

国際私法の現代化をめぐる考察

——能力・親族・総則を中心に——

大村 芳昭

おおむら よしあき

中央学院大学法学部教授

はじめに

- 1 法例改正の意義ないし必要性について
- 2 自然人の能力に関する準拠法について
- 3 後見開始の審判等について
- 4 親族関係の準拠法について
- 5 総則規定について

はじめに

本稿は、現在（本稿脱稿時である2006年6月上旬を指す。以下同じ。）国会で審議中の、法例の現代化を含む全部改正⁽¹⁾について、これまでの改正作業を踏まえて、筆者の考えや疑問を提示しようとするものである。

そもそも今回の法例改正は、2003年2月5日の法制審議会総会において、法務大臣から「国際私法に関する法例の規定の現代化を図る上で留意すべき事項につき、御意見を承りたい」旨の諮問（諮問第61号。以下「諮問」とする）がなされたことに始まる。その諮問に基づいて法制審議会に設置された国際私法（現代化関係）部会は、2003年5月より法例（明治31年法律第10号）の見直し作業を進めてきた。そして、2005年3月22日に「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」（以下「中間試案」とする）を取りまとめて公表し、3月29日から5月24日まで一般からの意見募集を行った。それと同時に、法務省民事局参事官室の責任で作成された「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」（以下「補足説明」とする）も公表されている。

その後、同部会は、上記意見募集に応じて提出された意見⁽²⁾を参考にしつつ

さらに審議を進め、7月28日に「国際私法の現代化に関する要綱案」(以下「要綱案」とする)を決定し、それをもとに、9月6日の法制審議会総会で「国際私法の現代化に関する要綱」(以下「要綱」とする)を決定した。そしてこれをもとに法案策定作業に入り、2006年2月14日、内閣提出法案として国会(第164通常国会)に対し、法例の全部を改正する「法の適用に関する通則法案」(以下「法案」とする)が提出され、現在審議中である⁽³⁾。

今回の法例改正は、1989年に公布され1990年に施行された法例改正に続き、法例の大規模な改正としては2回目のものである。前回の改正が主として婚姻・親子に関する部分を対象とするものであったのに対して、今回の改正は、主としてそれら以外の部分を対象としたものである点で、前回の改正と異なっている。当初はより広い範囲にわたって改正の是非が議論されたのに比べれば、最終的に法案に盛り込まれたのはごく一部の規定に過ぎない。しかしそれでも、改正の対象とされた規定について言えば、1898年の法例制定以来、少なくとも実質的には初めての改正となるものもあり、法例の根本法的性格を考えれば、その影響力は決して軽視されるべきものではないであろう。

このような今回の法例改正の重要性に着目した国際私法学会では、2005年の春期学会⁽⁴⁾において、法例改正⁽⁵⁾をテーマにしたシンポジウムを行い、4つのカテゴリー⁽⁶⁾に分けてそれぞれ基調報告と問題提起を行った⁽⁷⁾上で、それぞれ活発な議論を展開した。その結果は、パブリック・コメントへの応募をはじめ様々な形で法務省にも伝えられ、改正審議の参考になったことであろう⁽⁸⁾。筆者も上記シンポジウムにおいて、「相続及びその他の問題」カテゴリーの問題提起を担当し、基調報告者である国友明彦教授との共同作業⁽⁹⁾により、能力・親族・総則の分野を中心として⁽¹⁰⁾若干の問題提起をさせていただいた。

本稿は、その際に作成した報告原稿⁽¹¹⁾を下敷きとして、その後現在までの改正案をめぐる動向や筆者自身の考察をもとに加除訂正したものである⁽¹²⁾。もはや改正の大筋が固まってしまう現時点において、このようなものを公表することにはいかなる意義があるのか、いささか疑問に思わなくもないが、今回の改正を後日振り返って評価する際のほんの小さな参考資料としてでもお役に立てれば、望外の幸いである。

1 法例改正の意義ないし必要性について

(1) なぜ全般的見直しなのか

今回の法例見直し作業の性格は、諮問・中間試案・要綱案・要綱の何れにおいても「国際私法の現代化」であるとされている。しかし、その「現代化」の意味するところは必ずしも明確でないように思われてならない。即ち、今回の法例見直しの直接の契機となったと思われる政府の「規制改革推進3か年計画」⁽¹³⁾では、現行法例12条（以下、現行法例の条文は「現行〇〇条」と表示する）の定める債権譲渡の第三者対抗要件の準拠法について見直しが求められ、その後、「規制改革・民間開放推進3か年計画」⁽¹⁴⁾では、同条を含めた法例中の国際私法規定の全般的見直しについて検討が求められている、とされている（補足説明第1・1）。しかし、現行12条の見直しの背景はある程度理解できるとしても、それがなぜ法例中の国際私法規定全般の見直しにまで発展したのか、その必然性が今ひとつ理解できない。

もし国際私法規定全般の見直しをするというのであれば、法例はわが国の諸法令の中で最も基本的なものの1つに数えられるはずであることを考えれば、その審議には慎重に慎重を重ねるべきであろう。他方、もし現行12条（あるいは同条とその関連規定）の見直しが他の規定の見直しに比べて特別に強く要請されるというのであれば、今回の実質的改正は同条ないしその関連規定にとどめるべきである。もし今回の見直しが、実質的改正のみならず「国民にわかりやすい法令」を目指す作業の一環でもあるというのであれば、全体の見直しは現代「語」化のためのものにとどめるべきであって、実質的・全般的な改正をも同時に進めようとするのは若干強引に過ぎるように思えなくもない⁽¹⁵⁾。

(2) 実務上の要請の比重について

今回の法例見直しに当たっては、一部の論点（後見、失踪宣告、離婚など）において、実務の都合や実効性の観点から前面に押し出され、その結果として日本法を準拠法とする考え方を維持ないし拡大するような提案が中間試案段階からなされており、それが要綱案・要綱を経て法案にも受け継がれている。もちろん

ん、法は抽象的な理念や原理原則だけで動くものではなく、実務上の便宜といった観点もある程度考慮しなければならないことは確かであろう。しかし、少なくとも従来本国法主義を採用してきた規定について、日本法のみによるの根本的な軌道修正を図ろうとするのであれば、それは個々の規定のあり方といったレベルにとどまらず、国際私法全体の立法政策の見直しという大きな問題に手をつけることになるのではなかろうか。だとすれば、より広範囲にわたる議論を前提として初めて改正の是非を判断することができるはずなのであって、今回の改正案のような、総論レベルの根本的再検討を伴わない各論突破型の手法には疑問を感じざるを得ない。

(3) 国際民事手続法上の問題について

補足説明第1・2では、現行4条・6条関連の裁判が外国でなされた場合の国内での効力や、現行24条関連の国際裁判管轄の問題について、「このような問題は…国際民事手続法の広い視点からの更なる検討を必要とする」などの理由で「今回の立法作業における検討の対象とはせず」としながら、その一方で、「現行法上規定があると解されている後見開始の審判及び失踪宣告の国際裁判管轄について」は「提案を掲げている」として、かなり詳細な検討を行い、改正案を提案しており（中間試案第2・1及び第3）、その路線が法案まで受け継がれている（法案5条・6条）。しかし、国際民事手続法の広い観点からの再検討が必要なのは、後見開始の審判や失踪宣告以外の問題も同じことであって、なぜ「現行法上規定があると解されている」ものだけを取り出し、今回の検討対象に含めたのか、疑問を感じる。加えて、まさにそれら後見・失踪宣告関連の準拠法について、日本法への連結がかなり前面に押し出されていることを考えると、そこに立法担当者の日本法適用機会拡大という特定の意図が感じられるようにすら思われなくもない。もし国際民事手続法上の問題は今回の検討対象外にするというのなら、現行4条・6条の実質の見直しは他日を期する方がより一貫するのではなかろうか。

2 自然人の能力に関する準拠法について

(1) 単位法律関係の設定

現行3条では「能力」という単位法律関係が設定されているが、従来の通説は、同条は財産的行為能力に関する規定であり、権利能力や身分的行為能力はその射程外であると解釈してきた。今回の改正でも、その解釈を文言に反映させるか否かにつき議論があったが、中間試案の段階では、「能力」の文言を維持し、射程については解釈に委ねることとされた（中間試案第1・注、補足説明6頁）⁽¹⁶⁾。しかしその後、要綱試案では一転して「行為能力」の文言が採用され、それが要綱・法案へと受け継がれている（法案4条）。少なくとも権利能力の準拠法については同条の射程外であることを明らかにするという点では、規定の明確化をはかったものと言えよう。

(2) 連結点の設定（本国法主義）

自然人の能力一般については、これまで一般的に言われており、また中間試案との関係でも述べられ（中間試案第1・注）、そして法案でも採用されているように（法案4条1項）、連結点としての安定性・明確性の観点から考えると、常居所地法主義を採用するよりも、本国法主義を維持することの方により合理性があると言ってよいであろう。ただし筆者は、解釈論レベルでも立法論レベルでも、本国との実質的関連性に特に問題があることが明白である場合には、本国法主義の例外を認めるべきものと考えている⁽¹⁷⁾が、その点についての詳述は避けることとする。

(3) 取引保護規定のあり方

取引保護規定（現行3条2項）について中間試案では、①双方化の是非、②隔地的法律行為の取り扱い、③主観的要件の要否、④外国不動産に関する法律行為の取り扱い、の4点が論点となり、①については双方化する案としない案とが併記され、②については取引保護の対象としないとの意見が多数を占めたためその考え方によることとし、③については①の双方化する案の中で主観的要

件を課さない案と課す案とが併記され、④についてはこれも取引保護の適用対象とするとしつつも、なお検討を要するものとされていた(補足説明5頁)。筆者はこれに対して、相手側の主観を問わず、またすべての当事者が日本に所在するときにされた法律行為に限定せずに双方化し、外国不動産に関する法律行為も取引保護の適用対象とする考え方に賛成する立場をとったが、その理由は、主観的要件を課すことは抵触規定の中に必要以上の不明確性を持たむことになる点、および、現代における国際的な取引活動のさまざまなパターンを考慮すると、全当事者が国内にいることや取引の目的物が国内にあることを取引保護の要件とするだけの合理性があるか疑問であるという点⁽¹⁸⁾にあった。主観的要件については、その後も不要とする方向で一貫しており、筆者もこれに賛同するものであるが、その他の点については、要綱案段階で、双方化を盛り込まず、すべての者が同一法域内に所在するときに限り、かつ、行為地と異なる地にある不動産に関する法律行為を取引保護の適用除外とする形で一本化がなされ、それが法案にも盛り込まれている(法案4条2項・3項)。筆者としては、国際私法上の取引安全保護についてさらに考察をすすめるきっかけとしたい。

取引保護規定の適用除外について中間試案第1・2では、親族法又は相続法の規定によるべき法律行為を取引保護の対象外とする規定を削除するものとしていたが、要綱案第1・2・(注)では、明示はしていないものの、現行法と同様にそれらも対象外として明記する方向に転換したようであり、その方針が法案4条3項にも反映されている。これは、親族法又は相続法の規定によるべき法律行為がもとも現行3条の適用範囲に入ることを前提としているものと解される⁽¹⁹⁾。しかし、現行3条1項の規定は画一的な能力基準の設定が求められる取引行為を念頭に置いたものであり、類型ごとに異なった基準を設定する方がよい親族・相続法関係については現行3条1項はうまく機能しないのではなからうか。むしろ、親族・相続法上の行為については現行3条1項(法案4条1項)を適用せず、各規定に委ねる旨の規定を置く方が適切ではなからうか。

3 後見開始の審判等について

(1) 管轄原因

(A) 原則管轄のあり方（本国管轄か居住地管轄か）

現行4条は、本国管轄を暗黙の前提とした上で、例外的に居住地管轄を認めたと従来解釈されてきた⁽²⁰⁾。その根拠について法典調査会での審議（法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会法例議事速記録』（以下「速記録」とする）67頁）を見てみると、穂積起草委員は、旧法例3条が禁治産宣告の準拠法のみならず国際裁判管轄についても本国を基準にする考えに基づいていたものと解釈できる点、及び、従来の学者が禁治産は本国の専属管轄に属するとの考えを唱えてきた点を指摘している。ただ、起草者自身、本国の管轄を認めるだけでは在外国民保護の実効性に問題がある点を認めており、実際にも二か国間条約で在外領事に権限を与えるといった対応がなされているとしている。そして、そのような本国管轄の欠点を補うことを意図してか、2項で住所または居所に基づく管轄を認めたのである（速記録69頁）。その後の学説でも現行4条は、後見等の開始に関する原則的管轄権が本人の本国に認められることを前提とした上で、その例外として、居住地たるわが国の管轄権を認めた規定であると解されてきた。

しかし近年は、むしろ本国の管轄を否定して居住地国の管轄を認める説が一般的となっており⁽²¹⁾、その理由としては、一般社会の公益維持や、保護の実効性の観点から考えて、本人の社会生活の中心地である居住地の管轄を認めるのが最適である、という点が挙げられている。中間試案でも、第2・1のA案、B案、C案の何れもが、居住地⁽²²⁾の管轄を認める構成になっている。

そこで検討すると、従来、本国管轄を認める見解としては、①本国法主義の趣旨ないし本国法適用の便宜から説明するもの⁽²³⁾、②行為能力の制限という重大な効力の発生を理由とするもの⁽²⁴⁾、③現行4条の立法趣旨から説明するもの⁽²⁵⁾、④非訟事件手続法2条の趣旨から説明するもの⁽²⁶⁾、そして⑤1905年の禁治産並びにこれに類似の保護手段に関するハーグ条約の規定（が本国管轄を認めていること）から説明するものがあった。

しかし、これらの見解にはそれぞれ疑問がある。即ち、①に関しては、法廷地手続法を実体準拠法にあわせて柔軟に運用することによって対応することが可能であり、管轄権を本国に限定する正当な理由にはならない。②に関しては、私法上の効果との関係で対人主権の概念を持ち出すことは妥当でない。③に関しては、同条は明文で本国管轄を規定しているわけではない。④に関しては、同項はあくまで国内管轄の規定である。そして⑤に関しては、国際条約上の規定を国家間の十分な協力を前提としない一国内法の解釈に持ち込むことは適切でない。よって、これらの見解は何れも本国管轄を認める根拠としては不十分であるように思われる。それに、後見開始や失踪宣告についてだけ本国管轄を基本にするということになると、他の類型の家事事件(親子関係存否確認など)の国際裁判管轄との関係で突出することとなり、管轄相互間の整合性が保てない点でも疑問が残る。

以上から筆者は、近年の有力説が説くように、住所地・居所地管轄を基本とすべきであると考え。その限りでは、中間試案第2・1のA案、B案a、C案aに共通する[常居所/住所]又は居所管轄の考え方に賛成したい。

(B) 並存的ないし例外的本国管轄の是非

ただ、以上の議論は、いかなる場合にも本国管轄を認めるべきではないという結論までも導くものではない。海外在住の日本人につき日本国内で後見開始等の審判をすることが求められる場合も考えられるからである(補足説明16頁)。その意味では、法案が居住地管轄と本国管轄を並行して認めたことは決して理解できないことではない。ただ、無条件で本国管轄を認めることにはいささかの躊躇を覚える。その点を考えると、補足説明が本国管轄と居住地国管轄を並存的に認める考え方を紹介する際に、本国管轄を制限的に認めることの可否について特に検討していないのは残念である。補足意見は、海外に居住し財産も日本に所在しない日本人についても本国管轄を認めるべきだとする意見を紹介しているが、本人の国籍以外になんら日本との結びつきがない場合にまで本国管轄を認めても、実効的保護の観点からは疑問である⁽²⁷⁾し、他方、家族が日本にいるような場合には、結局、本人の国籍以外にも日本との結びつきがあり、それは純粋な本国管轄の議論とは別に、本国プラスアルファの管轄とし

て議論すればよいはずである。そこで、たとえば本国に本人の財産がある場合や本国に本人の親族が居住している場合のような、本人と本国との間に国籍以外の点でも何らかの結びつきがある場合に限って本国管轄を認める、という限定的本国管轄の是非について、なお議論を深める必要があるのではなかろうか⁽²⁸⁾。

(C) 居住地国管轄の内容

居住地国管轄の内容について、中間試案では「常居所／住所」という表現が用いられており、補足説明15頁では住所地国管轄とするか常居所地国管轄とするかの点についての議論が紹介されているが、国際裁判管轄が準拠法の資格を決定するから、という理由付けは、国際民事手続法の独自性を軽視するものであり、適切でないと考える。むしろ、同じページの他の箇所でも説明されているように、国際裁判管轄に関する他の成文法規や判例法理との平仄を重視し、住所地国管轄とするのが適切であると考えられる。この点では、その後の要綱案・要綱・法案のいずれも「常居所」ではなく「住所」を選択しており、筆者もこれに賛成するものである。

(D) 財産所在地国管轄の是非

中間試案のB案・C案では、居住地国管轄ないし本国管轄に加えて、財産所在地国管轄を認める考え方が提示された。つまり、海外在住の日本人が日本国内に財産を有する場合、その財産の管理処分を行う必要性が生じた場合に備えて、財産所在地であるわが国に国際裁判管轄を認めるべきである、との趣旨である(補足説明16頁)。従来、このような議論は、本国管轄を認めるべしとする議論の根拠の1つとして述べられることが多かったものであるが、今回の中間試案では独立の管轄原因として提案された。しかし、そのような財産の管理処分を行うための手段として後見開始等の審判を活用することの要否ないし適否⁽²⁹⁾、また、仮に後見開始等の審判を利用する必要があるとしても、例外的な本国管轄ではなく財産所在地国管轄という独立の管轄原因を立てることの要否には、なお疑問が残る。その点で、要綱案以降において財産所在地国管轄の規定が姿を消したことには賛成したい。

(2) 後見開始の審判の準拠法

(A) 原因の準拠法

現行4条は、後見開始の審判の原因につき原則として後見人の本国法による(1項)としながら、外国人については日本法の累積適用を規定している(2項)。これは、本国法主義と法廷地法主義のいわば折衷主義(速記録68頁)を採用したものであるとされている⁽³⁰⁾。起草者が本国法主義を採用したのは、同じ現行3条が能力について本国法主義を採用したのと平仄をあわせたものであり、日本法(法廷地法)の累積適用を規定したのは、日本の裁判所が外国人について本国法により保護をはかろうとしても、本国法の内容を実現できる機関がない場合があるからだ、と起草者は説明している(速記録68頁)。なお、累積適用について今日では、公序と内国取引保護の2つの根拠により説明するのが一般的となっている⁽³¹⁾。

補足説明(18頁)によると、法制審議会では、本国法と日本法の累積適用によって審判の原因が認められる範囲が狭くなり、成年被後見人の保護に欠ける場合が生ずる、という批判(補足説明17頁2(1))を受けて、本国法と日本法のいずれを準拠法とすべきかが検討され、結局日本法によるものとする案が採用されて、それが法案にまで受け継がれている。しかし、法制審議会の議論において日本法を準拠法とすることで意見の一致が見られた理由(補足説明第4・2・(2))とされる3点のうち、比較法に関する(b)はともかく、(a)(i)(実効性)及び(a)(ii)(手続法との統一性)の2点には疑問を感じざるを得ない。なぜなら、前者については、その考え方を突き詰めると、そもそもわが国の裁判所で外国法を適用することそのものに対して疑問符をつけることにもなりかねず、国際私法の存在理由の根本が問い直されることになるからである。他方、後者については、並行理論に対するのと同様の疑問を感じる。何れについても、中間試案第2・2を根拠付けるには不十分であると言わざるを得ない。

そもそも現行4条に対する疑問は、法例が採用している本国法主義そのものに対する疑問という側面を有しているが、この疑問を解決するためには、本来は法例全体にわたる横断的な検討を踏まえる必要があるはずである。それを、今回の改正では個別の規定ごとに考察することによって連結点を変更しようと

しており、それは本来総論的検討を要する問題を各論的に突破しようとするものであって、そのような姿勢そのものに筆者は疑問を感じる。

(B) 効果の準拠法

現行4条1項は、後見開始の審判の効果について宣告地法によるとしている。これは、審判の効果についても本国法によることとすると、当事者の国籍の如何により宣告の効力が異なることとなり、取引の安全が害されるからであると説明されている⁽³²⁾。

これに対して中間試案は、宣告の効果の準拠法を一律に日本法とするという見解を採用しており、それがそのまま法案5条にまで受け継がれている。そして、その論拠としては、取引の安全、外国法の効力を日本で認めることの困難さ、日本法によらせることによる実効的な保護の3点が挙げられている(補足説明18頁)。しかし、外国法の適用が取引の安全を害するとすれば、現行3条の本国法主義そのものに対しても同じ疑問を投げかけなければならないはずであるが、中間試案の第1を見ても、本国法主義そのものを修正する提案はなされていない。むしろ筆者としては、被後見人等の場合と未成年者の場合とで取引保護の態様を変えることは、別の意味で取引の安全を害することにならないか、という疑問すら感じる。また、外国法の効力を日本で認めることが困難な場合があるというのは、外国法を準拠法とする場合には常に言えることであって、この論点でのみ特にそれを理由にして日本法によらせる十分な論拠とはならない。さらに、日本法によらせることにより実効的な保護がはかられるという論拠は、要件の準拠法の箇所でも指摘したように、国際私法の役割についての根本的な問いかけを含むものである。

以上から筆者としては、あくまで現行3条との平仄を重視する立場を採り、基本的には宣告の効力の問題も本国法によるものとした上で⁽³³⁾、取引の安全は現行3条2項によって実現するとの考え方を支持したい。

(3) 保佐開始・補助開始の審判

現行5条は、現行4条の規定を保佐開始の審判および補助開始の審判に準用する旨を規定しているが、この「後見・保佐・補助」の用語法は、平成11年の

法例改正の経緯を考えると、民法上の用語法にあまりにも引きずられ過ぎた感があり、大いに疑問を感じる。「禁治産」「準禁治産」という用語を廃止したことに限って言えば、それらが今日では適切さを欠き、あらゆる法令からそれらの用語を抹消することに正当性がある、ということであるならば、その趣旨自体はそれなりに納得できなくもない。しかし、抵触規定上、「後見開始の審判」と「保佐開始の審判」「補助開始の審判」を区別する必然性があるのかは疑問であるし、仮に区別する必然性があるのであれば、単に現行4条を現行5条で「準用」というような抵触規定の置き方は不適切ではなかろうか。その点、補足説明第4・3の「同一の規律」は現行5条の削除を意味するのか、それとも現行同様の準用規定とする趣旨なのか必ずしも明確でないように思われた（要綱案及び要綱でもこの点は同様である）が、幸い、法案の段階では、「成年被後見人、被保佐人又は被補助人」という文言は用いられたものの、規定自体は法案5条に一本化された（法案35条も同様）ので、その点は評価したい。

(4) 後見等

現行24条は、未成年後見と禁治産後見（現行法上の成年後見に対応）を含めた後見全般について、国際裁判管轄と準拠法の両方を定めることを目的として起草された（速記録163頁）が、現在では、同条は後見の準拠法についてのみ規律し、国際裁判管轄については条理によって決定されるものと考えられている（補足説明111頁）。同条が2種の後見制度をともに対象にしたのは、わが国の民法がそれらを同じ箇所規定したこと⁽³⁴⁾を受けたものと考えられる。しかし、未成年後見は未成年者に対する私的保護という意味で親権と連続性を持つ制度であるのに対して、成年後見は後見開始の審判との強い連続性を有する制度であって、両者が同じ抵触規定上に規定される必要性は必ずしも認められないように思われる。むしろ、それぞれ連続性の高い制度どうしを括って1つの単位法律関係として設定した方が、単位法律関係としてのまとまりのよさや、（現行21条と24条との間で生ずるとされてきたような）適応問題発生の防止という観点からみれば、利点が多いのではなかろうか。

このような観点から、筆者としては、現行24条に相当する規定を、現行4条

と現行 21 条の単位法律関係にそれぞれ吸収させてはどうかと考える。

ただ、そのような考え方について検討しようとする場合に問題となるのが、現行 24 条 2 項に規定された 3 つの要件 (①日本に住所または居所を有する, ②本国法上の後見開始の要件, ③日本で後見の事務を行う者がいない) をどうするか, という点であるが、筆者は現時点では次のように考えている。まず①の要件は、実質的には国際裁判管轄を意味するものであり⁽³⁵⁾、現行 4 条について既に述べたのと同様に、国際民事訴訟法の独自性から、国際私法とは別個に定めるのが適切であると考ええる。次に②の要件は、現行 24 条を現行 21 条の単位法律関係に吸収させれば、被後見人の本国法主義を採用することになるわけであるから、この要件はそのままそこに組み込めばよい。そして③の要件は、被後見人保護を拡大する観点から抵触規定の内容としては必要のないものであって、もし後見人どうしの権限の抵触といった問題が生じた場合には、抵触規定とは別個の手続的観点から調整をはかればよいものと考ええる。

4 親族関係の準拠法について

(1) 検討事項

補足説明第 13 によれば、今回、現行法例の親族関係の規定のうち主な検討対象となったのは、①平成元年改正時に規定を置かなかった事項、②改正後に、その解釈適用に当たって困難が生じていると考えられる事項、③改正後に、改正の基礎となった社会的事情や各国の実質法に変化が生じたと考えられる事項、④改正後に、改正の際に参考とされた諸外国の国際私法立法の動向に変化が生じたと考えられる事項、の 4 種類とされている。しかし筆者としては、④をどの程度重視すべきか、という点については若干の疑問を抱いている一方で、⑤立法ないし改正当時から問題を抱えていた規定も検討対象に含めるべきだったのではないかと考える。

以下では、今回の改正では特に取り上げられていない項目も含めて、立法論として検討の必要性が高いと報告者が考えるいくつかの項目について述べることにしたい。

(2) 婚姻の方式

現行13条3項ただし書(法案24条3項ただし書に受け継がれている)によれば、当事者の一方が日本人であり、かつ婚姻挙行地が日本である場合に限って、当事者の一方の本国法による方式が認められず、絶対的挙行地法主義(その実は内国法主義)に逆戻りすることとなっている(日本人条項)。この規定は、①戸籍の信頼性を維持するためには、日本人の身分関係を正確に戸籍に反映することが必要であり、また、②仮にこのような規定がなくても報告的婚姻届が要求される以上、創設的婚姻届を要求しても特に差異はなく、当事者に格別の困難を強いることにはならない⁽³⁶⁾という理由から設けられた、との説明がなされている(補足説明第13・1(1))。

しかし、そもそもこの規定は、不均衡婚(跛行婚)の発生を防止し当事者の便宜をはかるという3項本文の立法趣旨⁽³⁷⁾との関係で問題があり、また、上記の説明①②にもそれぞれ疑問がある。すなわち、上記説明①について言えば、婚姻の事実が戸籍に反映されないのは、日本人と外国人のカップルが国外で外国人当事者の本国法上の方式または挙行地法上の方式による婚姻を締結する場合、あるいは日本人どうしのカップルが国外で挙行地法上の方式による婚姻を締結した場合にも同様である。

また、ただし書の規定が戸籍制度の信頼性を維持することになるのかどうかも疑問の余地がある。なぜなら、外国法上の方式により既に成立している婚姻について、重ねて日本法上の方式による婚姻を要求すると、同一当事者間で重ねて2回の婚姻を締結することになるため、内外の裁判所でそれぞれ婚姻の成立時点や婚姻の効果などが問題となった場合など、却って法律関係が錯綜し、戸籍制度の信頼性にとっては逆効果となりかねないからである。他方、上記説明②について言えば、日本人条項がなければ報告的婚姻届ですむものが、日本人条項の適用により創設的婚姻届を要求されるという違いを不当に軽視するものであるように思われる。報告的婚姻届と創設的婚姻届とは、手続的な意味での当事者の負担にはそれほどの違いがないとしても、法的効果は明らかに異なっており、創設的婚姻届を怠ると婚姻の成立を否定されるという不利益を当事者が被ることになるわけであるから、創設的婚姻届を要求することは当事者

に格別の困難を強いることになる。さらに、簡易な方式であれば強制してもよいという発想がもしあるとすれば、それは婚姻の方式の持つ文化的・宗教的側面を不当に軽視するものではなかろうか。以上から、たとえ戸籍実務上のメリットを考慮したとしても、現行13条3項ただし書は削除すべきであると考えられる。

(3) 離婚

現行16条ただし書(27条ただし書に受け継がれている)によれば、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、その離婚は日本法によるものとされている(日本人条項)。この規定は、形式的審査を前提とするわが国の戸籍実務上、現行16条ただし書という夫婦の最密接関係地法の認定が困難であるとの理由で新設された⁽³⁸⁾。よって、規定上は現行16条本文全体に対する例外規定であるかのように見えなくもないが、その実は三段階目の最密接関係地法に対する例外規定ということになる⁽³⁹⁾。

しかし、①この規定によるときは、他方当事者の国籍や常居所が一切無視され、夫婦に密接な関係を有する地の探求も行われないうまま、一方的に日本法が適用されてしまうという点において、内外法を平等に扱うという国際私法の基本理念に反するようと思われる(補足説明106頁2(1)(a))⁽⁴⁰⁾。また、②この規定の適用に際して相手方(日本人でない方の当事者)の離婚意思の確認が不十分になる、との問題点も指摘されている(補足説明106頁2(1)(b))。ただ、この②の指摘は、実質法レベルの問題を抵触法の議論に持ち込んでいる点で必ずしも適切な批判とは言い切れないように思われる。筆者としては、あくまで①の理由により、現行16条ただし書は削除すべきものと考えられる。

なお、法制審議会の議論においては、「ただし書の要件を満たす夫婦の離婚が日本で問題となる場合には、最密接関係地法を個別に検討してみても、それが日本法となることがほとんどである」との意見が出されているようである(補足説明第13・2(3))が、そこまで言えるかは疑問である。また、ただし書のような規定を置かないと夫婦の最密接関係地法の認定に困難を生じるおそれがあるとしても、それへの立法的対応として、ただし書の削除か存続かの二者択一

しか考えられないのか、再考の余地があるように思われる。

(4) 親子関係

法例が実親子関係成立の準拠法を嫡出である子（婚内子）・嫡出でない子（婚外子）・準正の3種類に分けて定めたのは、わが国の民法上の規律との平仄をあわせたものと考えられる（補足説明第13・3・(5)ア(b)）。そして今回の改正でそれらの規定は何ら実質的な改正を受けていない⁽⁴¹⁾。しかし、国際人権法への配慮や、国際的な法制の調和という観点からすれば、婚外子差別撤廃という世界的潮流を抵触法レベルでも受け止める必要性は高まりつつあるというべきであり、今後、現行17条～19条（法案28条～30条）の一本化について、わが国の民法改正の動向に目を奪われることなく、さらなる検討を続けるべきである。

(5) 嫡出否認の準拠法について

現行17条（法案28条）が嫡出親子関係の準拠法として選択的連結を採用したことの裏返しとして、父母双方の本国法により嫡出推定を受ける場合には、嫡出否認も父母双方の本国法が認めない限りできない、と通説は解釈している。これは、同条の趣旨は子の利益保護にあり、嫡出親子関係を広く認めることが子の利益に適う、との考え方によるものであろう。確かに同条の解釈論としては、例えば父母双方の本国法上の嫡出推定を受ける子が、母の本国法上の嫡出否認の要件のみを満たしている場合には、父の本国法上の嫡出推定は依然として成立しており、その子は当該夫婦の嫡出子として扱うと解するのが、同条の規定の文言には忠実なのであろう。しかし、例えばイスラム法のように婚姻解消後4年間は嫡出推定が及ぶものとするような立法例すらあり得ることを考えると、一概に親子関係を広く認めることだけが子の福祉に適うとは言い切れないのでなかろうか。また、より根本に遡って考えれば、そもそも嫡出性という概念は、子がその父母の婚姻から生まれたと言えるかどうかを問題にするものであって、婚姻との関連性が非常に強いことを考えると、嫡出否認あるいは嫡出性の判断全体について、婚姻の効果との連続性を意識した連結政策の採用を検討すべきなのではないだろうか⁽⁴²⁾。

(6) 夫婦共同縁組の準拠法について

現行20条(法案31条)は夫婦共同縁組につき特段の規定を置いていないが、通説は、父子間と母子間の2つの縁組があるとみて、父子間の縁組の成立は父の本国法に、母子間の縁組の成立は母の本国法によるとしている。そのため、例えば、夫婦の一方の本国法が養子縁組を禁止し、他方が夫婦共同縁組を強制している場合には、原則としてどちらとの間でも養子縁組を成立させることはできないことになる。敢えて共同生活の実態などを重視して夫婦共同縁組を認めるためには、公序則の発動というドラスティックな手法⁽⁴³⁾が必要となってくる⁽⁴⁴⁾。他方、養子縁組の効果については、養父母双方の本国法を累積適用し、双方がともに認める効果(例えば断絶効)のみを認めるものとされている⁽⁴⁵⁾。しかしそれでは、縁組の成立と効果とで連結政策に一貫性が認められず、また、養父母と養子の三者が一体的な家族関係を構成する点が連結政策に適切に反映されないこととなる。そこで、養父母夫婦に最も密接な関係を有する法(例えば婚姻の効力の準拠法)を夫婦共同縁組の準拠法にするなど、連結政策上の工夫をすべきではなかろうか⁽⁴⁶⁾。

5 総則規定について

(1) 検討事項

いわゆる国際私法総論に関する規定について、今回の改正の過程では、極めて断片的ないくつかの規定が取り上げられたのみであり、しかも提案内容も極めて簡潔なものに過ぎなかった。しかし、総則規定の中には根本的な再検討を必要とするものがいくつか見られるように思われる。そこで、今回の改正の過程で特に取り上げられなかったものも含めて、補足説明で何らかの形で触れられている範囲内で、いくつかの規定について以下述べることにしたい。

(2) 住所地法の決定

中間試案第11・1(補足説明第16・1)では、現行法例中の住所地法を準拠法とする規定が改正により消滅することを前提とした上で、現行29条の規定を削除するものとしている。しかし、現行法の中で住所地法の適用を規定してい

るのは法例だけではなく、遺言の方式の準拠法に関する法律2条3号や、難民の地位に関する条約12条1項もそうである。しかし、それらの規定の改廃は予定されておらず、また法例の総則規定は法例以外の抵触規則との関係でも適用される場合がある以上、やはり住所地法の決定に関する規定は存続させるべきであるように思われる。

(3) 反致

現行32条(法案41条にそのまま受け継がれた)の反致規定を存続させるか否かの点については、理論的・政策的観点からの反致否認論(現行32条削除論)と、実務上の利益の観点から現状維持にこだわる反致肯定論(現行32条維持論)との対立という構図が存在するように思われる(補足説明第16・2)。肯定論者は、①跛行的法律関係を部分的にでも防止できる、②(実質法の適用が困難な国につき)実務運用上の支障を回避できる、③ただし書の限定解釈の可能性があるから改正は不要である、といった根拠を提示している。しかしそれらに対しては、①跛行的法律関係をどの程度防止できるのか、②外国法適用を回避する手段として反致を利用してよいのか、また、本当にそこまでしなければならないほど適用に困難を生ずる場合がどの程度想定されるのか、③限定解釈の可能性が法改正の回避を正当化できるのか⁽⁴⁷⁾、という疑問が生じる。やはり筆者としては、反致論の抱える理論的問題点を重視する立場から、反致規定の存続には賛成することができない。もし現在の反致規定に相当する何らかの規定を置く切迫した実務的需要があるのであれば、そのような需要には反致で対応するのではなく、国際私法上の一般条項の明文化といった形で対応すべきであるように思われる⁽⁴⁸⁾。

(4) 重国籍者の本国法

現行28条1項ただし書(法案38条1項ただし書に受け継がれている)の日本国籍優先条項を維持させることには、国際私法の基本的理念である内外法平等の基本理念に反する点からすると、大いに疑問を感じる。補足説明第16・3・(1)では現行規定維持の論拠として戸籍実務上のメリットが挙げられているが、そ

のような理由から日本国籍以外の国籍を一切考慮しないという結論が必然的に導かれるのか、もう少しきめ細かく⁽⁴⁹⁾検討する必要があるのではなからうか。

(5) 不統一法の指定

現行 28 条 3 項（法案 38 条 3 項に受け継がれている）及び現行 31 条（法案 40 条に受け継がれている）の文言上、「其国ノ規則」は本国法を特定するための規則として位置付けられている。その結果、現行 14 条を適用する事例など、複数当事者についての連結点を組み合わせて準拠法を決定すべき場合には、まず各当事者の本国法等を（現行 28 条 3 項ないし 31 条を用いて）特定してからその同一性の有無を確認する、という手順を踏むのが文言に忠実な解釈であるということになろう。しかし、そのような規定のあり方は、不統一法国内での取り扱いの尊重という観点⁽⁵⁰⁾から考えると疑問であるし、また、諸国の立法例やハーグ諸条約の規定との平仄も合っていない⁽⁵¹⁾。むしろそれらの規定は、当事者の本国法を特定するための規定から、当該法律関係に適用すべき部分法秩序を指定するための規定へと改めるべきものと考え⁽⁵²⁾。

- (1) 本稿の脱稿後である 2006 年 6 月 21 日に、法例を全面改正した「法の適用に関する通則法」が平成 18 年法律 78 号として公布された。2007 年 1 月 1 日に施行の予定である。
- (2) 団体からの意見 18 件、個人からの意見 30 件、合計 48 件。なお、筆者が個人的に提出した意見書は、拙稿「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」に対する意見」中央学院大学社会システム研究所紀要 6 巻 1 号 151 頁として公表済みである。
- (3) 国会では、参議院先議の形で審議入りとなり、参議院では、法務委員会（4 月 10 日付託）での審議を経て 4 月 19 日に可決された。その後、即日衆議院に送付され、法務委員会（6 月 1 日付託）での審議に付されて、本稿脱稿後の 6 月 15 日に可決・成立となった。
- (4) 2005 年 5 月 21 日・22 日、専修大学にて開催された。
- (5) 特定の案を対象とするのではない旨が学会側から明示されたが、それにもかかわらず、少なくとも実際の議論は中間試案を念頭に置いたものが多かったように思われる。
- (6) ①契約関係、②契約外債務及びその他の債権関係、③物権及びその他の財産関係、

- ④相続及びその他の問題。なお、「その他の問題」には、権利能力・失踪宣告、行為能力・後見等、法人、遺言、代理、信託、親族、総則が含まれた。
- (7) 各テーマにつき基調報告者と問題提起者が1人ずつ、2人で組んで報告を行った。
- (8) ただ、筆者の個人的感想としては、たとえ会員個人による見解の相違があったとしても、学会全体として法務省に働きかけるような動きがもう少しあってもよかつたのではないかと、との疑問を払拭することができないでいる。
- (9) 他のカテゴリーでは、2人の報告者が、各組の担当する全領域について「基調報告」と「問題提起」を行うという横割りの役割分担をして報告に臨んだが、我々が担当した「相続及びその他の問題」カテゴリーは対象となる範囲があまりに広がったため、2人とも全体を見渡して報告するのは困難であると判断し、能力・後見等・親族・総則を大村が、その他を国友教授が担当する、という形で分野ごとの縦割りの役割分担を行い、各自の分担の範囲内で2人がそれぞれ基調報告と問題提起を行うこととした。
- (10) ただし、それ以外にも法例改正のあり方全般といったより幅広い問題にも一部言及している。
- (11) といっても、シンポジウム当日は時間の制約などもあって、用意した原稿をそのまま用いるのではなく、そこから適宜論点を拾って筆者なりにアレンジした形で報告をさせていただいた。
- (12) 紙幅の制約もあり、また筆者の個人的な事情もあって予想外に執筆時間が限定されたため、本稿は法例改正に関する論考として極めて不十分なものとどまっている。ただ、シンポジウムでの報告と討議の内容を踏まえた「原稿」として備えるべき内容を筆者なりに考えた末に書き上げたものであるため、その点のご寛容をお願いしたい。
- (13) 2001年3月30日閣議決定、2002年3月29日閣議決定で改定、2003年3月28日閣議決定で再改定。
- (14) 2004年3月19日閣議決定。
- (15) なお、以下本稿において、法例の実質的改正に関して愚見を提示している部分については、基本的にこのような問題意識を前提として、「もし実質的な改正を行うとすれば」という仮定の上で述べるものである。
- (16) 現行3条1項の「能力」が、同条2項との関係で行為能力を指していることは明らかである(溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』272頁)との点についてはほぼ異論がないとされる(山田鎌一『国際私法第3版』201頁)が、中間試案はこれと異なる見解にも配慮したものとされている。確かに、現行6条との位置関係等を重視するのであれば、この「能力」は権利能力をも含むとの考え方にもあながち根拠が

ないとは言いきれないのかもしれない。道垣内正人『ポイント国際私法各論』162頁・164頁参照。

- (17) 筆者は、本国法主義の意義を認めつつも、その硬直性をどうにかして打破したいと考えるものである。特に立法論レベルでどのような対応をすることが好ましいのかは、諸外国の立法例を参考にしつつも、今後さらに検討すべきものと考えているが、ここでは紙幅の関係や本稿の射程を考えて詳述は控えることとした。
- (18) これは、内国取引に限らず、より広く行為地における取引保護をカバーする立法政策を支持することを意味する。その点で、あくまで内国取引保護のみを考える見解（溜池・前掲274頁、山田・前掲209頁）と異なる。
- (19) ただし、現行3条1項の「能力」には身分行為能力は含まれないとの考え方を前提として、現行3条3項のうち親族法・相続法に関する法律行為の部分は単なる注意規定であるとする見解もある。溜池・前掲278頁、道垣内・前掲166頁。しかし、このような解釈は特定の明文規定の存在意義を部分否定するようなものである点を考えると、少なくとも一般論として、このような解釈を採用することには慎重にならざるを得ない。
- (20) 溜池・前掲280頁、山田・前掲215頁。
- (21) 溜池・前掲281頁、山田・前掲216頁。
- (22) ただ、ここでいう居住地とは厳密には住所なのか常居所なのかという問題はあるが、その点は後に扱うこととする。
- (23) 非訟事件に関する並行理論の立場。非訟事件における実体法と手続法の関連の深さから、本国管轄を認めることが本国法主義に最もよく適合する、あるいは、本国法上の実体法規定を本国以外の国の手続法により実現することは困難である、とする。
- (24) 従って対人主権を持つ本国の管轄を認めるべきだとする。
- (25) 同条は本国でなされた宣告をわが国で承認する趣旨であるとする。
- (26) 同条2項・3項は日本に住所も居所もない者につき管轄を認めていることを根拠とする。
- (27) 溜池・前掲281頁。
- (28) 山田・前掲218頁は、後見開始の審判と後見人選任とは別の問題であるとするが、理論的にはそうだとすると、實際上両者は相互に密接不可分の関係にあるのだから、後見人選任のみならず、後見開始の審判についても本国管轄を認めるか否かにつき検討する意義はあるものとする。
- (29) 被後見人のいない国で、単なる財産管理処分のために後見人を選任しても、療養看護を含めた後見人としての職務を適切に全うすることはできないのではないかと、

という点で疑問がある。

- (30) ただ、起草者はむしろ宣告の効力を宣告地法によらしめたこととの対比で折衷主義という表現を用いている。
- (31) 溜池・前掲 284 頁。
- (32) 溜池・前掲 285 頁。
- (33) 『別冊 NBL 88 号・法例の見直しに関する諸問題(3)』 53 頁参照。
- (34) といっても、個々の規定ごとに見れば、未成年後見にのみ適用される規定と、禁治産後見にのみ適用される規定、両者に適用される規定が混在しているのであるが。
- (35) 立法者の意図もそうであった。速記録 163 頁。
- (36) 溜池・前掲 434 頁，南敏文『改正法例の解説』 57 頁参照。
- (37) 出口耕自『基本論点国際私法』 113 頁。
- (38) 山田・前掲 444 頁。
- (39) 溜池・前掲 461 頁。
- (40) 溜池・前掲 461 頁。
- (41) それだけでなく、本来は是正すべき文言の不統一まで法案は引き継いでしまっている。つまり、民法では 1942 年の改正以来、実子を「嫡出である子」と「嫡出でない子」に区別してきているが、民法 789 条等では、民法中の他の規定と不統一な「嫡出子」という文言を採用している。そして、その用語不統一をそのまま受け入れたためか、現行 19 条でも「嫡出子」という文言が採用されているのであるが、法案 30 条までもがその「嫡出子」を採用している。これは国籍法 3 条なども含めて「嫡出である子」に統一するか、あるいは別の同一の用語に差し替えるべきではないだろうか。
- (42) ただしその場合には、上記(4)（実親子関係の成立に関する抵触規則を 3 つに分けて規定していることへの疑問）との関係をも考慮する必要があるだろう。
- (43) 東京家裁平成 7 年 11 月 20 日審判，評釈として拙稿・ジュリスト 1140 号 150 頁。
- (44) 岡垣他・実務家事審判法 256 頁参照。なお、公序違反の主張が通らなかった例として、東京家裁平成 15 年 3 月 25 日審判，評釈として拙稿・ジュリスト 1267 号 211 頁。
- (45) 本浪章市「養子縁組の成立(1)」別冊ジュリスト・涉外判例百選第三版 147 頁。
- (46) 溜池・前掲 510 頁，森田博志「夫婦関係にある者による養子縁組の準拋法と夫婦の一体性の利益」千葉大学法学論集 19 卷 3 号 49 頁。
- (47) 限定解釈で対応できるというのは、あくまで現行規定を所与のものとする解釈論レベルでの考察であって、それをそのまま立法論にまで持ち込むことには無理がある。

- (48) この点についても本稿では詳述を避ける。石黒一憲『国際私法』(新世社) 202～204頁参照。
- (49) 例えば、日本国籍を含む多重国籍者のうち、日本国籍の保持が形式的なものに過ぎないような場合にはただし書の適用を排除する、というような考え方の適否などが検討対象に含まれよう。
- (50) 出口耕自『基本論点国際私法』188頁参照。
- (51) 拙稿「国際家族法と人際法」中央学院大学法学論叢 10巻1号29頁、特に39頁(1)を参照。
- (52) この問題との関係で、1つ述べておきたい点がある。それは、人的不統一法と本国法の同一性の認定についてである。

インド特別婚姻法により婚姻した日本在住のインド人イスラム教徒と同じくキリスト教徒夫婦の離婚について、現行31条の文言に忠実な解釈をすると、インド人イスラム教徒の本国法はインド・イスラム法、インド人キリスト教徒の本国法はインド・キリスト教徒法となり、本国法の同一性がないため、次順位である夫婦の常居所地法(日本法)によることとなる。しかしそれでは、(特別婚姻法上の婚姻については特別婚姻法上の離婚規定を適用するという)インド本国での取り扱いに反することになる。

これに対してわが国では、特別婚姻法がこの場合の同一本国法となる、という解釈が相当の支持を得ているようである。しかし、現行28条3項及び31条が、当事者が所属している法としての本国法を特定するための規定である、という解釈を前提とするならば、そこで本国法として指定される法は、当事者が所属する民族・宗教など何らかの社会集団における部分的法秩序、いわゆるパーソナル・ローを意味するものと解するのが自然であるように思われる。となると、インド特別婚姻法は何れのパーソナル・ローにも属しない人為的な法としての位置付けを意図的に与えられたものであるから、それを当事者の本国法であると解することには無理があるのではないだろうか。(この点で、同じインド人異教徒同士の婚姻の例の中でも、ヒンドゥー婚姻法により婚姻したインド人ヒンドゥー教徒と同じく仏教徒の夫婦の場合には、上記とは事情が異なる。なぜなら、ヒンドゥー婚姻法上、ヒンドゥー教徒の定義には仏教徒も含まれるため、当該夫婦の本国法はともにインド・ヒンドゥー法であると言えるからである。)

また、特別婚姻法上の婚姻は、他の法により婚姻可能な当事者であっても締結ないし登録することができることを考えると、本来客観的であるべき本国法の決定が当事者の意思に左右されるのを認めることになる、という問題が生じる。そのような問題点を抱えている従来の解釈は、立法の不備を補い、不統一法域での取扱いの

尊重を重視するための目的的解释としては辛うじて正当化し得るとしても、実質的な法改正を検討するのであれば、そのような強引な解釈に依存しなくてもよいような規定方法を採用すべきであろう。