説に依っている。これらのことは、常居所基準説が大方の支持を得られるには到っていなかったことを、物語っている。とはいえ、婚姻関係の準拠法選定にあたり、両性平等原理を貫徹するため、本国法主義の妥当範囲を夫婦に共通の要素のある場合……夫婦が同一の本国法をもつ場合……に限ったことは、本国法の適用機会が事実上制限される効果を齎らした。夫婦異国籍のときには本国法主義に依らない、少なくともこの点は明確になっているからである⁽⁴³⁾。ここで注目すべきは、中間報告での夫婦の「共通」本国法が「同一」本国法に変えられているところである（試案二、四、五）。これは、国によっては、自国民との婚姻により外国人妻に国籍を当然に付与する場合があります、夫の本国法が自動的に共通本国法になることがある。これを指摘した関係団体への対処の結果である⁽⁴⁴⁾。国籍と個人との実質的な関連性を重視する脈絡のなかでは、首肯できる処理であろう（試案十二1）。

親子の法律関係に関しては、常居所基準説も有力であった。けれども、子の常居所地法主義に従えば、子に対する親権または監護権の所在などは、子の常居所地の如何によって準拠法が異なることとなり、日本人夫婦とその子に関する親権についてすら、戸籍を以て証明することが出来なくなる、その意味で戸

籍のもつ公証機能が害なわれる、当局はこの点を憂慮した。また、国籍を一つにする家族のなかに異なる法律を持ち込むことへの疑念を持つものもあり、これらを理由に常居所基準説は本案から外されたのである⁽⁴⁵⁾。子が現実に居住し生活している社会に妥当している法律との実質的な関係よりは、子の身分登録・公証を管理する立場の関心が優先されている印象を与えるであろう。たしかに、後者も関連性の一つの要素である。けれども、それは個人とその社会生活との実質的な関連性ではない。人の身分に対するその者の所属国の関心を内容とした、国家との公的な関連性である。ここに留意しておくべきである⁽⁴⁶⁾。この意味の関連性の考慮は、婚姻の成立あるいは離婚の場合のいわゆる日本人条項（試案二2但書，五但書）の背後にも、潜んでいよう。認知あるいは養子縁組の場合の子の本国法上の要件充足の要求も（試案七2第二文，九第二文），子の側の利益保護のみならず，その本国における関係成立の承認を確保するためには，本国の公益，当該国民に対する公的関心，これへの配慮を怠るわけには行かない……，こうした考えと全く無縁とも言い難い⁽⁴⁷⁾。

この試案に対する意見照会に応じた裁判所，弁護士会，大学，戸籍事務協議会など関係者の意見は半年間で51通に達し，その反響の大きさが窺われる⁽⁴⁸⁾。両性平等原理の貫徹という改正の基本精神には，異論の出る余地はない。女子差別撤廃条約が既に日本について発効しており，むしろ，早期の改正・実施を望む声が高かった。最も意見の多かったのは常居所基準導入の当否に関してである。改正の影響を直接に被る戸籍窓口を抱える立場から，この基準の不明確性や調査認定の困難性が強く指摘されたのは，予測されたとおりである。身分関係公証機能を期待されつつも形式的審査権しかもたない戸籍官庁にとって，この反応は当然であろう。けれども，この問題は，本来，常居所基準導入後その実際上の運用にかかるものである。最適準拠法選択の手段としての特定基準導入の当否自体の問題とは，次元を異にする。傾聴すべきは，むしろ，次のような声であろう；各国の家族文化や法的伝統を反映することの多い，身分関係の成立自体の基準として，果たして常居所地法は適格なのか；本国の国民感情として受け入れられるのか；こうした指摘である⁽⁴⁹⁾。大学・学界関係者の多くが，欧米あるいはヘイグ国際私法会議の立法動向を引用し，この基準導入に積

極的なのも理解できる。しかし、より注目すべきは、これらの見解が在日外国人の現実の居住形態に着目し、婚姻の問題に民族・国家の観念と結びつく国籍を連結素とすることのみが適当かを、疑問視しているところであろう⁽⁵⁰⁾。けれども、上述のように、自国民の地位・身分に対する国家の関心にはそれなりの合理的根拠が無い訳ではない。また、少なくとも日本国籍が民族の徴表であり得たことはなかったことを、想起すべきであろう。その当初より近代国家日本は異民族の居住する千島・樺太・台湾を領有しており、朝鮮併合後はなおさら民族構成を多様にしてきたからである。

これらの意見を基に慎重な再審議を経て制定・施行されている現行の関係諸規定を見れば、明白である。88年試案の大筋は一般的な賛同を得ていたことが、知れるであろう。新规定の32條に但書が付けられたのは、いずれも強力であった反致否認説と同肯定説との妥協の産物である⁽⁵¹⁾。他の場合はともかく、夫婦または親子の間に同一の本国法の在ることが認められるかぎり、本国法の適用が確保されることとなっている。本国法主義vs常居所地法主義のもう一つの論点、親子の法律関係については、新规定の第21條が結論である。国籍基準を第一に優先し、次順位に常居所基準を採択した。法例等との体系的整合性の維持に配慮しつつ(参照、第24條、第14~16條、扶養義務の準拠法に関する法律第2條)、本国法基準に依る範囲を合理的に検討した結果である⁽⁵²⁾。88年試案では全面的な子の本国法主義であったものが、親子に同一の本国法の在る場合に限られた。その意味では本国法主義が後退し、常居所地法主義への譲歩が認められる。同一の婚姻あるいは親子という共同体内部における法律の抵触を出来るだけ避けようとする、家庭内法抵触最小限の原則とでもいうものの採択である。また、配偶関係、親子関係という基本的身分・地位の形成・解消には直接の関わりを持たず、そうした身分・地位から派生する具体的な諸権利・権限の規律の基準がここでは問題であり、その点では本国の公的関心も幾分妥協の余地を認め得たかも知れない。また、個人が現実生活・居住する社会環境……常居所地……の中に妥当している規範を基準とすることが、相当あるいは合理的と思われる場合があり得る、こうした実質的認識もあつたやに見える。

以上のような経緯と趣旨で、法例の中に常居所の基準が位置付けを得て以来、

すでに十年が経過した。この基準に関して運用上の問題点を指摘していた戸籍官庁に対し、当局は改正規定の施行前に通達を発し、その具体的な認定基準を指示している(平成元年10月2日・法務省民二第3900号第8)⁽⁵³⁾。必要止むを得ない処置ではあるが、このことによって、常居所の性格が一変したように思われる。それは本来きわめて事実的な概念とされ、人の社会生活の実態を直接に反映する、その意味で人の現実の居住・生活する場所を実際に示すものと一般に理解されていた。しかしながら、「事件本人が国外に転出し、住民票が消除された場合でも、出国後一年内であれば、我が国に常居所があるものとして取り扱う。出国後一年以上五年内であれば、事件本人が」特別の資格で外国に在留している「場合を除き、同様とする。」(上記通達1)。このような取り扱いは、人の現実の生活本拠地と常居所の所在とが、実際上は異なることを容認することになる。いまや常居所は事実的な概念から技術的なものへと性質を転換し、実質的な関連性の徴表である資格を失って形式的な観念と化したのである。この限りで、常居所という基準が国籍に対して保っていた決定的な優位性は崩れている。にもかかわらず、今日でも常居所基準のより広範囲な導入を力説する向きがある⁽⁵⁴⁾。如何なる事項に関する準拠法選定の基準としてであるかを、慎重・実質的に見極める要があろう。一般的な導入の当否、あるいは他の基準の完全廃棄や全面的交換、こうした主張に一般的な説得力を認めるのは困難である。

さらに検討すべきは、88年試案に対する学界からの意見にも指摘されていた、現段階における、在日外国人の居住形態への対処である。日本に在留する外国人の登録者総数が日本の総人口比で1%を超えた平成4(1992)年以降も、その比率は増加の一方である⁽⁵⁵⁾。うち、韓国・朝鮮籍の人達がかつては在留外国人の約8割前後を占めていたが、平成6(1994)年にちょうど50%となってからは、年々その比率を下げ続け、平成9(1997)年には既に43.6%に落ちている。平成2(1990)年からはブラジルおよびペルーよりの日系外国人の入国が急増し、平成9(1997)年度にはこの二国からの入国者(年度構成比・第三位および第六位)の総計が、第二位の中国籍者の総数を凌ぐまでになってきた⁽⁵⁶⁾。日本人の配偶者等の資格で在留する者についてみると、ブラジルの41.3%(97年度)

を筆頭に、フィリピン、中国、韓国・朝鮮、ペルーという順序は、ここ数年間、変わらない。これらの者だけで日本人の配偶者となった外国人(97年度274,475名)の約8割に達している。定住者の範疇に入る外国人数の第一位も、この数年間はブラジル国籍の者が占めており、あとは中国、ペルー、韓国・朝鮮、フィリピンの順である。97年度の構成比では、ブラジル人が55.1%の高率で、同中国人の18.2%を大きく引き離している。他方、同年度の永住者数ではこれまでの経緯を反映し、韓国・朝鮮籍の者が90.1%(97年度)で圧倒的多数である。この人達の婚姻形態の推移も注目に値する。同国人同士の婚姻と一方が日本人の場合のそれとの比率を見ると、1960年には約66%が同胞を相手に選んでいたのに対し、その率が1975年には50%を割っており、1990年に到るともはや15%にまで低下している状況である。ただ、相手に選ばれた日本国籍の者が実は帰化人であって、民族的には祖国を同一にする例えば韓国系日本人ということもあり得ることを、看過すべきではない⁽⁵⁷⁾。これらのうち凡そ三分の一の家庭では、その内部規律の日常規範に祖国の習律・慣習を維持・承継していると推測される。さらに、イラン・インドネシア・マレーシア・バングラデシュ、パキスタンなどイスラム法系諸国からの入国者が、総計3万人を超える程度ではあるが、在留していることが氣に懸かる。これらの国民の日常家事規範は、イスラムの信仰と強固に結びついている筈であるからである。常居所基準説＝常居所地法主義は、これらのような場合でも、少なくとも法規範の名目で、在日外国人の家庭内部に日本法が介入すべきことを、主張する。しかしながら、その常居所地法の制定には、これら外国人当事者は外国籍であるがために、何ら参画の機会を法的に保障されていないのである。立法への参加の機会……国政レベルの参政権……の無いままに、その適用を甘受せねばならない立場に陥るのである。一般的な経済生活あるいは緊急時または社会保障的な規範については、“郷に入っては郷に従え”の原理に従い、常居所の基準に依らしめる合理性もあるであろう。けれども、家庭内規律に係る事項についてまで、一種の任意服従を觀念し、属地規範を強制することに問題はないのか、なお慎重な検討が望まれる。常居所基準に依らしめるべき事項の精選を要するとは、このことを考慮してのことである。こうした意味で、常居所基準の妥当性にはやは

り基本的な限界が在るようである。婚姻制度あるいは家庭の在り方の根幹に係る諸問題について、この基準に依ることに格別の支障を招かないのは、民族性や宗教など精神文化の格差の無い社会相互の關係に留まるのではないかと、思われる⁽⁵⁸⁾。在留外国人の内国における居住形態が示唆するのは、単に一方の常居所基準採択の妥当性のみではない。国籍基準の重要性を再確認させる方向を指示する部分のあることも、無視できない。しかしこれもまた、スポーツ選手などに見られる一種便宜的な帰化に伴う国籍の変更が、家庭内規律についてまでも、その新国籍所属国法への服従を承諾していると考える根拠になり得るか、家族法の強行的性格は単に国内的公序に留まるのではないのか、こうした疑問の残るところである。

制定・施行されて100年前後も経過すれば、その規律対象の構成または統治の原理に根本的な変革を経験することがあっても、当然である⁽⁵⁹⁾。法例の本国法主義がこの百年間に遭遇した最大の衝撃は、やはり第二次世界大戦・太平洋戦争の終決に伴う内外の新情勢であろう。その併合なくして起こり得なかった朝鮮の独立回復、日本国籍喪失への一方的措置は、後にいわゆる協定永住者という大きな集団の日本在留を齎らした。これと並行した、国際關係の冷戦構造が、国家分断状態を長期にわたって存続させ、本国法の特定過程に難題を与え、国籍基準の妥当性までを疑わせた。敗戦を契機とした国家体制の変革は、新しい憲法の制定施行を招来し、国家法の根幹をなす理念に革新を実現させ、ことに両性平等原理と児童福祉推進の政策は、国籍の変動を身分關係に連動させる政策の廃止を迫り、本国法決定のための属人的基準の改訂を要請した。この両性平等原理が、婚姻關係における夫婦に共通の要素の重視・選択を方向付け、同一本国の無いときには国籍以外の共通要素の採択を余儀なくさせ、新基準導入に格好の機会を提供したことを否めない。その際に、より実質的に当該の關係との関連性を示し得る基準が求められ、その新基準に国籍以上の少なくとも優位を与えようとする主張が強力であったことは、上述のとおりである。法定されている国籍基準に依るのでは事実上の関連性の乏しい法律を準拠法とせねばならない場合があまりにも多すぎて、高度に抵触法的な法技術を本来の範囲を超えてまで便宜的に多用しなければならない、そうした実態をいわば制度的

に内在させる国籍基準説への否定的な判断が潜んでいた。しかし、これらを具体的な立法に結合させるには、約50年の歳月の経過を要し、女子差別撤廃条約の批准を待たねばならなかったのは、いささか慎重さが過ぎた嫌いがする。

これまでに述べてきたような経緯をたどった法例の本国法主義ではあるが、最後に一つ問題を提起しておきたい。国籍基準あるいは常居所基準とはいうものの、例えば国籍について言うと、この百年の間に、その法的社会的意義が変貌しているように見えるからである。かつては民族性の徴表・臣民の資格であり得たが、いまでは市民権の所在を証明するだけの機能的なものに転化してまっている部分がある。常居所も既に指摘したように、形式的な概念に変質したところがある。その何れについても一般的な論議と性急な評価は危険であり、今後はより機能的に個々の問題ごとの慎重な検討がますます必要となるであろうと、思われる⁽⁶⁰⁾。

- (1) 1942年、第18條の「私生子認知」が「子の認知」に改められ、1947年には外国人の入夫婚姻・婿養子に関する第14条第2項および第15条第2項の規定が削除された。その後、ヘイグ条約を批准し、1964年には遺言の方式の準拠法に関する第26条第3項が、1986年には扶養義務の準拠法に関する第21条が、それぞれ削除となっている。
- (2) ここに本国法主義とは、もちろん本国の法律に依って当該の問題を規律させるといふ、一つの法政策を云う。そして、その本国の決定は、基準に選ばれた者（本国法決定の属人的基準）の国籍に依り、特定されることが意図されていた。「……本國法ハ何ニ依ッテ定マルカト云フト、國籍デスカラ、……」穂積陳重・衆議院法例修正案他四件審査特別委員會速記録（明治31年5月26日（第2號）18頁。参照、岸本辰雄『法例正義』（第6版）32頁（1896）；山田三良『國際私法』95頁（「國籍とは一個人が或る國家に所屬する關係即ち其國の臣民たるの資格を表示する言葉である。更に國籍と臣民とは畢竟其名を異にして其實を同ふするものである。個人の國に対する「服從の属人的永續的なことを云ふ。」）。
- (3) 法例の制定（旧法例修正）前後の事情については、川上太郎『日本国における國際私法の生成發展』（1967）が最も重要な文献である。各種の第一次資料を、穂積文書を含め、涉猟した上での信頼性の高い研究を一冊に纏めたものである。肝心な部分は原資料・原典の精確な引用があり、あらためて元の資料に当たる必要は殆どない。他には、久保岩太郎・現行法例の成立について・青山法学第3巻第2号21頁（1961）、第4巻第3号15頁（1962）；矢ヶ崎武勝「起草者の意図をめぐる法例の解釈についての二・三の考察」『久保還曆記念論文集』所収（1962）。

本國主義に関しては、次の二編が概要である。桜田嘉章「涉外家族法における本國主義」『現代家族法大系』第1巻202頁(1975)；石黒一憲「わが国際私法における本國主義と例外的事案の救済」法協95巻1273, 1465, 1656, 1753頁(1978)。

とくに反致条項(旧規定29條)に特化した研究としては、北澤安紀「反致論序説」(慶応大学大学院)法学政治学論究第15号267頁(1992)。

なお、当時の立法趣旨の確認に当たり、利用されることの多い『法例修正案参考書』または『法例修正案理由書』の意義については、川上教授・上掲書97頁でも引用されている、穂積陳重の発言を賞味しておくことが不可欠である(衆議院議事速記録第3號(明治31年5月26日：法例修正案第一讀會)20頁)。櫻田嘉章・上掲論文210頁(注10)、高桑昭「法例修正案に関する参考書と理由書」国際外交86巻2号154頁(1987)、北澤安紀・上掲論文316頁(注12)。貴族院議事録の引用が殆どなされないのは、同院での審議は実質的に無に等しいからである。同議事録第12號(明治31年6月3日：法例修正案第一讀會)149頁、同(明治31年6月10日：法例修正案第一讀會ノ續ほか)255, 256頁。

- (4) 穂積陳重・法例議事速記録第I巻85, 108~09頁、同(政府委員として)衆議院議事速記録第3號(明治31年5月21日)19頁(下段)。
- (5) 穂積陳重・法例議事速記録第I巻87頁。
- (6) 岸本辰雄・前掲書30頁
- (7) 穂積陳重・法例議事速記録第I巻81頁(法例第3條第1項についての説明)。なお、上掲速記録85頁。この点は、旧法例においても同様であり、そこでもフランス民法、イタリア民法(1865年)、オランダ民法、サクソン民法もこれを認めているからと云う理由を挙げ「我法例モ此ノ原則ヲ採用シタ」と云われている(岸本辰雄・前掲書37頁)。
- (8) 穂積陳重・衆議院議事速記録第3號(明治31年5月21日)19頁。別の委員会においても、穂積陳重は同趣旨の説明を行っている。「法例ノ第三條以下ハ、主トシテ國際私法的ノ規定ニ關シテ居ルノデアルカラ、諸國ノ間ノ抵触ヲ避ケルタメニ、最モ多クノ立法例ト矢張標準ヲ一ニ執ルヤウニシ、成ルベク諸國共通ノ主義ヲ執リマシタガ、日本ニ不利益ナ結果ヲ其主義ヲ執ルタメニ生ズルト云フ場合ニ於テ例外ヲ設ケマシテ、……」衆議院法例修正案他四件審査特別委員會速記録(明治31年5月26日)17頁。
- (9) 法例議事速記録第II巻92頁。なお、フランス人とドイツ人について：同速記録第I巻146~54(人の能力)；128, 157~62, 168頁(禁胎産宣告)など。さらに、同第I巻105頁(行為地)。
- (10) 山口弘一『親族法及び國際親族法の研究』53頁(1943)。参照、山田三良・前掲書322~323頁(能力について)。なお、岸本辰雄・前掲書95頁。
- (11) 穂積陳重・衆議院法例修正案他四件審査特別委員會速記録(明治31年5月26日)17頁(旧規定第29條の立法趣旨の説明において)。法例は「内外人の平等、内外法の同等なる二個の事實に出発す……」と説明されたこともあった(佐々野章邦『日本國

際私法』53, 37～38頁(1920))。しかし、民法第2条の内外人平等原理も、外国人に権利享有を禁止・制限する立法が数多く、事実上、覆されてしまっているという指摘がある(例えば、山口弘一『研究』208—10頁)。日本の土地所有、日銀などの株式保有、船舶・航空機の所有、これらの禁止；弁護士・公証人・水先案内人・取引所所員・移民取扱人など一定の職業への就業制限が、挙げられている。民法第2条の導入に熱心であった山田三良も、土地所有権、船舶所有権、鉱業権、漁業権に関し制限のあることを認めている(前掲書200頁)。

- (12) 山田三良・前掲書66頁。
- (13) 参照、穂積陳重・法例議事速記録第II巻85頁。
- (14) 穂積陳重・法例議事速記録第II巻150頁。
- (15) 穂積陳重・法例議事速記録第II巻165頁。
- (16) 議会に提出された「修正案」については、衆議院議事速記録附録(明治31年5月25日)2頁。なお、法例議事速記録第II巻に見られる梅修正案(162, 165頁)、寺尾修正案(163, 164, 165頁)、整理案(183頁)を比較参照。
- (17) 穂積陳重・法例議事速記録第II巻70, 75, 86頁。参照、山田三良・前掲書414頁、山口弘一『研究』前掲114頁、など。
- (18) 穂積陳重・法例議事速記録第II巻100, 103, 104, 108頁、など。
- (19) 旧国籍法・第5, 第8, 第13①, 第14, 第18条；第10, 第15①, 第19, 第21～23条。
- (20) 朝鮮民事令・第11条1項の改正経緯を参照(明治45(1912)年, 大正10(1921)年, 昭和14(1939)年)。
- (21) 岸本辰雄・前掲書43～47頁。なお、穂積陳重・法例議事速記録第II巻86頁。
- (22) 参照、「日米人間の養子縁組許可事件に関する養親の所属州：養子の混血および男女別の件数調」家裁月報9巻5号137頁(1957)。
- (23) 加藤令造『家事審判法講座』4巻90頁(1975)；宮崎家審・昭和42年4月4日, 家裁月報19巻11号122頁；東京家審・昭和31年12月12日, 家裁月報10巻1号55頁。
- (24) 池原季雄「わが国際私法における本國法主義」法協79巻6号715, 716, 717頁(1963)。本論文も本國法主義の考察には不可欠の文献である。
- (25) とりあえず、次を掲げておく。最高裁判所事務総局(編)『涉外家事事件執務資料集』(昭和56年・家庭裁判資料第118号14～36頁(1981))。早田芳郎「分裂国家の国民の本國法」池原季雄・早田芳郎(編)『涉外判例百選』<第二版>22頁所収(1987), 同書<第三版>20頁所収(1995年)。国籍基準離脱説は、要するに、国際私法上の連結素としての国籍を如何に捉えるかの点で、通説とは異なり、個人と国籍との実質的関連性をより重視しようとするものである。
- (26) 久保岩太郎「法例の改正」(私法学会報告)・私法5号108頁(1951)；溜池良夫「国

- 「国際私法と両性平等」民商 37 卷 2 号 146 頁 (1958)；鳥居淳子「わが国の涉外離婚事件と両性の平等」国際外交 75 卷 1 号 2 頁，4 号 57 頁 (1976)。
- 上掲・久保報告は、国籍法・民法の改正に伴い、夫婦平等，父母平等，被保護者中心の法政策を意識的に導入，婚姻関係については「夫婦の共同の本国法」主義，親子関係では「親子間の共同の本国法」，そのないときは「子の本国法」，これを段階的に準拠法に指定する，暫定的改正試案である（私法学会国際私法部会，昭和 25 (1950) 年 10 月 28 日)。なお，この報告論題は「国籍法」と誤植されている。
- (27) 参照，静岡家熱海出審・昭和 49 年 5 月 29 日・家裁月報 27 卷 5 号 155 頁。
- (28) 付表 1 「法例関係法令略年譜」，および付表 2 「法例改正関係の国際私法学会報告」を参照。
- (29) 山田鎌一「法例改正関係資料の作成，整理を終えて」『法例改正 (婚姻の部) に関する資料』(法律時報資料版 14 号) 8，14 頁 (1961)。
- (30) 山田鎌一・上掲資料版 11 頁。この点は，親子関係に関する部分の改正論議においても同様であった。参照，高桑昭「法例改正要綱試案 (親子の部) について」法曹時報 25 卷 6 号 986，990～91 頁 (1973)。
- (31) もっとも，これは本国法主義に固有の欠陥ではなく，また，一つの主義を採択した以上，たとえ欠陥があろうとも，その拘束力を軽視することは疑問だとする趣旨の批判がある（櫻田嘉章・前掲論文 242，244 (註 148) 頁)。
- (32) 参照，池原季雄・前掲論文・法協 79 卷 717 頁；石黒一憲・前掲論文・法協 95 卷 1273，1786～7，1467，1466 頁。なお，畑場準一・ジュリ 195 号 60 頁 (1960)，同・299 号 125 頁 (1964)。
- (33) 穂積陳重・法例議事速記録第 II 卷 84～86 頁 (夫婦財産制について)。参照，岸本辰雄・前掲書 75 頁，跡部定次郎『国際私法論・上巻』169 頁 (1935)：衆議院法例修正案外四件審査特別委員会速記録 (明治 31 年 5 月 25 日 (第 1 號)) 2～3 頁 (山田喜之助委員の発言)。
- (34) 山田鎌一・前掲論文 (法律時報資料版 14 号) 8 頁 (1961)；高桑昭・前掲論文・法曹時報 25 卷 6 号 986 頁以下，など。
- (35) 村岡二郎「国際私法部会における審議経過」『法例改正 (婚姻の部) に関する資料』前掲 6，7 頁。この方針は今日でも確認されている (99 年 3 月 9 日部会)。
- (36) 村岡二郎「遺言の方式の準拠法に関するヘーグ条約」への加盟について」国際外交 63 卷 3 号 247 頁 (1964)，など；細川清「子に対する扶養義務の準拠法に関する条約」の批准」ジュリ 649 号 102 頁 (1977)。
- (37) 参照，畑場準一「法例の改正規定と常居所基準説の論拠について」国際外交 90 卷 2 号 113 頁以下 (1991)。
- (38) 法務省民事局参事官室・ジュリ 867 号 127 頁 (1986)。
- (39) 中間報告・はしがき，同五 (この離婚に関する甲案①の段階的連結の第二段階に組

み入れられている)。

- (40) 折茂豊『属人法論』特に73～171頁(1982), 煇場準一・前掲国際129頁(註34)。
- (41) 前掲・久保私案では, 第一段階の「夫婦共同の本国法」に次ぐ第二段階の準拠法は夫の本国法とされていた。ただし, 久保私案の公表当時, 参照された欧州各国の法制でも夫の本国法主義が残っていた。このことを看過すべきではない(久保岩太郎・前掲私法学会報告114頁)。
- (42) 南敏文「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案の説明」ジュリ904号92頁(1988), 同「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案について」戸籍532号1頁(1988), 住田裕子「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案に対する各界意見の分析」戸籍539号18頁(1988), ほか。その他の文献については, 次を参照; 西賢『属人法の展開』193頁(注1, 注2)(1989): 国際外交88巻2号270, 271頁(1989), 同・89巻2号241, 242頁(1990), 同・90巻2号264～266頁(1991)。
- (43) 厳密には, 夫婦が同一国籍であっても, 必ずしも, 同一の本国法をもつことにはならない。
- (44) 南敏文・前掲ジュリ904号96頁, 同・前掲戸籍532号30頁。
- (45) 南敏文・前掲ジュリ904号95頁。

ただ, この第二の理由は危険である。婚姻の効力の第二段階の準拠法の決め方にも通じる部分を, 否定できないからである。同一の米国国籍を持ちながら, それぞれ関係の深い州がことなるため, それらの州法の間にも実質的には差がないにもかかわらず, 同一の本国法は無いとされ, たとえば日本法が米国人夫婦の家庭のなかに闖入する, こうした印象を与える余地があるからである。
- (46) 桜田嘉章・前掲論文239頁, 西賢・前掲書210, 196～97頁。
- (47) 南敏文・ジュリ904号前掲94頁。
- (48) 住田裕子・前掲戸籍19頁(中間報告に対するものは6通であったという)。
- (49) 住田裕子・前掲29, 32頁。
- (50) 住田裕子・上掲25, 21頁。この相対する見解の根底には, 文化的格差の少なくない国の国民の事件を日常的に処理している窓口と, 欧米の理論により親近感を持つ学者達との, 感覚的な違いが横たわっているようである。
- (51) 煇場準一「法例の新規定における反致政策についての小論」『講座・現代家族法』103以下(1991), 池原・溜池ほか「法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」(座談会)・ジュリ943号16, 36頁(1989)。
- (52) 南敏文『改正法例の解説』158頁以下(1991)。
- (53) 「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」
- (54) 松岡博(発言)「『法例』現状と課題, 将来への展望」(座談会)・ジュリ1143号29頁(1998)。
- (55) 本文の以下につき参照, 入管統計研究会『我が国をめぐる国際人流の変遷』第6

- 34表, 第6—35表 (1990), 入管協会『平成10年度版・在留外国人統計』③, ⑧, ⑭, ⑮ (1998), 『出入国管理統計年表』(各年度) など。
- (56) 出入国管理法を, 日系人の入国・在留に好意的な方向で, 改訂した結果である。参照, 法務省告示第132号 (平成2年5月24日) 三, 四, 五。
- (57) 福岡友則『在日韓国・朝鮮人』67頁 (1993)。
- (58) フランスにおける国籍主義から住所主義への転換には国内在住外国人数の増加が影響した, との指摘がある (櫻田嘉章・前掲論文 243頁・注146)。しかし, ラオス, チュニジア, モロッコ, ポーランド, ユーゴスラヴィアという, 文化的格差の大きい外国との関係では, 二国間条約の締結に依り, 国籍基準を優先する政策を維持していることに, 留意すべきである。(cf. Mayer, P., *Droit Internaional Privé*, 5^e ed., no. 512 (1994))。
- (59) 在外邦人の数に関しても, 例えば昭和45 (1970) 年度と比較して, 今日では約3倍の増加である。しかし, フラジルを中心とした南アメリカに在住者が半数以上という, かつての状況は昭和55 (1980) 年度で終わりを告げ, いまでは, 永住者数の第一位は米国である。
- (60) イギリスおよびアイルランドでは周知のところであるが, 抵触法上の連結素としてのドミサイルをハビチュアル・レジデンスで置き換えてしまった例がある。人口および面積で世界最小の共和国ナウルの1974年法律第14号第2条である。アイルランドでも, 1983年に, ロー・リフォーム・コミッションが同様の結論に到達して法案を準備したが, 国会の受け入れるところとならず, 「住所および外国離婚の承認に関する法律」の制定 (1986年) で終わっている。
- (補注) 法例の一部改正のもう一つの論点は, 密接関係地という概念を法文に定着させたことにある (新規定第14ないし16条, 同第28条第1項本文)。これとの関係を十分に論じ得なかったのは残念である。ただ, この関係性あるいは関連性の概念自体も多種多様であって, 問題と時代に依り, 有意義な「関連性」の姿を容容させる。理論的な側面について参照, 跡部定次郎『国際私法論・上巻』169頁 (1926), 久保岩太郎『国際私法論』334, 505頁 (1935), 同『国際私法概論』4頁 (1950), 實方正雄『国際私法概論』9, 37頁 (1942), 川上太郎『国際私法講義要綱』6頁 (1952), 溜池良夫『国際家族法研究』所収論文52頁 (1985 (初出・1952)), 折茂豊『国際私法講座』第1巻所収論文6頁 (1953), 同『講座』第2巻所収論文415頁 (1955) など。また, 当然のことであるが, 一部改正にあたり, 法例の条文の片仮名表記の改善が問題とされた (参議院法務委員会 (平成元年6月16日) 『法例改正特集』民事月報44巻号外 (1989) 364 (千葉景子), 376 (猪熊重二), なお, 395頁。さらに参照, 参議院法務委員会・前掲404 (政府委員・藤井正雄)。実現には到らなかったが, 学界では一応の準備のあったことを指摘しておきたい (早田芳郎・澤木敬郎・横山潤「法例規定の口語文化に関する調査研究」(1986・非公開))。

付表 1

法例関係法令略年譜

(年月日は法令の施行期日, または条約の発効期日)

(◎は法例改正に直接かかわるもの, ○は同趣旨の条約,

* は法制審議会国際私法部会における改正作業である。)

- | | |
|--------------------|---|
| ◎明治31(1898)年7月16日 | 法例
外国人を養子又は入夫と為すの件(法務大臣の許可:一年以上引き続き日本に住所・居所を有し,品行端正なる者), 台湾民事令 |
| 明治32(1899)年4月1日 | 国籍法(日本人女性は外国人との婚姻により日本国籍を失う:18条) |
| (明治43(1910)年8月22日 | 日韓併合条約調印) |
| 明治45(1912)年4月1日 | 朝鮮民事令 |
| 大正5(1916)年8月1日 | 国籍法一部改正(日本人女性が外国人の妻となり夫の国籍を取得したときは日本国籍を失う:18条) |
| 大正7(1918)年6月1日 | 共通法 |
| ◎昭和17(1942)年3月1日 | 法例:18条改正(私生児認知→子の認知) |
| 昭和22(1947)年5月3日 | 日本国憲法;民法応急措置法 |
| ◎昭和23(1948)年1月1日 | 法例:14条2項, 15条2項削除(外国人の入夫婚姻関係)
民法新規定, 家事審判法 |
| (昭和24(1949)年1月1日 | 家庭裁判所創設) |
| 昭和25(1950)年7月1日 | 国籍法(旧国籍法廃止:身分行為による国籍の得喪変動の廃止) |
| 昭和27(1952)年4月19日 | 法務省民事甲438号・民事局長通達
(内地の戸籍に在る者・それに入るべき事由のある者を除き, 外地の戸籍に在る者およびそこに入るべき事由のある者は, 日本の国籍を失う) |
| 同 4月28日 | 平和条約(朝鮮・台湾の日本領土からの分離等) |
| * 昭和32(1957)年2月12日 | 法務大臣諮問第16号 |

- 「法例その他の涉外私法関係に関する実体法及び手続法を改正する必要があるれば、その要綱をしめされたい。」
- * 同 4月1日 国際私法部会第一回会議
 - * 昭和36(1961)年9月 法例改正要綱試案(婚姻の部：国際私法部会小委員会)
 - 昭和39(1964)年8月2日 遺言の方式の準拠法に関する法律
 (昭和43(1968)年6月26日 小笠原諸島復帰)
 (昭和47(1972)年5月15日 沖縄復帰)
 - * 同 11月24日 法例改正要綱試案(親子の部：国際私法部会小委員会) 決定
 - 昭和52(1977)年9月19日 子に対する扶養義務の準拠法に関する条約
 昭和54(1979)年9月21日 国際人権規約A・B
 - * 昭和56(1981)年12月18日 法例中親族に関する規定の改正と審議と、ヘイグ条約批准の為の審議とを並行して行うことを決定
 - 昭和57(1982)年7月11日 難民条約(難民の属人法を住所地法とする：12条1項)
 - * 昭和59(1984)年5月 法例改正作業再開
 昭和60(1985)年1月1日 国籍法及び戸籍法一部改正
 (父母両系血統主義の採用、準正による国籍取得の規定新設、外国人配偶者の氏への氏の変更、外国人婚氏続称制度、外国人との婚姻による新戸籍編成等)
 - 同 7月25日 女子差別撤廃条約
 - * 昭和61(1986)年8月 法例改正についての中間報告
 (法務省民事局参事官室)
 - 同 9月1日 扶養義務の準拠法に関する法律
 昭和63(1988)年1月1日 民法一部改正(特別養子制度の導入)
 - * 同 2月 婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案
 (法務省民事局参事官室)
 - 平成1(1989)年10月2日 法務省民二3900号・民二課長通達(常居所等)
 - ◎ 平成2(1990)年1月1日 法例一部改正(旧規定13条ないし22条)
 - 平成6(1994)年5月22日 児童の権利条約

(以上、出入国管理関係は省略)

付表 2

法例改正関係の国際私法学会報告

(平成元年一部改正まで)

第 21 回：1959 年 10 月 16 日

法例改正の方法について (川上太郎)

第 22 回：1960 年 5 月 1 日

法例第 7 条の改正について (川上太郎)；立法論としての法例 29 条 (桑田三郎)

第 23 回：1960 年 10 月 12 日

現行法例の成立について——法典調査会議事録を中心として—— (久保岩太郎)

第 25 回：1961 年 10 月 14 日

国際婚姻法に関するドイツ改正要綱について (桑田三郎)

第 26 回：1962 年 4 月 19 日

旧法例の沿革 (須藤次郎)

第 28 回：1963 年 4 月 21 日

ハーグ国際私法会議と法の属人性原則 (川上太郎)

ブスタマンテ法典およびモンテヴィデオ条約における属人法の問題 (須藤次郎)

スカンジナビア国際私法条約における属人法の問題 (江川英文)

第 29 回：1963 年 10 月 15 日

シンポジウム「属人法問題」

共同研究報告の基本方針と総括 (川上太郎)

フランス法に於ける属人法問題 (早田芳郎)

ドイツ法に於ける属人法問題 (川上太郎)

イギリス法に於ける属人法問題 (本浪章市)

アメリカ法に於ける属人法問題 (畑場準一)

第 31 回：1964 年 11 月 4 日

シンポジウム「実親子の渉外的法律関係」

序説と総括 (山田鎌一)

嫡出親子関係の成立 (溜池良夫)

非嫡出親子関係の成立 (三浦正人)

実親子関係の効力 (田村精一)

第 50 回：1974 年 5 月 13・14 日

国際私法改正の諸問題

国際私法の改正一般 (川上太郎)

日本の国際私法の改正 (山田鎌一)

外国の国際私法の改正

ドイツ (桑田三郎), フランス (早田芳郎), スイス (畑場準一), イギリス (西賢), アメリカ (松岡博), 東欧諸国 (欧龍雲), 結び (池原季雄)

第70回: 1984年5月13日

シンポジウム「わが国際私法改革への基本的視座—婚姻・親子を中心として」
司会 (澤木敬郎), 問題提起 (畑場準一, 田村精一, 松岡博)

**One Hundred Years of Horei (Application of Laws (General) Act 1898):
Nationality Principle in Japanese Private International Family Law—
Its Fate and Future Considered**

Jun'ichi AKIBA

Prof. of Law, Nihon University College of Law

The *Horei*, one of the hasty legislations of newly established Japanese government, wishing to join in the family of civilised nations, contains a set of modern choice of law rules stipulated in 1898. Family status and its relations are to be governed by the national law of the person concerned, the national law being to be determined by the person's nationality, priority being given, to husbands in cases of matrimonial causes, and to fathers in cases of parent-child relations. The present author tries to trace and show the origin and later development or progress of such nationality principle adopted in Japanese choice of law rules, regarding family status and relations.

The most important impact on that principle, according to the author's view, has come from the constitutional change of our state from imperial to democratic after the World War II. The new Constitution adopted in 1947 (the equality clause of its article 14) offers a good reason to doubt

constitutionality of the traditional male-dominant principle of nationality, though popular among nations in 19th century when the *Horei* was enacted. The author regrets to observe, however, that we had to wait until its partial reform in 1989 in which the equality principle is embodied at last in our choice of law rules regarding family relations, after 50 years since our adoption of the new Constitution and after years long criticisms from the academics. The reform appears to have been accelerated by our state's ratification in 1985 of UN Convention on Women's Rights 1979. The nationality principle now applies only in cases where spouses, or parents and child, share the same national law in common.

The other threat against the nationality principle has come from doubt about its appropriateness as an indicator of significant relationship between a case or issues and a certain system of law there to be applied. A realistic analysis has revealed frequent recourse in judicial practice to such conflicts technique of characterization, *renvoi* or public order *etc.*, to avoid rigid application of the nationality principle in their attempt to seek for other applicable legal systems which they consider the most closely connected with the case at hand.

People from such neighbouring countries of China, Korea and Viet-Nam, politically divided as a result of the cold war structure of international relations after the World War II, have given birth to another type of hard and subtle problems in determining their national law with their nationality. What is meant by nationality in these cases: nationality of one original state of China or Korea? Or, that of either government now in effective control over respective regional district? Substantial connection with one's home state turns out quite controversial, in addition, when we deal with cases involving Korean or Taiwanese descendants born, grown up and settled or permanently resident in Japan, particularly when we consider the status of their parents, once conferred Japanese nationality upon prior

annexation or cession of their mother land to Japan, and deprived of it by unilateral act of Japanese government upon coming into effect of the Peace Treaty in 1952.

These specific circumstances have urged academic lawyers to make their extensive search for alternative factors to find and fetch the concept of habitual residence during the course, in particular, of our ratification of the Hague Conventions on the Forms of Wills 1961, Alimentary Obligations (applicable law) 1956 and 1973 — ratified in 1964, 1977 and 1986 respectively. Registration officials, in turn, tend to stick to the nationality principle with their intent to maintain control over status of their fellow nationals, and pointing out difficulties, institutional as well as *de facto*, in ascertaining habitual residence of any person with reliable evidence.

The reform in 1989 has brought a result, giving priority to the nationality principle, as a compromise of these two conflicting opinions. — *i.e.* national law shall govern the case where spouses, or parent and child, have the same national law in common, while in cases no such law exists, the law of the place of the spouses' common habitual residence or that of the child's habitual residence shall be applied. The nationality principle has now been restricted its function to that extent, whereas the concept of habitual residence has altered its nature from purely factual and flexible into more of formal or technical and stable character, in so far as it is used for determining the law applicable to the questions of status — *e.g.* its creation, variation or dissolution, since the answers to those questions shall be in need of universal recognition across frontiers.

It has already passed a decade since the *Horei* was partial reformed. Composition of our society is gradually changing. Residents of foreign connection now occupy 1.18% of our whole population. We could see varieties of residents in Japan — we have among them Chinese-Japanese, Korean-Japanese on one hand, and Japanese-Brasilians or

Japanese-Peruvians on the other. You may even count some Islamic communities established in Japan, though very small in number for the time being. It is a common practice among base ball or football players or Sumo wrestlers of foreign origin to naturalise for their convenience to acquire better qualification to play or to stay. Some local authorities have already started to employ foreign residents in civil service assignments. Participation in local election seems under way in some of the local governments.

Significance of nationality as well as habitual residence has apparently been changing in the course of those developping circumstances in our recent society. The classic and schematic adversary of principles, "nationality vs habitual residence," seems to the author too vague and ambiguous for practical use in selecting the most appropriate policy alternatives for choice of law purposes.