

## 法例三一条に関する覚書

大村 芳 昭

- 一 はじめに
- 二 法例三一条の解釈に関する私見の確認
- 三 法例三一条の改正に関する私案

### 一 はじめに

本稿は、人的不統一法の指定に関する法例三一条の解釈及び改正について、ささやかな私見を述べようとするものである。

筆者は今から八年ほど前、同条の解釈に関する私見を公表したことがある。<sup>(1)</sup> 試行錯誤の中でどうか公表することのできた拙い論稿ではあったが、数カ国の立法例やいくつかのハーグ国際私法条約における人的不統一法関連の規定について若干の検討を行った上で、その結果を法例三一条の解釈に活かそうとした、筆者なりの一つの試みであった。

さて、現在（二〇〇五年二月下旬）、法例の改正作業が法制審議会において進められている。本稿が世に出るまでには、法例改正に関する中間とりまとめが公表されていることであろう。その改正審議の「一助となることを期待」<sup>(2)</sup>しつつ公表されたのが、法例研究会『法例の見直しに関する諸問題（一）』<sup>(3)</sup>（4）である。同研究会は、「法例に規定された準拠法決定ルールの見直しのための基礎的な調査・研究作業」を目的として商事法務研究会内に設置されたものであり、法例の問題点の洗い出しと、諸外国における国際私法立法の動向に関する調査研究を行い、それらを踏まえて、「問題となる事項ごとに考えられる立法的解決のためのオプションを検討」することとされていた。その成果が上記『諸問題』であるが、その『（4）』の二二〇～二二四頁では法例三一条が取り上げられ、同条を「現行規定どおりとする」という甲案と、「法例三一条を削除する（人際法について法例中に特段の規定を設けないものとする）」という乙案の両案が併記されている。法例改正審議に影響を与えるかもしれない提案であるから、この案には筆者としても興味を抱かないわけにはいかない。しかし、そもそも同書の作成過程では「基礎的な調査・研究作業」をするとされていたはずであるにもかかわらず、上記二二〇～二二四頁の中で明示的に参照されている文献はあまりに少なく、<sup>(4)</sup>また立法例の紹介にしても、不統一法の指定につき明文規定を設けているいくつかのハーグ国際私法条約をまったく紹介しておらず、また、若干の立法例を紹介しているが、その各々の規定の趣旨にそぐわないのではないかと思われるような分類をしている（この点は後に三二で詳しく述べる）、という点で、疑問を禁じえないものであった。少なくとも、これまで三一条の解釈について表明されてきた諸説を『諸問題』での議論の中に公平に採り入れ分析しようとする姿勢を感じ取ることはできなかった。

そこで本稿では、上記拙稿で示した法例三一条に関する解釈論を再確認するとともに、同条の改正についてさやかな私案を披露し、もって『諸問題』に対する対案とさせていただくとともに、諸先生方のご指導を仰ぎたいと

考えるものである。

## 二 法例三一条の解釈に関する私見の確認

上記拙稿では、諸外国の立法例及びハーグ条約の中から、人的不統一法の指定に関する規定を数例づつ紹介し、それらが間接指定主義を採用しており、それに加えて二次的に直接指定主義を採用する例も少なくないこと、また、それらが個人の属人法（本国法など）を決定するためではなく、当該法律関係に適用されるべき準拠法そのものを指定するための規範として定立されていることを示した。そして、かかる比較法的考察を踏まえた上で、わが法例三一条についても、間接指定を原則とし、直接指定を例外とする同条の立法趣旨通りに適用されるべきこと、また、（たとえ文言の形式的解釈からは逸れるとしても）当事者の属人法を特定するためではなく、当該法律関係に適用される準拠法自体を特定するための規定として適用されるべきことを主張した。

このような考え方に対しては、有力な異論が展開されている。まず前者の間接指定プラス直接指定という考え方に對して、およそ人際法とは実質法の法律要件部分の書き方を変えただけのもの、つまり実質法の一部であって、人的不統一法の指定は国際私法上の問題ではない、よって法例三一条のような規定は必要ない、というものである<sup>(5)</sup>。確かに比較法上、人際法は実質法（日本風に言えば民法など）または手続法（日本風に言えば民事訴訟法や裁判所法など）の中に埋もれるよう<sup>(5)</sup>にして明文化されているのが通常である。また、人的に不統一な複数の法秩序を抱える国であっても、一つの国としてまとまっている以上、各法秩序の適用関係を調整するための法規（人際法）はあるはずだ、と考えるのも無理はない。

しかし、そのような調整がすべての国で実現しているか否かは疑問である。例えば、イスラエルでは人際法の整

備が遅れているとの分析がなされているが、もしこれが、世俗法と宗教法とのせめぎあいの中で、立法者自身が法の抵触についての妥当な解決策（人際法）を定立できていないという意味だとするならば、それを「人際法の不明の問題」に過ぎないものと言ってしまつてよいのだろうか。筆者には疑問である。そもそも、（これは世界観の違いに行き着いてしまつたのかもしれないが、）国際私法あるいは抵触法が対象としている「法の抵触」とは、「法域」を単位とする地域的な法の抵触だけなのだろうか。筆者としては、一定の自律性を有する「法秩序」どうしの間の矛盾抵触全般を扱うのが抵触法であり、人際法も準国際私法もその仲間であると考へたい。このような筆者の考へ方からする限り、三一条のような規定はやはり必要である。

他方、後者の「当該法律関係に適用される準拠法自体を特定するための規定」という考へ方に対しては、三一条の文言をそのように読むのは無理だ、という批判があり得るであろう。確かに三一条だけに視野を限った嚴格（形式的）な文言解釈の範囲内ではそうである。しかし、拙稿でも述べたように、この規定が登場するまでの間には、軽視し得ない一連の経緯がある。すなわち、不統一法の指定に関してハーグ条約で初めて置かれた明文規定である遺言の方式の準拠法に関する条約二項は、文言上、地域的・人的を問わず適用されるものであったが、そこでは本国法の決定ではなく「準拠法」の決定が明文で指示されていた。しかし、同条約をわが国が批准し、国内法する段階になって、諸般の理由により地域的不統一法のみを扱う条文として、かつ、当時の法例二七条三項と同様の、当事者の本国法を特定するための規定として明文化されたのである。その後、扶養義務の準拠法に関する法律七条がわが国で初めて人的不統一法にも明らかに適用される明文規定として立法されたが、その際にも、同法のもととなったハーグ条約（扶養義務の準拠法に関する条約）では本国法の特定ではなく準拠法自体の特定のための規定であったものを、やはり国内法化の段階で、既存の規定（法例旧二七条三項）にあわせて本国法特定のための規定

として立法してしまつた。<sup>(13)</sup> さらに、一九八九年の法例改正時には、一四条のように複数の連結点を組み合わせて準拠法を決定する方式が採用され、属人法の決定と準拠法の決定とがずれる場面が一気に拡大したにもかかわらず、その点について議論を深めることもなく、あいかわらず属人法を特定するための規定として三一条を立法し、既存の規定（遺言の方式、扶養義務）もそのままとされてしまつた。このような立法の過誤と改正時の怠慢とが重なつて、今のような状況になつてしまつたのである。従つて、立法論としてのみならず、解釈論としても、現行三一条を端的に準拠法特定のための規定として解釈していく姿勢が必要であるように思われるし、そのような実質を見た解釈は、形式的な文言解釈からそれるとしても、なお十分な妥当性を有するものと考ええる。

### 三 法例三一条の改正に関する私案

以上の確認を踏まえて、以下では、法例三一条の改正に関するささやかな私見を述べることとする。すでに述べたように、三一条は、厳格な文言解釈をすることには疑問のある規定であるが、上記のような解釈上の工夫をすることによつてその弊害は除去することが可能である。よつて、緊急に改正の必要があるとは筆者は考えていない。しかし、現行の文言が最善のものでない以上、もし何らかの形で三一条の改正を検討するのであれば、現行規定を積極的に維持すべきだとは思われない。そこで、もし三一条を改正するとしたら、どのような文言が適切か、という観点から、以下私見を述べることとしたい。

#### 1 『諸問題』における改正案への疑問

『諸問題（4）』一一二―一二四頁で取り上げられている三一条の改正案（といつても甲案は現状維持案であるが）

には、以下の二つの点で疑問がある。

まず、ハーグ国際私法条約についての検討がほとんど行われていない。条約について言及されているのは一二三頁一―二三頁で「甲案は：2つのヘーグ条約との平仄も合う」との一箇所のみであるが、「立法例など」の箇所ではハーグ条約は一つも紹介されていないため、甲案の提案者が甲案とハーグ条約がどう「平仄」が「合う」と考えているのか、窺い知ることもできない。筆者としては、確かに表面上、甲案と両ハーグ条約の平仄が合っているように見えるかもしれないが、そのような見方は（すでに述べたような）両条約の成立・批准・国内法化の過程で生じた問題を看過したものであり、妥当でないものと考ええる。

次に、諸外国の立法例の紹介の仕方に疑問がある。『諸問題』では、他の頁で紹介されたものの参照という形をとるものを含めて七か国（アメリカ、イギリス、フランス、ドイツ、スイス、オーストリア、ポルトガル）の立法例が紹介されているが、そのうち、アメリカとイギリスについては、「規定なし」「議論なし」であり、これが何故（括弧つきとはいえず）乙案に分類されているのか明らかではない。次のフランスについては、「その他」という分類になっているが、「規定なし」「判例は問題にせず」「学説はいろいろ」という内容であり、特に参考になるようには思われない。残りの四か国については、私見と同様に、少なくとも文言上は準拠法自体を特定する趣旨の規定になっているのに、それらを、当事者各自の属人法を絞り込むための規定である「甲案」の仲間に分類しているのは、理解に苦しむ。結局、筆者の乏しい知識の範囲内では、現行規定と同様に属人法絞込みの規定を置いている立法例は思い当たらず、現行規定にしても甲案にしても、比較法的裏付けを欠くものではないかという印象を強くするものである。

以上の指摘は、立法例の紹介の仕方という側面から行ったものであるが、別の角度から言えば、同書における三

一条の改正に関する検討は、「其国ノ規則」の性質をどう捉えるか（属人法の絞込みか準拠法自体の特定か）という重大な論点を看過したままでなされているように思われる。

## 2 私案

以上の指摘を前提とした上で、筆者が現時点で考えている改正私案は次の通りである。なお、法例の部分改正を想定しているため、改正私案は漢字片仮名混じりの文語体で表記する。

### 〔第一案〕

三一条（人際法）①（第三条乃至第六条又ハ第十三条乃至第二十七条ノ規定ニヨリ）当事者ノ本国法ニ依ルベキ場合ニ於テ其国ガ人的ニ法律ヲ異ニスルトキハ其国ノ規則ニヨリ指定セラルル法律若シ其規則ナキトキハ当事者ニ最モ密接ナル関係アル法律ヲ適用ス

②前項ノ規定ハ（前項ニ掲ケタル規定ニヨリ）当事者ノ常居所地法又ハ夫婦ニ最モ密接ナル関係アル地ノ法律ニ依ルベキ場合ニ於テ其地ガ人的ニ法律ヲ異ニスルトキニ之ヲ準用ス

※付随的に、三四条において、三一条の規定を遺言の方式及び扶養義務にも準用する旨を規定する。

### 〔第二案〕

二八条（本国法の決定）

④（第三条乃至第六条又ハ第十三条乃至第二十七条ノ規定ニヨリ）当事者ノ本国法ニ依ルベキ場合ニ於テ其国ガ人的ニ

法律ヲ異ニスルトキハ其国ノ規則ニヨリ指定セラルル法律若シ其規則ナキトキハ当事者ニ最モ密接ナル關係アル法律ヲ適用ス

※付随的に、二九条及び三〇条において、二八条四項の規定を準用する旨を規定する。また、三四条において、それらの規定を遺言の方式及び扶養義務にも準用する旨を規定する。

これらの私案は、人際法を準国際私法と同様の（国際私法と実質法との間に位置する）国内抵触規範として考え、<sup>(16)</sup> 親族・相続関係の準拠法決定において、準拠法所属国の人際法を尊重しようとするものである。括弧つきで適用対象を一定の事項（能力、婚姻、離婚、親子、相続など）に限定したのは、現行法では本国法や常居所地法は主として人事・家族関係のみで連結点となっているが、もしもその点が改められ、不法行為などの他の分野でも常居所地が連結点として採用された場合のことを想定したものである。その場合、比較法的にみると、財産・取引の分野では人的不統一法国においても実質法の統一が進んできており、日本の国際私法の観点から見ても、かかる分野において当事者の所属宗教や人種・民族を重視する必要性は特にないものと考えたことから、上記のような限定を（括弧書きで）つけることとした。

第一案・第二案の違いは、第一案では現行法と同様に、人的不統一関連の規定を一カ条に集めることによって、規定としてのまとまりをもたせると同時に、他の箇所でも準用する場合の引用の簡便さを意図したものである。他方、第二案では、本国法・常居所地法・密接関係地法のそれぞれに関する規定の中に、人的不統一法に関する規定を織り込む考え方である。<sup>(17)</sup> 現行三一条のような唐突さはなくなり、体系的にすっきりする反面、この規定を他の箇所でも準用する際には第一案に比べて若干煩雑になるであろう。



現行三一条とこの私案との違いは、現行法が当事者各自の属人法を確定するための規定という外観を持っている<sup>(18)</sup>のに対して、私案では「其国ノ規則（＝人際法）」が準拠法を直接確定するという点である。例えば、ともに日本に常居所を有するインド人夫婦（夫はイスラム教徒、妻はキリスト教徒、インド特別婚姻法により婚姻した）の離婚につき、現行規定では、夫の本国法はインド・イスラム法、妻の本国法はインド・キリスト教徒法であり、本国法が同一でないため、離婚の準拠法は日本法となり、特別婚姻法に基づく離婚はできないことになる。<sup>(19)</sup>しかし、私案によれば、このケースは「第十六条」ノ規定ニヨリ当事者ノ本国法ガ指定セラレタル場合ニ於テ其国ガ人的ニ法律ヲ異ニスルトキ」に該当するので、「其国ノ規則」つまりインド人際法「ニヨリ指定セラレル法律」、このケースでいうとインド特別婚姻法が適用されることになる。

### 3 ハーグ条約との関係

このような規定を設ける場合の問題点として、扶養義務の準拠法及び遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約との関係（条約違反の危険性）を考へる必要があるが、筆者は特に問題は生じないものと考え。その理由は以下の通りである。

まず、遺言の方式の準拠法との関係について検討する。遺言の方式に関する法律の抵触に関する条約二条二項は、「この条約の適用上、遺言者の本国の法制が不統一のものである場合には、その法制において行われている規則によつて準拠法を決定するものとし、そのような規則がないときは、その法制に属する法律のうち遺言者が最も密接な関係を有した法律を準拠法とする。」と規定している。遺言の方式の準拠法の場合には、複数の連結点を重ねて準拠法を決定するような方法は採用されていないため、当事者（遺言者）が「国籍を有した国の法」の決定が

そのまま準拠法の決定となる。従って、両者を区別しなければならないという認識を持ちにくかったのではないかと推察する。そこに、人的な法の抵触は国際私法の範囲外だとの見解が加味されたため、条約一条二項の規定自体は人的不統一法の場合にも適用でき、かつ文言上は準拠法を直接決めるための規定として解釈できるものであったにも関わらず、その条約に基づいて起草された遺言の方式の準拠法に関する法律六条は、地域的不統一法のみを対象とし、かつ本国法の確定のための規定という形をとることとなったように思われる<sup>20</sup>。もし、人的不統一法の処理は国際私法の範囲外だとすれば、同条の規定自体は納得できるであろうが、法例の一九八九年改正に伴って、遺言の方式についても法例三一条を適用することとされた(法例三四条)のは条約違反ということになりかねない。逆に、もし現状が条約違反でないというのなら、条約一条二項は人的不統一法もカバーしているという解釈を認めることになる。

筆者としては、条約一条二項が明文で地域的不統一に限定した規定をしているわけではない以上、人的不統一の場合も同条の適用範囲に入るものと考えたい。よって、法例三一条を遺言の方式に適用するのは条約違反とは考えていない。他方、準拠法決定ではなく本国法決定のための規定として法六条が立法された点については、条約一条二項が「その法制において行われている規則によって準拠法を決定する」としていることからすれば、直接に準拠法を決定するのが同条の趣旨であると解するのが自然ではなからうか。とするならば、もし三一条を上記私案の通り改正する場合には、その規定を現行どおり遺言の方式にも適用することにしておけばよい(そのようにしても条約違反にはならない)と考える。

次に、扶養義務の準拠法との関係について検討する。扶養義務の準拠法に関する条約一六条は、「扶養権利者若しくは扶養義務者の常居所地の法律又は共通本国法を適用するに当たって、扶養義務について適用される法制を地

域的に又は人的に異なる国の法律を考慮しなければならない場合には、当該国において行われている規則によって指定される法制を適用するものとし、このような規制がないときは、当事者が最も密接な関係を有する法制を適用する。」と規定している。ここで「常居所地法」と「共通本国法」とが並列の関係で列挙されている点に注目すると、一方で、常居所地法との関係では先に常居所を確定してからその地の人際法を適用して準拠法を絞り込むと解しておきながら、他方で、共通本国法との関係では先に人際法により絞り込みをかけたものが本国法になると解するとすれば、それは常居所地法と共通本国法との解釈のバランスに欠け、いかにも不自然な感じがする。そもそも、この条約においても、遺言の方式の準拠法に関する条約の場合と同様に、本国法等を絞り込むための規定というよりは、直接準拠法を特定するための規定として読む方が無理のない文言になっているのであるから、私案に沿って法例三一条を改正する場合には、扶養義務の準拠法に関する法律七条を廃止し、人的不統一法の指定に関する法例の規定を扶養義務についても準用する旨を法例三四条一項に規定すればよいのではないかと考える。ただ、そうすると、七条のうち地域的不統一法にかかる部分も運命をともにするため、法例二八条三項を扶養義務にも適用するという対応が必要になるであろう。本稿は二八条三項を検討対象に含めていないため詳述は避けるが、二八条三項についても、今回の私案と同様の考え方で改正を行うのが一貫しているものと考えたい。

- (1) 拙稿「国際私法と人際法」中央学院大学法学論叢一〇巻一号二九七六頁・一九九六年。
- (2) 後掲注3各巻の「はしがき」(道垣内正人教授)参照。
- (3) 別冊NBL八〇・八五・八八・八九号、商事法務、二〇〇三〜二〇〇四年。
- (4) 法例三一条の箇所を参照されているのは、日本語文献(教科書ないしそれに類するもの)四件、日本の国際私法学者の手による英語文献一件、フランス語二件のみであり、拙稿・前掲注一を含めて、国内の雑誌論文は一件も参照され

ていない。元来この分野は論文の数が少なく、その各々にはそれなりの重みがあるように思われるのであるが、それらを一併も参照しないというのは、執筆・出版に伴う様々な事情を推測・勘案しても、なお理解に苦しむところである。

(5) 道垣内正人『ポイント国際私法総論』(有斐閣・一九九九年)一九一頁―一九三頁。

(6) 拙稿「人際家族法研究序説」中央学院大学総合科学研究所『紀要』九卷二号一〇七頁・一九九四年。

(7) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門 第5版』四九頁、山田録一『国際私法 第3版』八九頁など。

(8) 今現在では国家の一部をなしているような地域的・人的法体系も、成立の当初は国家の枠にとられない自律性を有していた。アメリカの諸州にしても、インドの諸宗教共同体にしてもそうである。それが、後に国家という枠組みの中に取り込まれて、国家法の一部として機能しているわけであるが、それでも、国家はそれらの法を意のままに操れるというわけでは必ずしもない。そこにはある程度の国家からの自律性が認められることもある。不統一法について考える場合には、そういう側面を十分に意識する必要があると筆者は考える。従って人際法は、完全に同一の法秩序の中で新旧規定の適用範囲を画する時際法(その場合、新法と旧法が各々独立の法秩序に属しているということとはあり得ない)とはその点で異なるというべきである。

(9) となると、「国際私法」というネーミングは必ずしも適切ではないということになるだろう。

(10) 人際法を実質法の一部に過ぎないとする考え方は、論理的にはあり得ないものではない。しかし、論理的にはあり得るといふのならば、国際私法も実質法の一部だといふ考え方もあり得る(山口弘一『日本国際私法論上巻』六六頁)。要は、国際私法とは何か(どのような法の抵触の解決を任務とするものであるべきか)という価値判断の問題に帰着するように思われる。

(11) 拙稿・前掲注1・三五―三八頁。

(12) 村岡二郎「遺言の方式に関するヘーグ条約への加盟について」国際法外交雑誌六三卷三号五九頁、拙稿・前掲注1・四〇―四二頁など。

(13) 拙稿・前掲注1・四四頁。

(14) 『諸問題』では「ヘーグ」と表記されているので、引用部分ではそれに従うが、筆者自身は「ハーグ」の表記に慣れ親しんでいるので、本文部分では「ハーグ」と表記させていただくことにしたい。表記の不統一をお許し願いたい。

(15) 「比較法」とは各国法のみを指し、条約は最初から対象から外されているのか、とも思ったが、同書四三頁の「信託の準拠法および承認に関するヘーグ条約」のように条約を明示的に紹介している箇所もあることからすると、そうでもないらしい。わが国がこの種の（人的不統一法の指定に関する）規定を導入するに至ったのはハーグ条約の影響によるところが大きいことを考えても、なぜ遺言の方式の準拠法や扶養義務の準拠法に関するハーグ条約を紹介しなかったのか、何とも理解できない。

(16) 人際法及び準国際私法を抵觸法全体の中で正当に位置づけるためには、従来のような「抵觸法」「実質法」という二分法的発想から、「渉外的抵觸法」「国内抵觸法」「実質法」という三分法的発想へと発想の転換をする必要があるように思われる。そして、特定の法秩序内部の問題である法の時際的抵觸の問題は、後者の分類（三分法）における「実質法」として明確に位置づけるべきである。

(17) 一九八八年二月に法務省民事局参事官室から公表された「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案」の十二三及び十三は、本国法によるべき場合と常居所地法によるべき場合とで規定を分けているという点では、私案第二案と共通している。ただ、要綱試案はあくまで属人法の絞り込み規定である点で、私案とは異なっている。

(18) ただし解釈レベルでその修正が可能である、とするのが上記拙稿（注1参照）における私見である。

(19) そういう場合には特別婚姻法が夫婦双方の本国法であるとする説（南敏文「法例の一部改正について」民事月報四四巻八号六四頁など）もあるが、そもそも人際法を経て最終的に適用されるところのパールソナルローとは、宗教等の共同体の規範に国家的効力を与えたものであり、何れの共同体にも属しない特別婚姻法のような人為的な法規はパールソナルローとは言えないと筆者は考える（山田・前掲注7・九四頁注7）。

(20) 江川英文・村岡二郎・平賀健太・池原季雄「座談会・渉外遺言の方式」ジュリスト二九六号二五頁では、条約一条二項の文言解釈からすれば、条約の規定は人的不統一法の指定の場合にも適用されるとの「議論」が紹介された後、池原教授の「国際私法というのは、およそ場所的、空間的な法の抵触だけを対象としており時間的あるいは人種的な法の抵触の解決は、国際私法の管轄外だ」との発言を受けて、「法例の現行の規定に表現をあわせて書いた」のだから「それだけでいい」ということで決着を見ている。

(21) 現時点での考えはおよそ以下の通りである。確かに二八条三項前段の「其国ノ規則」の機能を純粋に分析すれば、それは外国国際私法が自国法を指定したときに自国の部分的法秩序のうちいずれをその指定された法律とするかを定める規定であろう。しかし、実際にそのような性質の規定がないからと言って、直ちに二八条三項前段を空文だというのは、解釈論を逸脱するものであって、いわば「解釈論に名を借りた立法論」であるように思われる。あくまで解釈論としては、間接指定の合理性が認められる範囲内ではあれ、「規則」として使えるものはないか、という態度が求められるのであって、そうすると、準国際私法がその代用品としての適格性がある程度有している以上、「規則」とは準国際私法を指すと考えるのが解釈論としては妥当である。立法論としても、「規則」では疑義があるというのなら、いっそ「準国際私法」と改めるとの考え方もあり得るように思う。