

扶養義務の準拠法に関する法律再考

横山 潤
よこ やま じゅん

成蹊大学法科大学院教授

はじめに

1. 条約と法の抵触

2. 条約と日本の批准

おわりに

はじめに

これまで、扶養義務の準拠法に関する法律（以下、「法律」と呼称する。）は、超国家的法源に由来することもあり、立法論的に検討されることはあまりなかった。しかし、1973年ハーグの「扶養義務の準拠法に関する条約」（以下、「条約」と呼称する。）の作成が始まった1970年代初頭から約半世紀が経過し、この条約に代わる2007年11月23日ハーグの「扶養義務の準拠法に関する議定書」（以下、「議定書」と呼称する。）はすでに発効している。条約の立法論的な検討があってもおかしくはない。そのためには、条約はそもそもどういった法の抵触を解決しようとしていたのか、という点を明らかにしなければなるまい⁽¹⁾。

さらに、「そもそも」論的にいうと、なぜ日本は条約の締約国になったのかという疑問もある。たしかに、ヨーロッパには条約を作成する事情があったかもしれない。第2次大戦が終了した後、人々は明るい未来を展望し、生活水準の向上を期待した。さらに、戦後の経済復興と社会福祉の拡大が貧困を撲滅した、と信じたはずである。ところが、1960年代の中頃、貧困がいわば再発見されるようになる。戦後の経済発展は貧困を除去するどころか、これを増やしさえしたのである。そこで、ヨーロッパの先進工業国は、一連の貧困対策に

着手する⁽¹⁾。国境を越えた扶養の仕組みを構築することは、こういった貧困対策の中で、受け容れられたといえよう。事実、締約国をみると、条約は疑いもなくヨーロッパ諸国の条約となっている⁽²⁾。しかし、日本はなぜこれを批准したのか。批准を求める「外圧」があったわけではないし、批准を希求する声が内から上がっていたわけでもなかろう。その理由を鮮明にすることは到底できないけれども、条約の批准と法律の制定にいたる背景に言及することは無益ではないと思われる⁽²⁾。

1. 条約と法の抵触

離婚した当事者間の扶養義務に関する規定（条約8条、法律4条）と他の親族間の扶養義務に関する規定（4条から6条まで、法律2条）とは、まったく異なった観点から作られている。

(1) 親族間扶養（4条から6条まで）

(a) エスピン＝アンデルセンの3つのレジーム

デンマーク出身の社会政策学者エスピン＝アンデルセン（Gøsta Esping-Andersen）は、「福祉レジーム」という概念を用いて社会福祉の国際比較を行い、福祉供給における国家・市場・家族という3者の比重の占め方を基準にして諸国を3つに分類した。自由主義レジーム、社会民主主義レジームそして保守主義レジームである⁽³⁾。この類型化は、条約を理解する上でも有用と思われる。福祉レジーム論は、第2次大戦後における資本主義経済の黄金期（1945年から1975年まで）を経験した西欧の民主主義諸国を対象として構築されており、その意味で、時間的・場所的に限定されていると指摘されている。けれども、条約もまたそういった時代と場所における法の抵触を解決しようとしたものであり、この点の制約は条約の理解に役立ちこそすれ、その妨げにはなるまい。

ちなみに、2018年5月31日現在、次の諸国が条約の締約国である。アルバニア、エストニア、フランス、ドイツ、ギリシア、イタリア、日本、リトアニア、ルクセンブルク、オランダ、ポーランド、ポルトガル、スペイン、スイス、トルコである。

(i) 自由主義レジーム

米国、カナダ、オーストラリアが自由主義レジームの典型例とされている。しかし、伝統的には、イングランドがこのレジームを代表するものと考えられていた。小さな政府、リスク管理にたいする自己責任、市場中心の問題解決を志向する国である。人は自己の財産をどのように使おうが自由であるべきであり、法が個々人の自由に介入することは本来望ましいことではない。もし法が親族扶養を強制することがあるとしても、納税者が負担すべきものを軽減するのに必要な範囲にとどまるべきである、とする。扶養法は、「家族の連帯」(family solidarity)を図るものではなく、「救貧法」(poor law) 的性格を濃厚にもっているとされる⁽⁴⁾。

(ii) 社会民主主義レジーム

スウェーデン、デンマーク、ノルウェーの北欧諸国がこのレジームに入る。家族ではなく社会全体で個人のリスクを管理しようとする。20世紀後半におけるスウェーデンにおいては、公的扶助をある人が受給したとしても、私法上の扶養義務者が事後に公的機関(コミュン)から費用の償還を受けることは基本的にない。「家族の連帯」(familiäre Solidarität)ではなく「社会の連帯」(gesellschaftliche Solidarität)を志向するといわれている⁽⁵⁾。

(iii) 保守主義レジーム

保守主義レジームの特徴のひとつは「家族主義」(familialism)にある。つまり、家族こそがその成員の福祉に主要な責任を負うべきであり、個人の需要はまず家族が充足し、家族の能力が尽きた場合にのみ国家が関与するという補完性(subsidiarity)の原則が強いとされる。エスピン-アンデルセンは、「現代の福祉国家は、そもそも家族主義に依拠していた。これは世界中どこにおいても同じである。戦後の社会政策は、男性は家族を養い、配偶者である女性は家庭に納まるという前提からスタートした。…家族主義の原則は、ヨーロッパ諸国の大部分で君臨してきた」とし⁽⁶⁾、保守主義レジームの国として、オーストリア、ドイツ、イタリア、オランダ、ポルトガル、スペインを挙げ、ベルギーとフランスがこれに準ずるとする。

(b) 条約の対象とする法の抵触⁽⁷⁾

未成熟子にたいする父母の扶養義務と夫婦間の扶養義務を否定する法秩序は存在しないであろう。これら2つの扶養義務の存否の問題に限っていえば、法の抵触は基本的になく、抵触法規を統一する意味はそれほど大きくない。ましてや、条約4条から6条までの規定（法律2条）が掲げる扶養権利者の常居所地法、共通本国法そして法廷地法を段階的に適用する意味もあるまい。これらの扶養義務について統一法規をあえて定立するとすれば、抵触規定ではなく（とくに未成熟子の扶養請求を認容した）判決の承認と執行を確保する規定であろう⁽⁸⁾。

したがって、とくに条約4条から6条までの規定に意義があるとすれば、主として次の5つの問題との関連ということになる。

（イ）2親等以上の直系親族間の扶養 フグ田マスオ・サザエが死亡した場合、磯野波平・フネはフグ田タラオを扶養すべきか。

（ロ）傍系親族間における扶養 カツオはワカメを扶養することがあるか。

（ハ）姻族間における扶養 フグ田マスオは磯野波平・フネを扶養することがあるか。

（ニ）子による父母の扶養 フグ田サザエは磯野波平・フネを扶養すべきか。

（ホ）父母による成年者たる子の扶養 フグ田マスオが死亡した場合、磯野波平・フネはフグ田サザエを扶養すべきか。

（c）自由主義・社会民主主義レジーム諸国の無関心

エスピン-アンデルセンのいわゆる自由主義レジームや社会民主主義レジームに属する諸国は、条約の締約国ではない。第1に、これらの国の実質法では、夫婦間扶養および親子間扶養を含めて、私法上の扶養義務なるものは伝統的に認められていなかった。いわゆる救貧法の下で公的機関が生活困窮者に扶助料を給付した場合にはじめて、国家は扶助に要した費用の償還を一定の近親者に請求するという処理が行われていた。つまり、歴史的には、扶養法は公法に属する法領域であった。第2に、これらの諸国の法の下で、私人と私人との間に扶養の権利義務の関係が設定されとしても、扶養義務者の範囲は他のヨー

ロッパ諸国の法と比べてきわめて狭い。夫婦間扶養と未成熟子にたいする父母の扶養に基本的に限定されている。1973年の「扶養義務に関する決定の承認と執行に関する条約」26条2項の規定は、傍系親族間の扶養と姻族間の扶養に関する外国判決の承認を拒否することができるとしているが、この承認・執行条約の締約国であるデンマーク、フィンランド、ノルウェー、スウェーデン、英国は、いずれも、この留保をしているのである。さらに、これらの国では、成熟した子と父母は、相互に扶養の関係にたない⁽⁹⁾。

自由主義・社会主義レジームの諸国の実質法は、上記(イ)から(ホ)までの扶養義務をすべて否定するとみられる。

(d) 条約と保護主義レジーム

他のレジームに属する諸国が締約国となることを排斥こそしないけれども、条約は、保護主義レジーム諸国の法の抵触を基本的に解決しようとしているようにみえる。これらの国はいずれも家族主義的な志向を共有している。とはいえ、扶養義務者の範囲などについてその実質法の内容は異なるからである。とくに、ほとんどの大陸諸国は2親等以上の直系親族間の扶養こそ肯定しているものの、その一方で、傍系親族間の扶養や姻族間の扶養いかんについて実質法はかなり相違している。

(i) 2親等以上の直系血族間の扶養

直系血族間の扶養を肯定するのは、ドイツ民法1601条、フランス民法205条、ベルギー民法205条、ルクセンブルク民法205条、スイス民法328条、イタリア433条、スペイン民法143条、ポルトガル民法2009条、ギリシア民法1485条、トルコ民法315条である。これにたいして、オランダ民法は1987年にそういった扶養関係を否定するにいたっている⁽¹⁰⁾。

(ii) 傍系親族間の扶養

保護主義レジームの中でも南欧諸国は、兄弟姉妹間に扶養の関係を肯定する。ギリシア民法1492条、イタリア民法433条、スペイン民法143条、ポルトガル民法2009条である。

(iii) 姻族間の扶養

フランス民法とその系列のグループは姻族間の扶養にたいして肯定的である。

フランス民法 206 条, ベルギー民法 206 条, ルクセンブルク民法 206 条, オランダ民法 392 条, イタリア民法 434 条がこれを肯定する。

(iv) 子による父母の扶養

成年の子は貧窮した父母を扶養すべきか。フランス民法 205 条の規定は、これを肯定するので有名である。同様に肯定するのは、ベルギー民法 205 条, オーストリア民法 143 条, スイス民法 328 条, イタリア民法 315 条, ドイツ民法 1606 条である。もっとも、規定の文言だけを比較すると、私的扶養を公的扶助に優先させる国（フランス、ベルギー、ドイツ）と公的扶助を私的扶養に優先させる国（スペイン、イタリア）に分かれる⁽¹¹⁾。

(v) 父母による成年者の子の扶養

保護主義レジームの諸国では、成年になっても自活できない子については、父母の扶養義務が肯定される。オランダ民法 392 条, オーストリア民法 277 条, フランス民法 203 条, 205 条, イタリア 147 条, 433 条。ただし、「自活」が期待できるか否かの判定基準については法が抵触する⁽¹²⁾。

(e) 条約上の処理

こういった法の抵触にたいして、条約が与えた処理の仕方を素描すれば、以下のとおりである。

(i) 扶養義務を発生させる法律関係

離婚後の扶養を別にすると、条約は、扶養義務を発生させる法律関係の種類に対応した連結基準を定めているわけではない。第 1 に、夫婦間扶養と未成熟子にたいする父母の扶養（生活保持義務）を他の親族扶養（生活扶助義務）から切り離して、特別に準拠法を定めることはしていない。さらに、およそ扶養の程度は、一律に、「扶養権利者の需要及び扶養義務者の資力を考慮して」決定される（条約 11 条 2 項, 法律 8 条 2 項）。第 2 に、父母と子との間の扶養であるかぎり、父母が扶養権利者か扶養義務者か、子が成熟しているか否かも問題とされない。第 3 に、条約 15 条の留保の可能性が示すように、直系血族間の扶養であるかぎり、（英国のような）個人主義的な観念や（北欧諸国のような）「社会の連帯」といった観念よりも「家族の連帯」（family solidarity, solidarité familiale）という観念に基づいて準拠法は決定されうる。

なお、南欧諸国では一般にみられるのに他の地域では否定されている傍系親族間の扶養とフランス法系諸国でのみ肯定される姻族間扶養については、扶養義務者の異議という形でのみ抵触法上の処理が行われる(条約7条、法律3条)。もっとも、これらの扶養についても扶養権利者の常居所地という連結基準そのものが排斥されるわけではない。

(ii) 扶養権利者の常居所地

条約4条から6条までの規定は、扶養権利者の常居所地、扶養権利者と扶養義務者の共通国籍、法廷地を連結基準としている。このうち、上記いずれの福祉レジームにとっても、扶養権利者の常居所地という基準は受容可能なものであるはずである。自由主義レジームにとり、この基準は扶養権利者が参加すべき市場の所在地、疾病などにより市場に参加できない者にとっては公的扶助を受給する地でもある。社会民主主義レジームにとっても公的扶助の給付地を意味することになろうか⁽¹³⁾。保守主義レジーム(家族主義)の観点にたっても、扶養権利者の常居所地は、家族を構成する成員の国籍が異なるときには、その「家族準拠法」を指示するものと理解される可能性が高いであろう。扶養権利者の常居所地という基準は、貧窮者の救済のために是が非でも条約を成立させなければならないとすれば、どのレジームに属する国であっても妥協できる基準であるといえよう。

しかしその一方で、この連結基準は、どのレジームからみても中途半端な基準にみえるかもしれない。この基準の双方性は、公的扶助を給付する機関の観点からみると外国法を適用する点で受け容れにくく⁽¹⁴⁾、本国法主義に立脚する諸国は、扶養義務を発生させる「家族準拠法」を第1次的に当事者の同一本国法に求めるであろうからである。

(iii) 条約15条の留保

事実、条約は「家族準拠法」とでもいうべき法の適用を確保する仕組みを作っていた。条約15条の規定は、「いずれの締約国も、……扶養権利者及び扶養義務者が当該締約国の国籍を有し、かつ、扶養義務者が当該締約国に常居所を有する場合には、当該締約国の当局はその国内法を適用する旨の留保をすることがきる」と定めている。この留保をした国は、扶養権利者の常居所地が外

国にあっても、自国民間の扶養には第1順位の準拠法として自国法たる本国法を適用できる仕組みを作っていた。そして、20世紀中に条約の締約国となった国は日本を含め11カ国であるが、そのうちの（フランスと日本を除く）9カ国は、条約15条の定める趣旨の留保をしている⁽¹⁵⁾。国際裁判管轄の原因を扶養権利者と扶養義務者の常居所地に限定すると、これら9カ国は、少なくとも自国民の家族については家族準拠法である自国法を適用しようとしたのである⁽¹⁶⁾。

(iv) 補完性の原則の下での連結政策

条約4条から6条までの規定（法律2条）の連結政策は、扶養権利者の保護にあるといわれている⁽¹⁷⁾。しかし、この連結政策のもつ意味はそれほど大きくはない。扶養料の上限は、扶養義務者の「資力」によって画定されているからである（条約11条2項、法律8条2項）。私的扶養が原則であり、公的扶助は補完的にのみ行われるという枠組みにとどまるかぎり、扶養権利者保護には限界がある。

条約は、たしかに、9条（法律5条）において公的扶助を想定した規定をもっている。しかし、私的扶養が尽きた後にはじめて社会支出が開始するという補完性の原則になっている締約国の制度が、その射程に入っていることに留意しなければならない。当該規定は、公的機関による現金給付が扶養権利者に行われた場合、公的機関は扶養義務者にたいして費用の償還を請求できるとはしているけれども、扶養義務者による私的扶養がいまだ尽くされていない状況が基本的に想定されているのである。

(2) 離婚当事者の扶養義務

条約8条1項（法律4条1項）の規定は、他の抵触規定とは異なった背景の下に定立されたものであり、今日では、次の2点との関連において、その立法論的な妥当性が疑われている。有責主義的な離婚法を各国が有していたこと、いずれの国も「男性稼ぎ主」を世帯モデルとして想定していることである。

(a) 有責主義的な離婚法

条約8条（法律4条）の規定は、1970年代初頭まで多くの国の離婚法が有責

主義をとり、かつ、有責配偶者からの離婚後の扶養請求を全部または一部否定していたことを反映している⁽¹⁸⁾。ドイツ民法 1578 条以下 (1976 年まで)、ギリシア民法 1454 条、1455 条 (1983 年まで)、オランダ民法 280 条 (1971 年まで)、ポルトガル民法 2016 条 (2008 年まで)⁽¹⁹⁾、スイス民法 151 条、152 条 (1998 年まで) などの規定である。これらの実質規定を念頭にいれると、離婚後の扶養の準拠法を探求する上で、離婚原因に適用された法を無視できないと考えられていたと思われる⁽²⁰⁾。

(b) 「男性稼ぎ主」モデル

1950 年代から 1960 年代にかけて「男性稼ぎ主」という家族形態がそのピークを迎えた。第 2 次大戦後において一般的であった両性の平等という理念と男性稼ぎ主モデルはかならずしも矛盾するわけではない。1976 年までのドイツ民法 1360 条の規定が示すように、妻の家事労働と夫の所得活動とを法律上等価値とみなすこともできたからである⁽²¹⁾。たしかに、スウェーデンは 1960 年代においてすでに女性の労働市場への参加を促進していたが、同国ですら 1970 年代までは共働き夫婦の形態が標準的なものとは考えられていなかったといわれている⁽²²⁾⁽²³⁾。

(c) 離婚後の扶養の準拠法についての考え方

今日の観点からすると、離婚に適用された法を離婚後の扶養義務に適用することは、準拠法に関する当事者の予見に反することが多いであろう。また、そもそも、抵触法的解決によって予見可能性が保証されるというわけでもあるまい。

(i) 扶養権利者と扶養義務者の予見可能性

各国の離婚実質法が有責主義的ではなくなった今日では、条約 8 条の規定のように、離婚後の扶養を離婚準拠法の射程内の問題として捉える必然性はなくなっている。むしろ、離婚後の扶養も、他の扶養義務と同一の連結基準に従い決定すべきであろう。

条約に従うと、子の衣食住や教育にかかる育児の直接コストについては原則として子の常居所地法によるが (4 条)、育児のために (典型的には) 妻が所得や将来のキャリアを逸失した場合に妻が夫に求める補償 (育児の間接コスト)

は離婚の準拠法によることになる(8条)。しかし、育児の直接コストと間接コストは、婚姻中そして離婚後も当事者の就労地の法の下で発生する。また、就労のために必要な保育サービスを提供する国はどの国にあるのかも考慮されなければならない。就労地や公的扶助の受給地の法とは異なる離婚の準拠法の適用は、夫婦の予見を裏切るとはいえまいか。甲国において乙国人夫婦の婚姻生活が営まれていた場合、婚姻中だけでなく離婚後も、同一本国法たる乙国の扶養法ではなく、(就労地であり公的扶助の受給地でもある)甲国の規律を夫婦は予見するのではあるまいか。

(ii) 抵触法は予見可能性を保証するか？

離婚後の扶養・補償いかんとその程度は、扶養権利者の需要と扶養義務者の資力のみによって決定されるわけではない。多くの国の裁判所は、夫婦の稼得力、年齢、健康、世話すべき子の存否、婚姻中における役割分担、婚姻の期間、婚姻中における生活水準などの諸要素を考慮する⁽²⁴⁾。そして、いずれの国の実質法も似通った要素を一般的・抽象的にカタログ化している。しかしそうだとすると、当事者の予見可能性が保証されているというわけではない。上記の個々の要素が他の要素との関係において有すべき重要さは、通常、一般的・抽象的に定められているわけではなく、個別的・具体的な事案ごとに裁判所の評価に委ねられている。そのために、いずれの国の裁判所に救済を求めるかに従い、要件の評価が異なりうるからである。

当事者の血族関係の有無とその濃淡に扶養の可否をかからせても、抵触法さえ統一されていれば、扶養の可否が法廷地国ごとに異なって判断されることはない。けれども、妻の稼得力いかなの判断は、法廷地国の(「男性稼ぎ主」を標準とするか「両立支援」を図るかといった)労働政策で変わりうるであろう。その意味で、どの国が法廷地となるかによって処理の仕方も異なるおそれが多分にあると思われる。

2. 条約と日本の批准

日本の国際私法の学説史上、扶養義務の準拠法はどのように決定すべきものとされてきたのか。この点に触れた後に、条約の批准が孕んでいた問題に言及

したい。

(1) 法 例

1898年の法例の起草者は、夫・父を連結主体としつつも、家族に関する事項をあくまで家族の構成員間の関係として表章し、個人の属する「家」という団体的な観念を含意する文言の使用を極力避けようとした。ましてや、法例の立法者は、明治民法上の関連規定とりわけ同法732条以下の（戸主と家族に関する）規定を国際的強行規定と宣言しようとはしなかった。（少なくとも起草者には）日本に固有のものと観念された家制度を抵触法の平面で顕わにはしなかったようにみえる。しかし、明治民法の家制度を無視できるわけではない⁽²⁵⁾。旧法例と（新）法例との最も大きな差異はこの点にこそあった。日本人が当事者となる身分関係の変動との関連においては、起草者は次の3点を強行しようとしていた。第1に、婚姻・養子縁組その他の身分関係が表面上変動するときには、その裏で、かならず家の出入りが伴う。第2に、家の「玄関番」たる戸主が身分関係の変動に同意しないかぎり、身分関係は成立しない⁽²⁶⁾。第3に、構成員の変動にかかわらず、家は同一性を保持する、という点である⁽²⁷⁾。

扶養に関する明治民法の規定も家制度と無縁ではない。明治民法747条は、「戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負ウ」と定めていた。他方で、法例21条は、「扶養ノ義務ハ扶養義務者ノ本国法ニ依リテ之ヲ定ム」と規定し、扶養義務者を連結主体とすることによって、扶養の問題が権利者と義務者という個人の関係であることを明示していた。

明治民法の家制度は、「疾病、失業、貧困などを救済する社会政策の代替作用」として機能し、「政府が本来なすべきことを家による相互扶助体制に委ねた」といわれる⁽²⁸⁾。しかし、日本の家に入らない外国人の貧困については、家制度は機能しない。また、血縁関係があるかぎり、扶養の関係は相異なる家に属する者との間にも認められていたはずである。なによりも、家の構成員間相互の扶助は、時代を超えて維持されるべき「家産」を基礎として行われるものではなかった⁽²⁹⁾。こういう明治民法の制度設計を反映して、法例21条の規

定は「扶養義務者の本国法」という純粹に個人の属人法を扶養の準拠法としたとみられる。

(2) 学 説

もっとも、戦前の国際私法に関する学説の中には、「生活保持義務」と「生活扶助義務」を対立させ、生活保持義務を、扶養義務（法例 21 条）ではなく、婚姻の効力（法例 14 条）や親子間の法律関係（法例 20 条）として性質決定する見解があった⁽³⁰⁾。法例 21 条の規定が扶養義務者という個人の属人法を準拠法としていたこともあり、民法の中川説を抵触法の平面に反映させ易かったのかもしれない⁽³¹⁾。

家制度が廃止されると、この見解が戦後の多数説になる。とはいえ、（いわゆる先進諸国には存在するが、日本では唯一実現されていなかったという意味で）「最後の社会保障制度」といわれていた児童手当制度が開始したのは 1972 年である。多数説は、この年より前に唱えられたものであり、その意味で、社会保障制度を視野におきながら抵触法上の連結を考える機会は十分には与えられていなかったように思われる。すでに述べたように、とくに生活保持義務には家族準拠法を適用する選択肢もあったろうが、日本は、条約 15 条の留保をしなかった。家族準拠法という観念は、他の締約国とは異なり、固執するような性質のものではなかったのかもしれない⁽³²⁾。

(3) 連結素としての常居所地

1981 年に、日本は難民条約・議定書に加入した。このことが、扶養条約の批准に向けて大きく作用したと思われる。条約・議定書が公的扶助について内外人平等の原則を定めていたために、加入の結果として、難民だけでなく他の外国人についても社会保障関連法からの国籍要件撤廃を導き、日本に居住するすべての外国人が児童扶養手当などの受給資格者となっていた。

他方で、扶養義務の準拠法に関する条約は、国際私法の観点からすると、別の重要な問題を孕んでいた。日本がこの条約を批准するための実質的な準備作業は、法制審議会国際私法部会第 14 回会議（1979 年 2 月）において完了して

いたけれども⁽³³⁾、「扶養義務の準拠法に関する法律」が審議されるのは、1985年後半である。その間、1984年5月に「法例」の改正作業が再開され、1986年8月には「法例改正についての中間報告」が公表されるが、その翌月つまり同年9月1日に、条約は日本との関係で効力を生じたのである。

このように、条約の批准と法律の施行は、法例の改正作業と時間的に重なり、相前後しながら行われた。法例改正作業は、最終的に、1988年2月に公表された「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案」におおむね収束したけれども、この試案公表の段階においてもなお、次の3つの事項について、本国法の適用を貫徹しようとする立場と常居所地法の適用を一部または全部肯定しようとする立場が対立していた。すなわち、婚姻の実質的成立要件、婚外親子関係の成立および親子間の法律関係である。とくに、親子間の法律関係については、「子の本国法による」とする本案にたいして「子の常居所地法による」とする別案が併記されていた。別案の考え方は、「親子間の法律関係のうち大きな比重を占める扶養義務については、(条約・法律により)既に常居所地法が採用されているので、残りの親子間の法律関係についても常居所地法を採用するのが適当であること」(括弧、筆者)をその根拠のひとつとしていた⁽³⁴⁾。つまり、常居所地を主たる連結素として志向する考え方にとって、条約・法律は、大きな立論の根拠となっていたのである。このように、条約批准は、平成元年の法例改正との関連において、本国法主義への疑問を含意していたのである。

おわりに

条約が国際私法の教科書その他で取り上げられるとすれば、その4条から6条までの規定(法律2条)が定める連結方法との関連であり、しばしば、それのみに尽きるようである。その一方で、他の規定や条約全体について、立法論的観点から関心が寄せられることはそれほどない。こういった事情もあり、本稿は、条約の輪郭全体をザックリと描こうとした。条約は、基本的に保護主義レジームの諸国間の法の抵触を解決できるように作られている。離婚後の扶養に関する抵触規定は、有責主義的な離婚実質法および男性稼ぎ主モデルと不分離な関係にあり、時代に条件づけられている、というのが本稿の結論である。

このように、条約は第2次大戦後におけるヨーロッパの黄金期（と貧困の再発見）を背景として作られており、日本が条約を批准しなければならない事情がとくにあったようにはみられない。とはいえ、「池原季雄先生のご尽力で批准が可能になった」ということをわずかに側聞していたこともあり、1980年代までの日本の立法状況の中で条約を位置づけようと試みた。

明治民法の定める家制度は、立法の上でも解釈の上でも、抵触規定にすくなくならず影響を及ぼしたけれども、扶養についてはそうではなかった。第2次大戦後には「生活保持義務」と「生活扶助義務」を抵触法の平面に反映させる見解が多数説となっていたが、日本の学説は、「家族準拠法」に固執するわけではかならずしもなかった。このことが、条約の批准にも作用したように思われる。また、条約の批准と法律の制定は、平成元年の法例改正にいたる立法作業にも影響したように思われる。

- (1) Anne Hélène Gauthier, *The State and the Family* (Clarendon Press, 1996), 83.
- (2) Simon Schwarz / Jens M. Scherpe, 'Nachehelicher Unterhalt im internationalen Privatrecht', *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 51 (2004), 665, 674.
- (3) Gøsta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (Policy Press, 1990).
- (4) スコットランドの観点からすると、そのようにみえたとされる。参照, Scottish Law Commission, *Memorandum No. 22, Family Law, Aliment and Finacial Provision* (Vol. 2: Aliment Sections A-C), 31 March 1976, 1 et seq.
- (5) Anders Agell, 'Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter erwachsenen Verwnadten in Schweden', in Dieter Schwab/Dieter Henrich (eds.) *Familiäre Solidarität*, (Giesecking, 1997), 163, 171-173.
- (6) Gøsta Esping-Andersen/Bruno Palier, *Trois leçons sur l'État-providence* (Seuil, 2008), 24-25; G・エスピン-アンデルセン『アンデルセン、福祉を語る』（京極高宣監修・林昌宏訳）（NTT出版, 2008）8。
- (7) 参照, Dieter Martiny, 'Current Developments in the National Laws of Maintenance', *European Journal of Law Reform*, Vol. 14 (2012), 65.
- (8) 北欧諸国は、1973年の2つの条約のうち、承認条約だけを批准している。参照, Maarit Jänterä-Jareborg, 'The Infulence of the Hague Conventions on the Development of Swedish Family Conflicts Law', *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, Vol. 40

(1993), 49, 60.

- (9) 参照, Ingeborg Schwenzer, 'Verwandtenunterhalt und Soziodemographische Entwicklung', *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 36 (1989), 685, 686.
- (10) オランダ民法が改正された事情については, 参照, Hans-Georg, Landfermann, 'Der Kreis der Unterhaltspflichtigen Personen im Europäischen Familien- und Sozialhilferecht', *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 35 (1971), 505, 517-520.
- (11) 参照, Étude de législation comparée no. 189, octobre 2008: l'obligation alimentaire envers les ascendants, https://www.senat.fr/lc/lc189/lc189_mono.html.
- (12) Dieter Martiny, 'Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?', *Unterhalts- und erbrechtliches Teilgutachten, Gutachten A für den 64. Deutschen Juristentag*, (C.H. Beck, 2002), A7, A41-A42.
- (13) 子どもの養育を例にして考えると, 税制上の扶養控除, 児童手当, 児童扶養手当だけでなく保育サービスや育児休業といった制度を捨象して子どもの養育を考えることはできない。子どもの常居所地国における租税法, 社会保障法および労働法などと結合してはじめて扶養の必要性や扶養料の算定は可能である。
- (14) たとえば, 離婚後, 子を監護する親が子の養育につき公的扶助を受けている場合, 非監護親による監護親への扶養料の直接の支払いができるかという問題について, 英国, 米国, オランダ, ニュージーランドでは許容しないかまたは消極的である。子の養育のために監護親に公的財源からの社会支出がすでに行われている状況では, 公的機関が関与することなく扶養料のやりとりを私人間ではできないからである。参照, Christine Skinner and Jacqueline Davidson, 'Recent Trends in Child Maintenance Schemes in 14 Countries', *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 23 (2009), 25, 44.
- (15) フランスが留保をしなかった理由はかならずしも定かではないが, 1972年に, 「援助金 subsidies」を目的とする訴えは, 子の選択により, 子の常居所地法または債務者の常居所地法による」というフランス民法 311 条の 18 の規定が新設されたことと無関係ではあるまい。
- (16) 議定書は, 5 条の規定が示すように, 生活保持義務のうち夫婦間の扶養義務については原則として常居所地を連結素としている。条約 15 条のような留保を認めてはいない。議定書 4 条 4 項が示すように, 共通国籍という基準は第 3 順位の連結基準となっている。
- (17) たとえば, 中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法』(有斐閣, 2014)

377.

- (18) 参照, Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González Belfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, (Intersentia, 2004), 73-75.
- (19) Rute Teixeira Pedro, 'Family Solidarity and the Principle of Self-Sufficiency—The Role Played by the Obligation of Spousal Maintenance: An Overview of the Portuguese Law', *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol.25 (2011), 244, 246.
- (20) Alfred von Overbeck, 'Obligations alimentaires entre époux après divorce: autonomie ou rattachement objectif?', *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg* (Bruylant, 2000), 839, 851.
- (21) 夫の就労能力と家族の所得が十分ではない場合にのみ妻の市場での所得活動が義務づけられていた。つまり、1957年のいわゆる男女同権法の下でも、ドイツ法は男性稼ぎ主モデルを維持したのである。
- (22) 参照, Annika Baude, 'Public Policy and Changing Family Patterns in Sweden, 1930-1977', in Jean Lipman-Blumen and Jessie Bernard, (eds.), *Sex Roles and Social Policy: A Complex Societal Science Equation*, (Sage, 1979), 145, 166; Anne Hélène Gauthier, *op.cit.*, 103.
- (23) スウェーデンが条約を批准しなかった1つのそして大きな理由は、条約が、その8条において、夫が稼ぎ主であり、妻は家事労働に従事するというモデルを前提とした法の抵触を対象としていた点にあるといわれている。スウェーデン政府の委員として批准の可否を検討した Pålsson は条約の連結基準を批判するに際して、スウェーデンのように離婚後の扶養を原則的に否定することは多くの国ではショッキングにも写ろうが、スウェーデンでは夫婦双方が婚姻中も離婚後も就労し、自己の生計については各自が責任をもつことが期待されているのである、といっている (Lennart Pålsson, 'Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws—Especially in Sweden', *Receuil des Cours*, Vol. 199 (1986-IV), 313, 370)。
- (24) 参照, Boele-Woelki *et al.*, *op.cit.*, 85-92.
- (25) 穂積陳重は、外国人男が日本の家に入る仕組みをすることを「日本ノ特別ナ事情カラ生シマシタ甚ダ面白クナイ而モ已ムヲ得ナイ」ものと考えていた（『法例議事速記録』2の75丁）。
- (26) 我妻栄『家の制度——その倫理と法理』（酣燈社、1948年）74。
- (27) 婚姻や養子縁組の実質的成立要件について配分的適用主義を採用すれば（法例13条1項、19条1項）、日本人が当事者であるかぎり、その者につき日本法を適用でき、その家の戸主の同意権を確保することができた。連結時点を特定しない

ことによって、法例25条(通則法36条)は、生前における家督相続に関する日本民法の規定の適用を可能にした。解釈論も、明治民法の家制度と矛盾しないように展開された。婚姻により妻の氏が変更するかという問題を「婚姻の効力」(法例14条)と性質決定すれば、夫が日本人であるかぎり、その本国法たる日本法つまり「(妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」とする)明治民法788条と「(戸主及び家族ハソノ家ノ氏ヲ称ス」とする)同法746条の規定の適用が確保できたのである。

しかし、立法者も、双務的抵触規定に依拠するかぎり、日本人にかかわる身分関係につき外国法の適用可能性を完全には排除できないことを知っていた。女戸主が外国人男と婚姻する場合に夫の本国法たる外国法が適用されると、「入夫及び婿養子ハ妻ノ家ニ入ル」との明治民法788条2項の規定が適用できなくなる。この事態を回避すべく、1947年までの法例14条後段は、「外国人カ女戸主ト入夫婚姻ヲ為シ又ハ日本人ノ婿養子ト為リタル場合ニオイテハ婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ依ル」と規定していたのである。1898年の法例の規定は、属人法の抵触を解決する抵触規定のような外観を与え、明治民法上の家制度はあくまでも日本法が適用された後の実質法の解釈・適用のレベルで登場するように立法・解釈されてきた。

(28) 『新注釈民法(7)親族(1)』(二宮周平)(有斐閣、2017年)7。なお、梅謙次郎は、「扶養ノ義務ハ日本ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム」という規定を提案し、この場合の日本法は(lex foriつまり法廷地法の意と思われる)「れきすばれー」として適用されると説明する。扶養の問題を公益的問題つまり救貧法と同視すべき問題と捉えていたのではないかと推測される(参照、『法例議事速記録』二の一一三、二の一七丁)。

(29) 夫婦財産制に関する法例15条の規定は、その2項において14条の規定と同様な規定を有していた。しかし、婚姻の身分的効力とは異なり、穂積陳重などの起草委員は、もともと、15条2項に相当する規定を提案していたわけではなく、「戸主ト云フモノガ家産ノ主デアッテ家産ニハ財産制ト云フモノガ必要デアル」という穂積八束の主張などがあって容れられたものである(参照、『法例議事速記録』二の九五丁、二の九六丁)。

(30) 実方正雄「国際親子法」『親子 家族制度全集 法律篇第3巻』(河出書房、1937年)279-280。

(31) 中川善之助「親族的扶養義務の本質(一)(二)」『法学新報』38巻6号(1928年)1頁、同7号48頁。

- ③② 当時の学説の状況を知るために、参照、舩場準一「扶養義務の準拠法に関するわが国の解釈論の展開とその限界について」『現代家族法大系3』（有斐閣、1979年）518以下。
- ③③ 舩場準一「扶養義務の準拠法に関する法律の制定と今後の課題」『ジュリスト』865号（1986）、81。
- ③④ 南敏文「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（1988）27頁。