

涉外親子関係事件における子の利益保護

——法例百年の軌跡と展望——

松 岡 博
まつ おか ひろし

大阪大学大学院法学研究科教授

- 1 平成元年改正前法例における子の利益保護
- 2 ハーグ扶養条約の批准と子の利益保護
- 3 平成元年改正と子の利益保護
- 4 平成元年改正以降の判例の動向
- 5 課題と展望

本稿においては、法例が明治31年に制定施行されて以来、日本の国際私法において、子の利益保護又は子の福祉という要請が涉外親子関係事件の準拠法を決定するにあたって、どのような役割を果たしてきたかを検討し、子の利益保護という観点から、法例百年の軌跡を振り返り、その課題を展望することにした。

まず、(1)平成元年改正前の法例において子の利益保護がどのような役割を果たしていたかを考察し、(2)ついで、扶養義務の準拠法に関する2つのハーグ条約の批准がこれにどのような変化をもたらしたかを検討した上で、(3)平成元年改正において、子の利益保護という要請がどのように考慮されたか、(4)そして、改正以降の判例は、子の利益保護をどのように考慮しているかを概観し、(5)最後に、今後の課題と展望について論じることとした。

1 平成元年改正前法例における子の利益保護

(1) 単純連結と子の利益保護

平成元年改正前の法例においては、嫡出親子関係は母の夫の本国法主義(改正前17条)、認知の効力は父又は母の本国法主義(改正前18条2項)、養子縁組の効力と離縁は養親の本国法主義(改正前19条2項)、親子間の法律関係は原則として父の本国法主義(改正前20条)が採用され、準拠法の決定において子の保護と

いう要請はほとんど考慮されなかったといつてよい。

(2) 配分的連結と子の利益保護

わずかに、認知の要件(改正前18条1項)と養子縁組の要件(改正前19条1項)について当事者の配分的連結が採用され、その限りで子の本国法が適用されるにすぎなかった。しかし親と子の本国法の配分的連結が子の保護の要請にかなったとはいえない。というのは、配分的連結は、双方要件については、結果的に累積的連結と同様になり、親子関係の成立を困難にし、扶養や相続のことを考えると一般に子の保護の要請にかなわないからである。

(3) 公序条項の機能

このような状況の下においては、子の利益保護又は子の福祉は、公序条項(改正前30条)の発動や反致(改正前29条)などの総論上の理論による救済に頼らざるを得なかった。中でも重要な役割を果たしてきたのは、公序条項である。

たとえば強制認知の規定を欠く外国法(東京高判昭和32・11・28下民集8巻11号2200頁)や死後認知を認めない外国法(東京地判昭和45・9・26判時620号62頁)の適用は公序に反するとか、離縁を認めない外国法の適用は公序に反する(那覇家審昭和56・7・31家月34巻11号54頁)とか、離婚の際の親権者を父と法定する外国法の適用は公序に反する(最判昭和52・3・31民集31巻2号365頁)とする一連の判決は、いずれも子の利益保護のために公序条項を発動したものである。

両性の平等や子の保護という観点からみて問題のあった改正前の法例の親子関係に関する規定が、曲がりなりにもそれほど不当な結果をもたらさなかったのは、法例の親子関係の規定の機械的な適用と形式論理の一貫性に固執することなく、具体的正義の実現のために柔軟に対応しようとしたこれらの先例の努力によるところが大きいというべきであろう。

2 ハーグ扶養条約の批准と子の利益保護

(1) 子に対する扶養義務の準拠法に関するハーグ条約

わが国際私法において子の保護という要請が、連結点の採用という点からみて最初に明確な形で採用されるようになったのは、昭和52年における「子に対する扶養義務の準拠法に関するハーグ条約」の批准によってである。

この条約では、子の常居所地法主義を原則としながら、「法廷地の国際私法によって準拠法とされる法律が扶養を受ける権利を認めているのに、この条約が指定する子の常居所地の法律がそれを否定している場合には、この条約の締結により子がかえって不利になり子の保護という条約の目的に反するので、……このような場合には法廷地の国際私法の指定する準拠法を適用することを定め」⁽¹⁾たのである。ここでは子の保護という政策考慮が子の扶養義務の準拠法を決定する最も重要な要因として明確に意識されている。

(2) 扶養義務の準拠法に関するハーグ条約

同じく、昭和61年に「扶養義務の準拠法に関するハーグ条約」を批准して、国内法化した「扶養義務の準拠法に関する法律」においても、その立法の趣旨は、「原則的準拠法である権利者の常居所地法から始まり、順次に当事者の共通本国法ついで日本法と段階的に準拠法を定め、要保護者が扶養を受けられるよう、その権利を保障している。……いうまでもなく扶養権利者の保護を可及的に図るための政策 (favor creditoris) である。……右のような扶養権利者に有利な準拠法選定政策の適用は養親子関係を含む直系血族間の扶養義務にのみ限定される」⁽²⁾という点にある。ここでも扶養権利者(親子関係においては子)の保護が準拠法を決定する重要な政策考慮となっているといえるであろう。

二つの条約に共通する重要なポイントは、連結点として、親ではなく、子の連結点が採用されたこと、その際、子の本国法ではなく、子の常居所法主義の原則が採用されていること、最後に子の利益保護の観点から、一種の選択的連結が採用されたことの3点である。

3 平成元年改正と子の利益保護

(1) 法例改正と子の利益保護

親子関係の分野における法例改正においては、子の保護をどこまで認めるかは重要な課題であった。昭和47年に公表された法例改正要綱試案においても、子の属人法の適用を認める規定がかなりの範囲にわたって採用されており、その際、子の属人法の適用の根拠は子の利益の保護にかなうという点にあった⁽³⁾。しかし子の属人法主義が本当に子の利益の保護にかなうかについては、たとえば子の本国法の内容いかんによっては、他の法律の適用がかえって子の利益の保護によりかなう場合もあるから、実質的な意味での子の保護の観点から正当化することはできないとの批判があった⁽⁴⁾。

右のような立場からは、より実質的に子の利益の保護を実現するためには、法例の改正にあたっては、「親子法の全分野について、……子の利益の保護という実質法の基礎にある法目的を考慮するという発想をもっと積極的に取り入れるべきではないかと考える。……その際、選択的適用の積極的活用が一つの有力な手段となりうるであろう。ただ、問題は……子の福祉にかなう法の優先的適用に対する公正な限界をどこに見出すかであって、この点が選択的適用の範囲をどこまで認めるかを決定する重要な要因となろう」⁽⁵⁾と主張されることになる。

このようにみると、法例改正の焦点の一つは、親子関係において子の保護という要請をどのような形で、どこまで認めるかという点にあったといえるであろう。

(2) 嫡出親子関係・認知・準正における選択的連結

改正前17条における母の夫の本国法主義が子の保護を考慮するものではなかった。また改正前18条の認知における当事者の本国法の配分的連結も準拠法の適用関係を複雑にし、双方要件については双方の本国法に定める要件を充足するのでない限り親子関係は成立しないこととなり、親子法の基礎にある法目的である子の利益の保護に反する点で妥当ではなかったというべきである。

平成元年改正においては、まず嫡出親子関係について、子の保護の観点から、できる限り子が嫡出子の身分を取得するようにするため、父または母の本国法の選択的連結の方法が採用された⁽⁶⁾。また認知についても子の出生当時の認知者の本国法又は認知当時の認知者もしくは子の本国法の選択的連結を採用したのも、認知をできるだけ容易に認め、親子関係の成立を容易にするためであった⁽⁷⁾。法例19条の準正における選択的連結の採用も同様に、子の利益の保護のためである。最後に養子縁組の要件については、法例20条において、選択的連結は採用されなかったとはいえ、配分的連結が廃止されたのも、その限りで改正前よりも子の保護が実現したといえよう。

もっとも立法論上、子の利益の保護をどこまで貫徹すべきかについては議論が分かれる。たとえばまず問題とすべきは、選択的連結を非嫡出親子関係については、認知の場合に限り、出生に基づく親子関係の成立について採用しなかったことが妥当であったという点であろう。さらに、選択的連結の範囲をどこまで認めるかという点も問題となるが、これらの点に後に詳しく述べる。

また、親子関係の成立がつねに子の保護にかなうといえるかということ自体も問題とされてしかるべきである。たとえば、嫡出親子関係において、子の嫡出性を否認し、真実の親との間に非嫡出親子関係の成立を認めることがむしろ子の保護にかなない、かつ真実の親子関係の形成を可能にする場合も存在する。したがって子の保護に最も強い利害関係を有する子の常居所地法が子による否認権の行使を認めるときにはそれを承認してよいと考えられる。

(3) 選択的連結と反致

子の保護という観点から、法例32条の解釈論として親子関係における選択的連結における反致の成否が問題となる。すなわち、子の利益の保護のために親子関係の成立について選択的連結を認めた17条、18条、19条に関して、反致の成立が認められるかについては、段階的連結とは異なり明文の規定によってその適用が排除されていないから、反致条項の適用があると解する立場が有力である⁽⁸⁾。しかしこれに対しては、本国法からの日本法への反致の成立を肯定する結果、日本法によれば親子関係の成立が認められない場合には、反致を肯定

することは子の利益のために親子関係の成立を容易にするよう選択的連結を採用した立法の趣旨に反することになるから、このような場合には反致の成立を否認する余地を認めるべきであるとの批判がある⁽⁹⁾。この対立は、反致の立法趣旨と子の保護という選択的連結の立法趣旨とのいずれを優先するかの対立であり、後者の立場は子の利益の保護を重視するものといえよう。

親子関係における選択的連結と並んで、平成元年改正において注目すべきは、子の保護のためのセーフガード条項の採用である。まず、認知の準拠法を複数にして認知が容易になったことから、子が認知されたくない場合に備え、認知する者の本国法によって認知する場合には、18条1項後段・2項後段において子の本国法上の子等の同意要件を具備しなければならないと定め、子の本国法を重複的に適用することにより、子の利益の保護を図ろうとしている。

(4) 養子縁組における養親の本国法主義

養子縁組の要件については、法例20条は養親の本国法主義を採用する。17—19条と異なり、選択的連結は採用されなかったとはいえ、配分的連結が廃止されたのは、その限りで改正前よりも子の利益保護が実現した。選択的連結が採用されなかったのは、養子縁組においては、親子関係の成立を容易にすることが子の利益の保護という観点からいって望ましいかどうかについての意見の一致が存在しない⁽¹⁰⁾ことがあげられるといえようか。

養子縁組について20条1項後段も、認知におけると同様に、同意、許可要件などの保護要件について養子の本国法をも考慮すべきものとした。この規定も配分的連結を廃止した結果、子の保護に欠ける点が生じることを避けるために設けられたものである⁽¹¹⁾。問題となるのは、ここでいう保護要件とは何かである。たとえば、養親の嫡出子(10歳以上)の同意を必要とするフィリピン家族法188条の規定や⁽¹²⁾、養親は1人の子女のみと縁組できるとする、中国養子縁組法8条の1の規定などは、それに含まれるかが解釈論上問題となろう⁽¹³⁾。

(5) 親子間の法律関係と子の利益保護

改正法例21条は、親子関係の準拠法を原則として子の本国法、例外的に子の

常居所地法と定めている。子の属人法によるとしたのは、子の福祉の観点からである⁽¹⁴⁾。ここでも選択的連結は採用されなかった。

しかしながら子に最も強い実質的関連を有するのは子が現に常時居住する国であり、その法の適用が子の利益の保護にかなうときには、その国が自国法を適用する最も強い利益を有するというべきである。日本に居住する韓国人夫婦の離婚において、離婚の際の親権者を父と法定する韓国法の適用の結果、扶養能力のない父に親権者たる地位を認め、母から親権者の地位を奪うことは、親権者の指定は子の福祉を中心に考慮決定すべしとするわが国の公序に反するとした前掲最高裁昭和52・3・31判決の趣旨も、本国法の適用が子の常居所地法を適用した場合と比較して、子の福祉にかなわないときはその適用を排除すべきことを肯定したものと理解すべきである⁽¹⁵⁾。要するに子の常居所地法の適用が子の保護にかなうときには、その法を適用すべきであって、その意味で法例21条は立法論的にみて問題があるといわざるをえない⁽¹⁶⁾。

4 平成元年改正以降の判例の動向

平成元年の法例改正後、裁判所は子の利益の保護をどのように考慮してきたか⁽¹⁷⁾。これらの判例を全体としてみれば、裁判所は子の利益の保護を適切に考慮しているといえるであろうか。

(1) 嫡出親子関係の成立

法例17条は、嫡出親子関係の成立を容易化しようとして、「子の出生当時の父又は母の本国法によって嫡出子であるときは、子は嫡出子とする」⁽¹⁸⁾との選択的連結を採用したが、つぎの3つの事例はいずれも、親子関係の成立が否認されたものである。しかしその結果は、必ずしも子の福祉に反するとはいえない。

① 名古屋家審平成7年1月27日(家月47巻11号83頁)は、申立人の母がフィリピン人、相手方が日本人である親子関係不存在確認申立事件において、申立人の母が子である申立人を懐胎当時、相手方と申立人との間に嫡出親子関係が成立するかどうかの問題は、法例17条によるべきものとし、申立人の母と

相手方のいずれの本国法によっても嫡出子とされることはないと言われた事例である。

本件は子の側からの親子関係不存在の申し立てであり、親子関係の成立を否認することが子の利益の保護にかなう場合であり、真実の親子関係の尊重という点からも正当化されよう。また、関連するいずれの国の法律によっても親子関係の成立が否認される場合である。つぎの2つの事例はともに推定的父から嫡出否認を申し立てた事案である。

② 名古屋家審平成7年5月19日(家月48巻2号153頁)は、日本人父から、戸籍上嫡出子とされている子を相手方として申し立てられた嫡出子否認事件において、法例17条により、申立人の本国法である日本法と相手方母の本国法であるコロンビア法の双方が準拠法になるとして、日本法、コロンビア法の双方によりそれぞれ嫡出子の推定がなされ、嫡出子の否認ができるとされた事例である。

③ 水戸家審平成10年1月12日(家月50巻7号100頁)は、日本人夫がタイ人妻との婚姻中に生まれた子を相手方にして嫡出子否認の申立をした事案において、法例17条1項により日本法及びタイ国法を適用して嫡出子否認の審判をした。

これらのふたつの事件が、かりにどちらかの法により、親子関係の成立が肯定され、それが子の利益の保護という観点からいって、妥当な場合であったとすれば、まさしく選択的連結の改正の趣旨が生かされることになったであろう。ところが、この2つの事例は、関連するいずれの法によっても親子関係の成立が否認されるべき場合であった。その点で選択的連結を採用した改正の趣旨が有効に機能した事例とはいえない。もっともその結果は、おそらく真実の親子関係の尊重という点からは正当化されうるであろうし、その意味でも子の利益の保護という要請が必ずしも否定されたものとはいえないであろう。

(2) 認 知

改正前においては、子による認知請求を認めない外国法の適用を公序条項の発動により排除し、日本法により認知請求を認めた裁判例が相当数存在するこ

とについては先に指摘したとおりである。平成元年改正における選択的連結の採用により、公序条項を発動するまでもなく、子による認知請求が認められるべき事例が増加するものと推測される。しかしそのような事例は見出せなかった。法例18条の非嫡出親子関係の成立に関する事例としては、つぎの認知請求事件があるにすぎない。

④ 東京地判平成4年9月25日(家月45巻5号90頁)⁽¹⁹⁾は、子の出生当時の父の本国法、認知当時の父の本国法は大韓民国法、認知当時の子の本国法は日本法の場合において、日韓いずれの民法によっても認知の出訴期間を徒過した後に訴えが提起された事例である。

この事件は、結局のところ、子による認知請求が認められず、その意味で結果的に子の利益の保護が実現しなかった事例であるといえるであろう。しかしこの事件では、事件に関する日韓両国の法によればともに出訴期間を過ぎているから、子による認知請求を認められないという結論は、国際私法の論理からはやむを得ないというほかはない。実質法の解釈を改める以外に子の利益の保護を達成する方法は存在しない。

(3) 養子縁組

法例改正後の事例として、養子縁組に関する裁判例は他の親子法の分野に比べると親子間の法律関係に関する事例と並んで、比較的多い。法例20条1項は、「養子縁組ハ縁組ノ当時ノ養親ノ本国法ニ依ル若シ養子ノ本国法ガ養子縁組ノ成立ニ付キ養子若クハ第三者ノ承諾若クハ同意又ハ公ノ機関ノ許可其ノ他ノ処分アルコトヲ要件トスルトキハ其要件ヲモ備フルコトヲ要ス」と規定する。

普通養子縁組 ここに紹介する多くの事例はこの規定に従い、法例20条1項前段により、養子縁組の成立要件について養親の本国法を、同項後段により、保護要件について養子の本国法を適用し、縁組を認めることが子の利益保護、子の福祉に適うとして縁組を許可する。そのうち、普通養子縁組に関する事例としては、つぎのものがある。

⑤ 盛岡家審平成2年8月6日(家月43巻3号98頁)⁽²⁰⁾は、日本人夫が妻の連れ子(本国法は米国イリノイ法)との縁組許可を申し立てた事案において、法

例 20 条 1 項前段により準拠法となる養親の本国法（日本民法）によれば，家庭裁判所の許可は要しないが，同項後段により，養子の本国法（イリノイ州法）が裁判所の決定を要件としていることから，この決定に代わるものとして，「申立人が事件本人を養子とすることは，事件本人の福祉によく合致するところと認められるから，右養子縁組はこれを許可するのが相当である」と判示して，養子縁組を許可する審判をした。

⑥ 盛岡家審平成 3 年 12 月 16 日（家月 44 卷 9 号 89 頁）⁽²¹⁾は，日本人の夫とフィリピン人の妻が，フィリピン人の子（妻の実妹）の養子縁組許可を申し立てた事案である。法例 20 条 1 項前段により，養子縁組は養親の本国法によるものと定められているから，夫と事件本人との養子縁組については，日本法が，妻と事件本人との養子縁組についてはフィリピン法がそれぞれ適用されると判示する。さらに 1 項後段により，養子の本国法であるフィリピン法の規定する，保護要件（実親の同意書，裁判所の養子決定，試験監護）を充足するとした上で，申立人夫につき，夫が「事件本人を養育，監護することは事件本人の福祉に適合するものであり，申立人妻につき妻が「事件本人を養育，監護することは事件本人の福祉に適合するものである」から，事件本人との養子縁組を許可するのが相当であるとした。

⑦ 札幌家審平成 4 年 6 月 3 日（家月 44 卷 12 号 91 頁）⁽²²⁾は，日本人の夫が韓国人の妻とともに 15 歳未満の韓国人の子との間の養子縁組を申し立てた事案である（韓国法上は，本件妻と未成年者との縁組は家庭法院の許可を要しない）。裁判所は，準拠法である日本法により必要的夫婦共同養子縁組であるとした上で（韓国法も同様），養親の本国法については，養父子関係と養母子関係を分離して，それぞれの本国法を各別に適用し，申立人に対して，「申立人と未成年者の養子縁組を許可することは未成年者の福祉に合致すると認められる」として，「申立人がその妻……とともに，未成年者を養子とすることを許可」した。なお，20 条 1 項後段が養子縁組の成立につき要求する保護要件，すなわち，未成年者の本国法である韓国民法 869 条の養子となるものが 15 歳未満であるときは，法定代理人がこれに代わって承諾する」についてもこれを充足すると判示する。

⑧ 山形家裁長井出張所審平成 5 年 6 月 8 日（家月 46 卷 8 号 124 頁）は，日本

人夫がフィリピン人妻の連れ子を養子とすることを申し立てた事案において、法例 20 条 1 項前段により、養親となる申立人については日本民法が、養子となる事件本人の保護要件（実親の同意書、裁判所の決定も保護要件に該当）については養子の本国法である、フィリピン法が適用されるとした上で、「本件申立を許可することが事件本人の最善の利益を促進するものと認めるのが相当である」として、申立人が事件本人を養子とすることを許可した。

⑨ 山形家審平成 7 年 3 月 2 日（家月 48 巻 3 号 66 頁）⁽²³⁾は、日本人夫とフィリピン人妻が共同して妻の非嫡出子であるフィリピン人未成年者と養子縁組をすることの許可を求めた事案である。法例 20 条 1 項前段により養親の本国法に準拠することとなり、夫については日本民法、妻についてはフィリピン家族法が適用になると判示し、さらに法例 20 条 1 項後段により、養子の本国法に基づくフィリピン法の裁判所の養子決定が必要となるが、これをわが家庭裁判所の縁組許可審判をもってその要件を満たすものと解するを相当とした上で、「申立人らと事件本人との適合性は充分であり、事件本人の福祉のために本件養子縁組を成立させるのが相当である」として、養子縁組を許可した。

これらはいずれも、養子縁組の成立については養親の本国法、保護要件については養子の本国法を適用し、養子縁組の成立を認めることが子の福祉に適用として許可の審判をした。

特別養子縁組 特別養子縁組に関しては、20 条 2 項は、「養子ト其実方ノ親族トノ親族関係ノ終了……ハ前項前段ニ定ムル法律ニ依ル」と規定する。特別養子「縁組」については、つぎの 4 件がある⁽²⁴⁾。

⑩ 福島家裁若松支部審平成 4 年 9 月 14 日（家月 45 巻 10 号 71 頁）⁽²⁵⁾は、日本人夫婦が韓国人未成年者を特別養子縁組することを申し立てた事案である。裁判所は、養親の本国法として日本法（夫婦共同縁組、養親、養子の年齢、要保護性、事件本人の利益、父母の同意）、保護要件については養子の本国法である韓国民法 870 条を適用し（父母の同意、父母の同意が得られないときは直系尊属の同意）、「本件特別養子縁組を成立させることは、事件本人のために特に必要があると認められ、かつ法定の要件も充足しているので、本件申立を認容」し「事件本人を申立人らの特別養子とする」成立審判をした。

本件は、養子の本国法が特別養子を認めていない場合において、特別養子とすることが子の利益の保護に適うとしてその成立を認めたものである。

⑪ 高松家審平成6年1月13日(家月47巻12号47頁)は、カナダ人夫婦が日本人を事件本人として申し立てた特別養子縁組事件において、法例20条1項により、準拠法として養親の本国法である、カナダ・プリティッシュ・コロンビア州法を適用し、「事件本人は実親からの手厚い監護教育を受けうる望みは皆無に等しく、十分な保護が期待できない境遇にあり、申立人らは事件本人の養親として十分な適格性を有しており、かつ、双方の間に血縁の親子関係に劣らぬ愛情の絆が結ばれつつあって、その間の適合性にも問題はないと認められるから、事件本人の健全な成長と福祉の増進のためには、双方の間に特別養子縁組を成立させるのが相当である」として、事件本人を申立人らの特別養子とすることを認めた(なお、本件判旨には、保護要件についての養子の本国法の適用についての明示の言及はない)。

⑫ 横浜家裁横須賀支部審平成7年10月11日(家月48巻12号66頁)は、米国人(ワシントン州)夫婦と日本人未成年者との養子縁組において、養親の本国法であるワシントン州法が適用されると解されるところ、同州法の要件を充足し、また養子の本国法である日本法上の要件も充足し、かつ同州法によれば、養子は養親の実子とされ、実父母の関係が断絶することから、主文としては、わが国における特別養子の主文とするのが相当であるとした事例である。

この2つの裁判例は、養親の本国法である外国法が親子関係の切断型の場合において、その成立が子の福祉に適うとして、特別養子の成立を認めたものである。

⑬ 東京家審平成8年1月26日(家月48巻7号72頁)⁽²⁶⁾は、日本人夫婦が中国人孤児を中国の方式により養子とする縁組が成立し、普通養子縁組として戸籍に記載された後、当該養子を特別養子とする申立がなされた事案において、特別養子縁組を行う実益及び養子の要保護性を肯定し、「本件特別養子縁組の成立は、事件本人の監護教育の状況を将来にわたり永続的に安定させるものであって、事件本人の福祉に合致し、その利益のために特に必要であるというべきである」として、特別養子縁組の成立を認めた。

本件も特別養子の成立を認めることが子の福祉に合致するという点から、その成立を認めたという点では先の3つの事件と同様である。

保護要件 どのような要件が養子の本国法が適用される保護要件かについては、学説は対立する⁽²⁷⁾。上に紹介した事例において、保護要件に該当するものとして養子の本国法が適用されたのは、実親の同意、裁判所の養子決定、試験監護などがある。その点で、注目されるのは、つぎの審判である。

⑭ 水戸家裁土浦支部審平成4年9月22日(家月45巻10号75頁)は、日本人が中国(台湾)の成人を養子とすることを許可を申し立てた事件において、養親の本国法である日本法上は裁判所の許可は不要であるにもかかわらず、養子の本国である中華民法上の「法院の許可」は保護要件に該当するとして、許可の審判をした。

保護要件について養子の本国法の適用を認めた立法の趣旨が子の利益の保護であるとすれば、成人についての「法院の許可」が保護要件に該当するかは疑問である。その点からいって本件は、子の利益の保護とは直接関係のない事案であり、裁判所も本件養子縁組を許可するに際して、子の利益の保護や子の福祉には何ら言及していない。

公序 養親の本国法の適用が子の福祉に反するとして、法例33条の公序条項を発動し、養親の本国法の適用を排除した注目すべき事例としてつぎのものがある。

⑮ 神戸家審平成7年5月10日(家月47巻12号58頁)⁽²⁸⁾は、日本人夫と中国人妻が共同で日本人未成年者と養子縁組をすることを許可を求めた事案において、養親となる申立人夫については日本民法、申立人妻については中国法がともに準拠法になり、さらに養子の保護要件については、日本民法によると判示する。養子縁組成立の準拠法の1つである中華人民共和国養子縁組法の定める要件のうち、養親は1名の子女のみと縁組をすることができるとする中国養子縁組法の適用は、法例33条の公序に反するとして排除した。この点の判旨を少し長いがそのまま引用しよう。

「養親は1名の子女のみと縁組することができる、との同法8条1項の規定には、本件申立てが未成年者ら2名を同時に申立人らの養子とすることを求める

ものであるから、抵触する。……同条1項は、中国におけるいわゆる『一人っ子政策』を反映した規定であると解されるところであり、こうした国家的政策を採用せず、未成年者の福祉に適うものならば複数の未成年者を養子とすることも当然のこととして許容しているわが国において、そのまま適用することは、養子制度に関するわが国の社会通念に照らして相当でないというべきである。とくに、申立人妻は、中国国籍を有するが、……すでに長くわが国に居住し、今後も永続的に申立人夫とともに両親が行方不明になっている未成年者らを養育してわが国で家庭生活を営むつもりであり、中国に帰る予定もない者である。このような場合について、同規定を適用して本件申立てを排斥し、あるいは年齢も近い兄弟である未成年者を切り離していずれか一方だけについて養子縁組を許可する、というようなことは、子の福祉を目的とする未成年者養子制度の趣旨をいちじるしくそこなうものであって、相当ではなく、同規定は法例33条によって適用を排除されるというべきである。]

同じく公序条項を発動した事例として判例集未登載のものであるが、つぎのものがある。

⑯ イスラム教徒を養親とする特別養子縁組に関する東京家審平成7年11月20日⁽²⁹⁾は、つぎのように判示して、イスラム教徒に養子縁組を禁止する養親の本国法（エジプト法）の適用は公序に反するとした。

「本件において縁組の成立を認めないことが公序に反する結果となるかどうかについて検討する」とした上で、養父母と未成年者は既に（長期間にわたって）同居し、未成年者は「良好な関係において養育されていると認められるので、法律上の障害のない限り本件縁組を成立させるのが妥当であると判断される。」このような関係を切断させることは殊に未成年者の「将来にとって不幸な悪影響をもたらす重大な一因となりかねないと懸念される。そうだとすれば、このような結果を引き起こさざるを得ないエジプト国法の適用は、これを排除するほかなく、本件特別養子を成立させるのが相当である」。

これらの養子縁組に関する12件のうち、1件を除いて、結局は、いずれも子の福祉の観点から子の利益の保護にかなう法律を適用し、養子縁組の成立を認めることが子の利益の保護にかなうとして、養子縁組の申立を認めている。養

子縁組が子の利益の保護にかなわないときは、おそらく取り下げなどの処理がなされることも多いのであろう⁽³⁰⁾。

(4) 親子間の法律関係

親権者の指定・監護者の指定 親子間の法律関係の中では、親権者の指定、監護者の指定が問題となる事例が多い。法例 21 条により適用される準拠法をそのまま適用した事例としては、つぎのものがある。いずれもその結果は子の利益の保護という観点からみて正当化されるものであるといえよう。

⑰ 東京家裁審平成 3 年 12 月 6 日 (家月 44 巻 10 号 47 頁)⁽³¹⁾は、中国人の母からすでに離婚した中国人父に対する未成年者の親権者指定事件において、法例 21 条により、中華人民共和国法を適用し、「母が事件本人を引き取り養育することができるならそれが望ましい」として、申立人である母を監護権者に指定した事例である。

⑱ 福岡家裁小倉支部審平成 4 年 5 月 14 日 (家月 45 巻 9 号 54 頁)⁽³²⁾は、法例改正前に協議離婚した北朝鮮人の父と日本人母との日本人の子に関し、改正前の法例により父の本国法である北朝鮮法が適用され、父母の共同親権とされていた事例について、改正法例 21 条により、子の本国法である日本民法を適用し、「未成年者の福祉のためには、未成年者の親権者を申立人と定めるのが相当である」として、母を親権者に指定した。

⑳ 神戸家裁伊丹支部審平成 5 年 5 月 10 日 (家月 46 巻 6 号 72 頁)⁽³³⁾は、別居中である日本人夫婦の妻 (日本在住) から、夫 (米国イリノイ州在住) に対する 2 人の日本人未成年者の監護者指定事件である。法例 21 条により、日本法を適用し、「子の利益及び福祉の観点からすると、現在の段階においては未成年者を申立人の監護教育に委ねるのが相当である」として、妻を監護者に指定した。

㉑ 金沢家裁小松支部審平成 8 年 3 月 11 日 (家月 48 巻 8 号 102 頁)⁽³⁴⁾は、韓国人母から日本人父に対して、認知された韓国人未成年者の親権者の指定を求めた事案において、わが国の家庭裁判所の親権者指定の審判をもって韓国の家庭法院の決定にかえることができるとして、「事件本人の福祉のためには、事件本人の親権者を申立人と定めるのが相当である」として、母を親権者に指定し

た事例である。

⑳ 岐阜家裁審平成6年3月9日(家月47巻11号80頁)は、日本人父から、行方不明のフィリピン人母を相手方として非嫡出子の親権者指定申立事件において、条理により日本民法を適用し、「事件本人の親権者を申立人に指定することが未成年者の福祉に合致する」として、父を親権者に指定した。

これらの5つの事例はいずれも法例21条により、指定される準拠法が適用されるとしつつ、申立人を親権者又は監護権者に指定することが「子の福祉」の観点からみて相当である旨を明言した上で、申立を認容している点に注目すべきである。

つぎに、法例32条の反致条項を適用し、21条に指定する外国法から日本法への反致を肯定して、日本法により「未成年者の親権者を申立人の単独親権に変更することが未成年者の福祉に最も合致することは明らかである」として、母の単独親権に変更したものがある。

㉑ 那覇家裁審平成3年4月1日(家月43巻10号44頁)は、日本人母がミシガン州出身の父を相手方として、ミシガン州の裁判所で離婚の判決が確定し、この判決で未成年者は父母の共同親権に服するとされていたのを、母の単独親権に変更することを申し立てた事案である。法例21条、28条3項により父と未成年者の同一本国法であるミシガン州法からの隠れた反致を認めて、日本法により母の単独親権に変更した。

21条に反致条項が適用されたとした判旨は、もとより妥当ではないが⁽³⁵⁾、子の福祉の観点から母の単独親権に変更した判旨の最終的な結果については、異論のないところであろう。

親権者指定と公序 これに対して、つぎの事例は、原則的準拠法の適用を子の福祉を理由に公序により排除したものとして注目される。

㉒ 東京地判平成2年11月28日(判時2384号71頁)⁽³⁶⁾離婚の際の親権の帰属の問題は法例21条による。21条によれば、この本国法(韓国法)と父である被告の本国法(韓国法)と同一であるから、韓国法が準拠法となつた上で、韓国民法909条によれば、離婚の際の親権者は自動的に父とされる。「しかし、子の福祉を基準に考えるべき親権者の指定につき、母が指定されえない右規定

は、わが国の公序に反し、適用されないというほかはない」と判示した上で、日本法により、「親権者として、原告を指定するのが相当である」として、日本人母を親権者に指定した⁽³⁷⁾。

子の引渡 子の監護に関する処分に関して、子の引渡が問題となった事件として、つぎのものがある。いずれも事件の最終的な結果について判断するに際して、子の利益保護、子の福祉が強調されている。

㊤ 東京家審平成4年9月18日(家月45巻12号63頁)は、別居中の英国人父(日本在住)から、日本人母(日本在住)に対して、子の引渡を求めた事例である。裁判所は21条により、母子の本国法である日本法を適用して、「現在の和正の養育監護の状態は、良好といえるのであり、監護に欠けるところはない。また同児の年齢、申立人及び相手方の生活状況に照らしても、現時点で和正を申立人に引き渡さなければならない事情は見当たらない」として、申立を却下した。

㊦ 京都家審平成5年2月22日(家月46巻2号174頁)⁽³⁸⁾は、別居して離婚訴訟が係属中の在日韓国人夫婦の夫から、現在子を監護中の妻を相手方として子の引渡を求めた事例である。法例21条により、韓国民法を適用して、「相手方による事件本人の監護状況にはさしあたり不足、支障はないものと認めるべきである。そうして、事件本人の出生時から相手方のもとで養育され、日夜実母による保育を欠かせない2歳にも満たない幼児であることなどを考慮すると……本件申立ては必要がない」として、申立を却下した。

面接交渉 面接交渉に関する事例としては、つぎの裁判例がある。

㊧ 京都家裁審平成6年3月31日(判時1545号81頁)⁽³⁹⁾は、日本に住む子との面接交渉をフランス人の父から求めた事案である。準拠法については同一本国法である日本法が適用されるとし、裁判所は、「面接交渉はあくまで子の福祉を主眼として検討すべきものであり、現時点においてはフランスに長期間滞在して面接交渉を認めることに問題がないかを慎重に考慮せざるを得ない」とした上で、日本国内における面接は認容し、フランス国内における面接については、子が中学に進学するまでは相当でないとした。

㊨ 東京家裁審平成7年10月9日(家月48巻3号69頁)は、アメリカ人父か

らの面接交渉の申立事件において、テキサス州法が準拠法になると判示し、同州の家族法によれば、親であっても一定の場合には子に対する面接交渉権が制限されることが定められており、「事件本人の意に反する面接交渉を認めることは、事件本人の情操を著しく害し、同人に対して過大な精神的苦痛を与えることとなり、事件本人の福祉や利益に反することは明らかである」として、本件においてテキサス法上、面接交渉権が制限される特別の事情があるとして、申立を却下した。

(5) 小 括

最終的な事件の結果が、子の利益の保護にかなわなかったのは、子による認知請求を認めなかった④事件だけである。しかしこの事件では、事件に関連する日韓両国の法によればともに出訴期間を過ぎているから、子による認知請求を認められないという結論は国際私法の論理からはやむを得ない。

その他の事例は、いずれも子の福祉、又は利益の保護にかなう国の法律を適用している。養子縁組許可に関する12件の事件は、子の利益に関わりない1件を除いて、いずれも子の福祉の観点から子の利益の保護にかなう法律を適用し、養子縁組の成立を認めることが子の利益の保護にかなうとして、養子縁組の申立を認めている。⑮⑯事件も、公序により子の利益にかなわない養親の本国法の適用を排除する。⑳事件も含めて考えると、改正後も子の利益保護のために公序条項の果たす役割は大きい。

親子間の法律関係に関する事例も㉑事件を除いて、21条により定める準拠法を適用し、子の利益の保護にかなう法律をそれぞれ適用する。争点は、親権者の指定、子の引渡、監護者の指定、面接交渉などいろいろであるが、結果的にはいずれの場合においても、子の利益の保護にかなう国の法律が適用され、子の利益の保護が実現される結論が導かれている。

5 課題と展望

以上の議論を踏まえて、子の利益の保護という観点から涉外親子関係事件の準拠法の決定についての今後の課題と展望について検討する。

(1) 抵触法上の子の利益保護

まず、子の利益の保護というとき、子にとって馴染みの深い、密接な関連のある法律の適用を確保するという、抵触法の面における子の利益を指すのか、実質法的観点からみた子の利益を意味するのかという点が問題となる⁽⁴⁰⁾。

現行法例において、抵触法上の子の利益保護という観点から、法選択が行われている最も典型的な場合は、子の本国法と子の常居所地法の適用を指示する、21条の段階的連結の規定である。また、離婚の際の親権者・監護権者の指定における有力説である、21条適用説がその根拠として子の福祉を強調するの、法性決定のレベルにおける、抵触法上の子の利益保護の重視といえようか。

しかし、このような子の本国法や常居所地法という価値中立的法選択規則によって、実質的な意味における子の利益の保護が十分に実現されるか疑わしい。たとえば、前掲最判昭和52年3月31日や⑩審判のように、子の本国法の適用が子の利益の保護からみて適切でないときは、公序条項によってその適用は排除されざるを得ない。

また、改正後の裁判例も、全体としてみれば、結局のところ、実質的にみて、子の保護にかなう法律の適用を行っていることはさきにもたとおりである。さらに1993年の国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関するハーグ条約⁽⁴¹⁾が、養子縁組における準拠法の決定問題よりも、実質的な子の利益の保護を重視するものこのような傾向を反映するものであろう。

(2) 実質法上の子の利益保護

これに対して、17—19条では、選択的連結が採用され、実質法上の子の利益の保護が必要との判断に基づくものと考えられる。

現行法例において、子の利益保護を実現する最も有効な方法は、選択的連結の採用である。これまで公序条項の発動によって子の利益保護を図ってきた事案において、もはやその発動が不用となった場合が予想されるばかりでなく、公序条項の発動が制限され、子の利益保護が図られなかった事案でもその救済が可能となった。

それでは17—19条における選択的連結の問題点はなにか。まず、立法論上、

たとえばまず問題とすべきは、選択的連結を非嫡子親子関係については、認知の場合に限り、出生に基づく親子関係の成立について採用しなかったことが妥当であったかである。一般的には、親子関係の成立を認めることが子の利益保護にかなない、それが親子法の基礎にある法目的であることは、非嫡出親子関係と嫡出親子関係の別なく、等しく妥当するものというべきではなかろうか⁽⁴²⁾。

つぎに問題となるのは、選択的連結の範囲をどこまで認めるかという点である。とりわけ問題となるのは、子の常居所地法の適用である。子の利益保護にもっとも強い関連を有するのは、子が現に居住する国であるから、嫡出親子関係、非嫡出親子関係のいかんを問わず、子の常居所地法の適用が子の利益の保護にかなうときにはその法が適用されるというべきであろう。

(3) 親子関係の成立の容易化と子の利益保護

親子関係の成立の容易化は、常に子の利益の保護にかなうかも問題とされるべきである。さきに論じたように親子関係の成立の容易化は、一般的には子の利益の保護にかなうといえよう。相続や扶養のことを考えると確かにそうである。そして、この親子関係の成立の容易化が17—19条の選択連結の採用された立法の趣旨であることは明らかである。しかし、親子関係の成立の容易化は常に子の利益保護にかなうとは限らない。

まず、子が嫡出親子関係の成立を否認し、真実の親との親子関係の成立を希望する場合には、むしろ親子関係の成立を否認することが子の利益の保護にかなうというべきであろう。この場合は、親子関係の成立の容易化は、子の利益の保護と決してイコールではない。

また、養子縁組については親子関係の成立を認めることが、子の利益の保護にかなうかについての意見の一致が存在するとはいえない。子の奪取、売買、取引など養子制度の濫用に懸念して、養親子関係の成立に慎重な態度をとっている国が多いからである⁽⁴³⁾。これが養子縁組について選択的連結が採用されなかった理由であると考えられる。

子の利益の保護のために子の本国法の適用を確保する、セーフガード条項は、親子関係の成立を認めることが、ときとして子の利益の保護の観点からいって

妥当でない結果を生じることを懸念して、設けられた規定である。その意味でこの規定は、子の利益保護のために親子関係の成立を阻止する機能を有するとみるべきである。

親子関係の成立以外の争点、たとえば親権者の指定などの親子間の法律関係については、子の利益の保護とは親子関係の成立の容易化である、とはいえない。別個の判断が必要となる。誰を親権者に指定するのが子の福祉に適うか、申立人に子を引き渡すことが子の福祉に適うか、面接交渉の申立を認めることが子の福祉に適うかなどの個別の判断となろう。

(4) 国籍か常居所か

子の利益保護という観点からすれば、一般論として国籍と常居所は、いずれが親子関係における準拠法の決定にとって重要かが問われねばならない。法例における親子関係の準拠法の決定においては、本国法主義の優先は明らかである。子の常居所地法の適用は、21条の親子間の法律関係における、第2段階で認められているにすぎない。もっとも扶養義務に関するハーグ条約では、子の常居所地法が原則的準拠法となっている。その点では法例の規定と対照的である。

私見によれば、一般に常居所地法のウエイトを高くすることが必要ではないかと考える。その具体的方法としては、① 選択的連結の選択肢の一つとして常居所地法を入れる、② 段階的連結において常居所と国籍の順序をかえる、③ 1988年の死亡による相続の準拠法に関するハーグ条約が採用する、国籍と常居所の組み合わせ⁽⁴⁴⁾という3つの方法が考えられる⁽⁴⁵⁾。いずれを採用するかは、親子法の分野により異なるのではなからうか。具体的な法選択規則の提言は、かつて法例改正の際に論じたのでここでは繰り返さない⁽⁴⁶⁾。

(5) 子の利益保護以外の政策考慮

これまで子の利益保護という観点に限定して、親子関係の準拠法決定について論じてきた。最後にこの分野における法選択プロセスにおいて重要な価値は、子の利益保護に限られるのか、子の利益保護以外に考慮すべき要素としてどの

ようなものがあるかを概観しておきたい⁽⁴⁷⁾。

親子関係の成立の容易化 子の利益保護は一般的には親子関係の成立の容易化とは対立しないことは先に述べた。問題は選択連結の場合において、両者が対立するときどちらを優先すべきかである。おそらく子の利益の保護を優先すべきであろう。

両性(父母)の平等 両性の平等は、平成元年改正に際して婚姻関係に限らず、親子関係の準拠法の決定において重要な役割を果たした。選択的連結の採用も、子の利益の保護と並んでこの要請によることも大きかった。そして一般的にいて両性の平等の要請は、子の利益の保護と対立することは少ないであろう。

跛行的親子関係の回避 もとより跛行的法律関係を回避すべきことは、重要ではあるが、これをあまり強調すべきではない。この点を強調すれば、複数の連結点の累積的連結、配分的連結とならざるを得ず、親子関係の成立の容易化という観点からいって問題があり、結局のところ子の利益保護が実現しない場合が多くなるからである。

真実の親子関係の尊重 真実の親子関係の尊重も親子関係の準拠法を決定するにあたって重要な要素である。とりわけそれが子の利益保護と一致する場合はそうである。

親の利益保護・父権の尊重・家制度の維持 改正前の法例においては、夫又は父の本国法主義にみられるように、親の利益保護・父権の尊重・家制度の維持は、相当の重要性を与えられてきたといえるであろうが、現在の国際私法における準拠法の決定にとってどこまで重要かは大いに疑問であり、とりわけ、子の利益保護と対立するときは重視すべきではない。

- (1) 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 104頁(1977)。
- (2) 舛場準一「扶養義務の準拠法に関する法律の制定と今後の課題」ジュリ 865号 82頁(1986)。
- (3) 山田鎌一「法例改正要綱試案(親子の部)解説」民商 72巻 2号 9頁以下(1975)。
- (4) 松岡博「『法例改正中間報告』について」国際 86巻 1号 73頁(1987)。

- (5) 松岡・前掲 64 頁。
- (6) 沢木敬郎「新しい国際私法の概説」沢木=南編『新しい国際私法—改正法例と基本通達』18—19 頁 (1990)。
- (7) 南敏文『改正法例の解説』119—21 頁 (1992)。横山潤「涉外認知事件の裁判管轄権とその準拠法」『講座・実務家事審判法 5 涉外事件関係』237 頁 (1990)。
- (8) 南・前掲 209 頁, 山田鎌一『国際私法』410 頁 (1992)。
- (9) 木棚照一=松岡博=渡辺惺之『国際私法概論』〈3 版〉55 頁 [松岡] (1998)。
- (10) 横山潤『国際家族法の研究』206 頁 (1997)。
- (11) 南・前掲 121—22 頁, 135 頁。舛場準一「養子縁組・離縁の準拠法及び国際裁判管轄」『講座・実務家事審判法 5 涉外事件関係』248 頁 (1990), 櫻田嘉章『国際私法〈2 版〉』227 頁 (1998)。
- (12) 村上制男ほか「フィリピン人未成年者の涉外養子縁組み事件の調査に関する研究」家月 48 巻 5 号 125 頁 (1996) 参照。
- (13) その他の問題点については, 横山・前掲 222—24 頁を参照。
- (14) 南・前掲 156 頁, 溜池良夫『国際私法講義〈2 版〉』485 頁 (1999), 木棚=松岡=渡辺・前掲 203 頁 [木棚], 松原正明「涉外的子の監護紛争の処理」『講座・実務家事審判法 5 涉外事件関係』229—30 頁 (1990), 櫻田・前掲 281 頁。
- (15) 松岡・前掲注(4) 77 頁。
- (16) 松岡博「国際私法における子供の権利保護」国際私法の争点 41 頁 (1995)。
- (17) 改正後の裁判例の紹介については, 遠藤真澄「法例改正後の涉外家事事件の概観—婚姻・親子関係法を中心として—」家月 49 巻 5 号 1 頁以下 (1997) を参照。
- (18) 池原季雄ほか「法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」ジュリ 943 号 16 頁 [南発言] (1989)。
- (19) 早川眞一郎・ジュリ 1067 号 142 頁 (1995)。
- (20) 山内惟介・涉外判例百選〈3 版〉150 頁 (1995), 鈴木徑夫・判タ 790 号 158 頁 (1992)。
- (21) 本浪章市・百選〈3 版〉146 頁。
- (22) 熊谷久世・百選〈3 版〉148 頁, 山本敬三・リマークス 1994 上 182 頁 (1994)。
- (23) 出口耕自・平成 8 年度重判解 278 頁 (1997), 中野俊一郎・民商 116 巻 1 号 144 頁 (1997)。
- (24) 断絶型の養子縁組の戸籍実務については, 西田幸示「涉外的な断絶型養子の取扱いについて—平成 6 年 4 月 28 日付民二第 2996 号法務省民事局長通達の解説」家月 46 巻 9 号 115 頁 (1992) 参照。
- (25) 長田真里・ジュリ 1127 号 141 頁 (1998)。
- (26) 元永和彦・平成 8 年度重判解 281 頁 (1997), 大村芳昭・ジュリ 1107 号 157 頁 (1997)。

- (27) 植松真央「国際養子縁組における養子の本国法について」一橋研究 22 巻 1 号 1 頁以下, 植松真央「法例における“セーフガード”条項について」一橋論叢 116 巻 1 号 179 頁以下 (1996), 焔場・前掲 254 頁以下参照。
- (28) 元永和彦・ジュリ 1137 号 148 頁 (1998)。
- (29) 大村芳昭・ジュリ 1140 号 150 頁 (1998)。
- (30) 縁組申立の取り下げ理由の分析については, 小林桂子ほか「涉外養子縁組事件における調査上の留意点について」家月 48 巻 8 号 169—72 頁 (1996) 参照。
- (31) 小山昇・ジュリ 1073 号 346 頁 (1995)。
- (32) 道垣内正人・リマークス 1994 下 154 頁 (1994)。
- (33) 神前禎・平成 6 年度重判解 267 頁 (1995), 小野寺規夫・判タ 882 号 134 頁 (1995), 奥田安弘・リマークス 1995 下 162 頁 (1995), 横溝大・ジュリ 1098 号 144 頁 (1996)。
- (34) 佐藤文彦・民商 116 巻 1 号 154 頁 (1997)。
- (35) 多喜寛・百選〈3 版〉 9 頁。
- (36) 櫻田嘉章・ジュリ 993 号 210 頁 (1992), 横田勝年・判タ 790 号 152 頁 (1992), 横山潤・平成 3 年度重判解 263 頁 (1992)。
- (37) 離婚の際の親権者・監護権者の指定につき 21 条説をとるその他の事例については, 吉田健司「家庭裁判所における涉外事件の取扱い」判タ 996 号 170 頁注 16 (1999) 参照。
- (38) 鈴木航児・判タ 882 号 190 頁 (1995)。
- (39) 高桑昭・リマークス 1996 下 156 頁 (1996), 海老沢美広・平成 7 年度重判解 255 頁 (1996)。
- (40) 横山・前掲 144 頁参照。
- (41) この条約については, 清水響「ヘーグ国際私法会議第 17 会期の概要—国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約を中心に—」家月 46 巻 8 号 199 頁 (1994), 鳥居淳子「国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約について」国際 93 巻 6 号 1 頁 (1995) を参照。
- (42) 松岡・前掲注(4) 76 頁。
- (43) 横山・前掲 206—207 頁。
- (44) 松岡博「涉外相続の準拠法について」法曹 49 巻 12 号 28 頁以下 (1997)。
- (45) 焔場準一ほか「『法例』—現状と課題, 将来への展望」ジュリ 1143 号 29 頁 (1998) [松岡発言]。
- (46) 松岡・前掲注(4) 72—78 頁。
- (47) 国際私法における政策考慮一般については, 松岡博『国際私法における法選択規則構造論』176 頁以下 (1987) 参照。

The Protection of the Best Interest of the Child in International Family Law Cases in Japan

Hiroshi MATSUOKA

Prof. of Law, Osaka University

The Horei, the basic statute of Japanese Private International Law, was enacted in 1898. Minor revisions were made at five different times. Major revisions, however, had not occurred until 1989, when the provisions of the Horei on marriage, divorce and parent-child relationship suffered a significant change.

In this article, the present writer tries to examine how the protection of the interest of the child has been considered in the choice of law process of Japanese Private International Law, following the tracks of one hundred years of enactment of the Horei.

1 The notion of the protection of the interest of the child had not played an important role in the choice of law process in international family law cases in the era before the revision of the Horei in 1989. One of the basic principle of the Horei in the field of parent-child relationship, for example, was the application of the national law of the father or husband. Only in exceptional cases, courts could refuse to apply the national law of the father or the designated law by the choice of rules of the Horei in order to protect the interest of the child, relying on the public policy principle.

2 Japan ratified the 1956 Convention of the Law Applicable to Maintenance Obligations in Respect of Children in 1981 and the 1973 Convention of the Law Applicable to Maintenance Obligations in 1986. The ratification of these two Hague Conventions had marked the first change to this attitude by introducing the principle of the application of the law of habitual residence of the child in order to protect the interest of the child.

3 In the revisions of the Horei in 1989, the protection of the interest of the child was a very important factor. For instance, a child shall be legitimate under

the national law of either spouse at the time of the birth of the child under the new provisions of the Horei. The same kind of choice of rules were also adopted in the new provisions of acknowledgment and legitimation. These rules are designed to make formation of parent-child relationship easier to protect the interest of the child.

4 The close analysis of the Japanese Family Courts decisions on international parent-child relationship after the revision of the Horei, reveals that courts usually give sufficient consideration to the interest of the child in determining the applicable law to international parent-child relationship.