

国際家族法と人際法

大 村 芳 昭

I はじめに

II 国際私法と人際法

III 国際家族法における人的不統一法の指定

IV 人際法の解釈・適用をめぐる若干の問題

I はじめに

渉外的な家事事件においては、当事者間の法律関係について適用される法（準拠法）の決定というプロセスが不可欠となってくる。国内法が統一されている国は一国が一法域をなしているから、準拠法所属国を特定すれば準拠法は必然的に確定する。しかし、国内法が統一されていない場合には、その先にもう一段階、特定の法を指定するための作業を行う必要が出てくる（「国際私法上の指定」ないし「準拠法の特定」と言われるプロセスである）。その際

に用いられる抵觸法が、地域的不統一法（国内の各々の州その他の法域ごとに法が異なる）を抱える国については準國際私法⁽¹⁾、人的不統一法（当事者の所属する民族や宗教などによって法が異なる）を抱える国については人際法^(0a)と呼ばれるものである。

筆者は既に、家族法領域で人的不統一法を抱える国々における家族法や人際法の現状及び今後の課題について若干の考察を公表している⁽¹⁾。もちろん、人際法の研究自体も筆者にとつてのライフワーク（とすることを予定している領域）であるが、その論文の冒頭でも述べたように、人際法の研究は、わが国における人的不統一法の適用に関する研究の一部として行っているものでもある。

この領域は先行研究が豊富とは言えず、筆者も手探り状態で研究の方向を模索しつつあるのが現状であるが、ひとまず現時点までの間に到達した部分をまとめ、今後の研究のヒントとしたいと考える。

II 國際私法と人際法

1 人際法と國際私法との關係

人的な法の抵觸を包含するパーソナル・ロー⁽²⁾の体系が成立する段階では、そこには領土的基礎を持つ權力主体は存在しないか、あるいはそれほどの支配力を行使していないことが多い。パーソナル・ローの体系は地域的限定を伴わず、一定の人的集団（民族・部族・宗教など）に所属する者全体に適用される規範として成立するわけである。

しかし、近代以降の國際社会においては、法制度は原則的に国家を基本的な単位として成り立っており、その場合、国家がひとつの法域をなしているか否かはともかくとして、国家（又は地方政府）がその領土的主権の及ぶ範

圈内での（抵触法を含む）立法権限を排他的に掌握している。従って、一定の民族・部族・宗教などに属する者が、その国籍を問わず一括して服するような属人的な法制度（例えばイスラム法のうち一定の学派に属するものなど）であっても、国家主権の範囲を越えてその管轄をのばすことはできない。そのため、人際法は国際私法との関係ではあたかも準国際私法と同様に、国内的抵触規則として機能することになる。⁽³⁾

2 国際家族法における人的不統一法の指定 — 問題提起

ここでは、以下で検討を行う国際家族法上の人的不統一法の指定との関係で、議論の対象としたい若干の問題点を挙げておく。

(1) 準拠法所属国の規則とは

従来から、不統一法の指定に際しては、準拠法所属国の規則（国内抵触規則）に従ってより具体的な準拠法を決定するというのが一般的な考え方であった。ただ、そこで問題となるのが、この場合の「準拠法所属国の規則」とはどのようなものを指すのか、あるいはそれを準拠法の決定に際してどのように用いるのか、という点である。一部のハーグ条約やわが国の国際私法では、当事者の属人法（本国法など）を確定するために準拠法所属国の規則を参照する、という規定の仕方が採られている。しかし他方、多くの諸外国では、一定の法律関係に適用される法の確定手段として準拠法所属国の規則を用いる旨が規定されている。果たしてこの両者は「規則」の捉え方として同じなのであるか。もし異なるとすれば、いかなる点においてであろうか。そして、その何れがより適切な規定方法と言えるのであろうか。

(2) 密接関連性の判断

密接関連性の原則は、スタチュートの理論を克服する過程で一九世紀に提唱された「法律関係の本拠の法を探究する」考え方を基礎に置くものであり、特に近年では抵触規則の硬直性を緩和する一般条項として利用する試み⁴が実定国際私法レベルで行われ始めているが、本稿との関係で重要なものは、不統一法の指定に関するドイツ国際私法四条三項、日本の法例二八条三項、同三一条、扶養の義務の準拠法に関する法律七条など、準拠法所屬国に国内抵触規則（準国際私法ないし人際法）が存在しない場合に密接関連法を指定する旨の規定である。これらの規定を人的不統一法の指定に適用したとき、密接関連性の判断をどのように行うべきであろうか。地域的不統一法の場合については、当事者の本源住所、出生地、生育地、常居所、最後の常居所などが補助的な要素として挙げられてきているが、人的不統一法の場合にもそれらに相当するようなものが存在するのであろうか。

(3) 属人法の共通性ないし同一性の判断

旧来の国際私法では、複数の人間が当事者となる法律関係（婚姻の締結、婚姻の効果、離婚、認知、準正、養子縁組、親子関係、扶養など）には、一定の基準により何れかの者の属する法のみを適用したり、両者の属する法を重ねたり配分したりするのが一般的であった。しかし、国際私法の領域における両性平等の実現という理念の下で、両者が共通に属する法を選択するという準拠法指定方法が次第に多く用いられるようになってきた。そこで問題となるのが、人的不統一法の適用が問題となる場合の属人法の共通性ないし同一性の有無の決定という点である。

例えば、ムスリムたるインド人甲とキリスト教徒たる同国人乙が婚姻し、一九五四年特別婚姻法の規定によりこれを登録したとする。両者の間での離婚がわが国で問題となった場合、その準拠法は何法か。この問題を考える場合に重要なポイントとなるのが、甲乙の本国法（法例一六条、一四条）が同一であるか否か、という点である。特

に上の設例のように、当事者の民族・宗教に関係なく適用される統一法が存在する場合には、それを適用するのが適切であるように思われるのだが、そのような結論をいかにして導くか、という問題が生じることになる。

以下、これらの問題を特に意識しつつ、国際家族法における人的不統一法の指定に関する諸外国、ハーグ条約及びわが国での状況につき検討する。

III 国際家族法における人的不統一法の指定⁽⁵⁾

国際家族法において、人的不統一法の指定はどのように行うべきなのであろうか。以下では、II末尾で掲げた問題意識を念頭に置いて、まず諸外国の国際私法及びハーグ条約における人的不統一法の取扱いにつき概観し、それらを簡単にまとめてから、わが国の国際私法における人的不統一法の取扱いの変遷と現状を見た後で、上述の問題点について筆者なりの見解を示すこととする。

1 諸外国での取扱い

(1) 概要

人的不統一法の指定、あるいは人的・場所的を問わず国内的な不統一法一般の指定に関する諸国国際私法の規定の多くは、筆者の知る限り、その規定のしかたに基づいて大きく二つの種類に分けることができる。

その第一は、準拠法所屬国の規則に委ねる旨のみを規定するものである。この分類に属する立法例としては、①アルジェリア民法典（一九七五年／同年施行）二三条⁽⁶⁾、エジプト・アラブ共和国民法典（一九四八年）二六条⁽⁷⁾、クウェイト・渉外的要素を有する法関係の規律のための法律（一九六一年／同年施行）七一条⁽⁸⁾、ヨルダン民法典（一九七

六年／一九七七年施行）二七条⁽⁹⁾などのイスラム諸国における諸立法、②スペイン民法典（一八八九年／一九七四年デクレにより改正／同年施行）一二条五項⁽¹⁰⁾、ポーランド国際私法（一九六五年／一九六六年施行）五条⁽¹¹⁾、ポルトガル民法典（一九六六年／一九六七年施行）二〇条三項⁽¹²⁾など一九六〇年代から七〇年代にかけて一部のヨーロッパ諸国で行われた立法、及び③その他の立法、例えばタイ・仏暦二四八一年国際私法（一九三八年）六条五項⁽¹⁴⁾がある。

第二は、準拠法所屬国の規則＋密接関連法の二段階方式を採用するものである。この分類に属する立法例としては、①オーストリア・国際私法に関する連邦法（国際私法典）（一九七八年／一九七九年施行）五条三項⁽¹⁵⁾、スウェーデン・婚姻及び後見に係わる一定の国際的法律関係に関する法律（一九〇四年／一九七三年改正／一九七四年施行）七章一条⁽¹⁶⁾、ドイツ（旧西ドイツ）民法施行法（一九八六年改正／同年施行）四条三項⁽¹⁷⁾、旧ユーゴスラビア・一定関係の範囲における外国規定との法律抵触の解決に関する法律（一九八二年／一九八三年施行）一〇条⁽¹⁸⁾など、一九七〇年代から一九八〇年代にかけて一部のヨーロッパ諸国で行われた立法、及び②それらを受けて行われた立法、例えばわが国の扶養義務の準拠法に関する法律七条や法例三一条⁽¹⁹⁾などがある。

なお、以上の他に、準拠法所屬国の規則＋事案に従い多数である体系又は住所地の体系という二段階方式を採用する立法例として、アラブ首長国連邦民事取引法典（一九八六年施行）二五条⁽²⁰⁾がある。

(2) ドイツ

ドイツでは、一九六一年に採択された二件のハーグ条約⁽²¹⁾を批准⁽²²⁾することによって、国際私法における人的不統一法の処理につき明文の規定を設けた。その後一九八六年には、一九七三年の扶養義務の準拠法に関するハーグ条約を批准すると同時に民法施行法を改正して、人的不統一法の場合を含む法の分立の処理に関して一般的な規定を設

けた（四条三項）。そこでは、不統一法国が指定された場合、当該準拠法所属国に統一的な国内抵触規則が存在する場合にはそれにより、かかる規則が存在しない場合には事実関係が最も密接な関係を有する法が適用されるものと規定されている。

これらの規定の解釈に関する学説及び判例を見ると、一九八六年改正前における民法施行法の解釈としては、準拠法として指定された法が人的に分立している場合、その法域における人際法が統一されているときは当該人際法に従い、かかる統一的な人際法が存在しないときはその者の所属する人的グループ（民族・宗教など）によって準拠法を決定する、とされていた。⁽²³⁾その後、ハーグ条約の批准や民法施行法の改正（現行四条三項の成立）に際して「準拠法所属国の国内抵触規則＋密接関係法」の二段階連結を採用したことによって、それらにおける「密接関係法」概念（改正後の民法施行法四条三項二文にいう「事実関係が最も密接に結びつけられている部分法秩序」）の解釈という問題が生ずるに至った。近年の文献にはこの点につき触れるものも見られる。しかし、それらが具体的な例として挙げるのは地域的不統一法を有する米国のそれであり、⁽²⁵⁾人的不統一法の場合については議論の蓄積が乏しい状況にある。⁽²⁶⁾

2 ハーグ条約での取扱い⁽²⁷⁾

(1) 遺言の方式の準拠法に関する条約（一九六一年）⁽²⁸⁾

ハーグ国際私法条約の中で不統一法の取扱いについて初めて規定を設けたのは、第九会期で採択された同条約の一条二項⁽²⁹⁾であった。同項の規定は、上述した諸国の国際私法に対して影響を与えたほか、後に挙げる幾つかのハーグ条約の同種の規定にも影響を与えた点で特に重要である。そこで、以下この規定の成立過程を検討する。

同会期に提出されたオランダ国家委員会の草案及び特別委員会の一九五九年五月一日草案⁽³¹⁾では不統一法の指定に関する規定は見当たらなかったが、特別委員会の審議に際してイギリス代表は、同国のある判例⁽³²⁾において生じたのと同種の問題の解決をはかるため、不統一法の指定に関する一箇条を設けることを提案した。これに対して特別委員会は、かかる規定を置くことは本条約の範囲を逸脱し、またこの問題の全体的な解決にもならないとの理由で、このイギリス提案に反対した。⁽³⁴⁾しかしその後の議論を通じて、この規定は条約の理念たる遺言保護に反しない、この規定を置くことは好ましい、あるいは有用である、などの意見が提出され、結局同項は、「本条約の目的のため」という限定を付した形で採用され、この問題について初めて權威的な解決を与えることとなった。⁽³⁷⁾

同項の解釈において最も問題なのは、準拠法所屬国に依るべき国内牴觸規則がない場合の処理である。同項採択後に作成されたバティフォルの注釈報告書は「この場合には裁判官の自由な事実評価によることとなるが、より明確化できるか否かは経験によることとなる⁽³⁸⁾」としているが、それ以上の言及はない。

自由裁量によることとなれば、不統一法の処理一般について考えても、客観的かつ明確な基準を抽出することは当面無理であろう。ただ、人的な不統一法の場合には、問題は一層困難となる。そもそもこの規定は、解釈上の可能性についてはともかく、起草段階では主として地域的な法の不統一を念頭に置いたものであるという印象が強い。この規定を提案する動機となった英国の判例が地域的不統一⁽³⁹⁾（英国）についての事例であることや、先に紹介したバティフォルの注釈報告書が上に紹介した部分の直後で次のように述べていることも、そのような推測を生ぜしめる根拠たりうるように思われる。

「遺言者と所与の法律との間の現実的つながりは、この法律の行われている領域における滞留が繰り返しなされ

ること、その地にとどまっている家族との関係の維持、その領域における財産又は利益の保持ということでありえよう。」

もしそうなら、一方で地域的不統一法の指定については、従来から用いられてきた住所や居所などの国際私法上の概念を補助的に用いることによって対処することもできよう。しかし、人的不統一法の処理については、それに対応できる概念が国際私法の側に十分用意されているとはいえない状況にある。国際私法の立場からの一層の人際法研究が必要となる所以であると言えようか。

ともかく、この条約の起草時点では最善であったと言われるこのような規定の穴を今後どう埋めていくかが、この規定自体によって問われていると言えるように思われる。⁽⁴⁰⁾

(2) 未成年者の保護に関する官憲の管轄権及び準拠法に関する条約（一九六一年）⁽⁴¹⁾

この外、同じ第九会期ではこの条約が採択されたが、その草案の審議においても、同じくイギリス代表から遺言の方式の準拠法に関する条約一条二項と趣旨の規定を設けることが提案され⁽⁴²⁾、これに対してオランダ代表から他の事項をも一括して規定する旨の修正案が出されたが、若干の議論の後に修正つきで採用されている（二四条）⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾。

(3) 養子縁組に関する裁判の管轄権、準拠法及び裁判の承認に関する条約（一九六五年）⁽⁴⁸⁾

第一〇会期に採択されたこの条約でも、遺言の方式の準拠法に関する条約で採用されたのと同趣旨の規定が提案され、それほどの議論もないまま採用されている（一一条）⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾。

(4) 扶養義務の準拠法に関する条約⁽⁵¹⁾

第一二会期に採択されたこの条約ではアメリカから同様の趣旨の規定が提案されたが、そこでのアメリカの意図

のひとつは、自国のような統一の準国際私法規定がない場合の処理を定めることであつた。⁽⁵³⁾ 結局同会期は、(3)や一九七〇年の離婚別居承認条約に倣つて不統一法の指定に関する規定を設けた⁽⁵⁴⁾ (二六条)。この規定については、初めて人的な不統一法と地域的なそれとを表現上区別した点が注目される。

同会期では、不統一法の処理に関して、これまでの条約の審議に比べてかなり長い議論が交わされている。⁽⁵⁵⁾ しかし、人的な不統一法の処理における「最も密接な関連性」の解釈や、共通本国法の認定との関係で人的不統一法をいかに扱うか、という点についての基準は結局示されなかった。⁽⁵⁶⁾

(5) 死亡による財産の相続の準拠法に関する条約⁽⁵⁷⁾ (一九八八年)

この条約の起草に際しては、特別委員会草案の段階から不統一法の指定に関する規定が設けられていたが、さしたる議論もないまま結局二〇条⁽⁵⁹⁾として成立した。⁽⁶⁰⁾ ここでも二段階の連結が採用されているが、ウォーターズの注釈報告書の中には、「最も密接な関連性」の判定基準についての説明は見当たらない。

(6) その他

なお、上記の外にも、「離婚及び別居の承認に関する条約」⁽⁶²⁾ (一九七〇年) 一六条、「扶養義務に関する判決の承認及び執行に関する条約」⁽⁶³⁾ (一九七三年) 二七条、「夫婦財産制の準拠法に関する条約」⁽⁶⁴⁾ (一九七六年) 一九条及び「婚姻の挙行及び婚姻の有効性の承認に関する条約」⁽⁶⁵⁾ (一九七八年) 二〇条にも不統一法の指定に関する規定があるが、それらの多くは準拠法所属国の国内抵触規定によるとするのみで、今までに紹介した例に見られるような一般条項は含まれていない。

3 まとめ

以上、各国国際私法及びハーグ諸条約における人的不統一法の取扱いを概観してきたが、それらをまとめてみると、そこにはおおよそ次のような共通点を発見することができるように思われる。

(1) 適用法規決定規範としての性格

参照した規定の多くは、一定の法律関係に適用されるべき法規の決定をその目的としており、当事者の属する法の決定という規定方式を採用していない。従って、共通本国法の決定との関係で人的不統一法が問題となる場合でも、まず最初に各当事者の属人法を絞り込む趣旨の規定として解釈するのに有利な文言には必ずしもなっていないように思われる。

(2) 人的・地域的不統一法を扱う規定

多くの規定は、人的不統一法の場合と地域的不統一法の場合を分けずに、それらを合わせて規定している。

(3) 間接指定から2段階指定への動き

イスラム諸国の国際私法及びヨーロッパ諸国の国際私法のうち一九六〇年代から一九七〇年代前半にかけての立法例には、間接指定のみによる規定が多い。これに対して、一九七〇年代後半以降のヨーロッパ諸国の国際私法には、間接指定＋直接指定の二段階指定を採用した規定が少なからず見受けられる。ここでは、統一的な人際法が存在しない場合には一般法理（密接関連性の原則）によると規定するものが多く、より具体的かつ客観的な基準を設定している例は稀である。

4 わが国での取扱い

ここでは、これまでに行った各国国際私法及びハーグ条約の規定の分析を念頭に置きつつ、法例をはじめとする

わが成文国際私法上の人的不統一法指定に関する規定の解釈について概観する。

(1) 法例（一九八九年改正前） 関係

一九八九年改正前の法例（二八八八年法律一〇号）においては、地域的不統一法国の指定についてののみ明文規定（旧二七条三項⁽⁶⁶⁾）が置かれ、人的不統一法国の指定に関する明文規定は置かれなかったが、この点につき判例⁽⁶⁷⁾及び戸籍先例⁽⁶⁸⁾は一致して、当事者の本国における人際法によって準拠法を決定すべきである、としてきた。また、その際に旧二七条三項を類推適用する旨を明示するのは少数であった⁽⁶⁹⁾。学説上も、当該問題に関する準拠法所属国内の人際法に従って準拠法を確定する（間接指定）という点で、多数の学説が一致していた⁽⁷⁰⁾。その際、旧二七条三項を類推適用すべしとする説もあつたが少数であつた⁽⁷¹⁾。

(2) 遺言の方式の準拠法関係

わが国が批准した「遺言の方式の準拠法に関する条約」（二九六四年条約九号⁽⁷²⁾）は、本国の法制が不統一である場合について、第一にその法制で行われる規則により、第二に密接関連性の法理により、各々準拠法を決定する旨を明文で規定した（一条二項）。この規定は文言上、人的不統一法の指定に対する適用を否定していなかった。しかし、同条約の批准に伴って制定された「遺言の方式の準拠法に関する法律」（同年法律一〇〇号⁽⁷³⁾）では、地方により法律を異にする場合についてのみ同条約と同様の規定が設けられた（六条⁽⁷⁴⁾）。国内法化の段階で人的不統一法への適用を排除した理由としては、第一に人的不統一法については当該準拠法所属国の国内抵触規定によるのが当然であり、またそのような規則がないことはまず考えられないこと、第二に、仮に人的不統一法の指定につき規定が必要だとすれば、それは行為地の適用についても同様の規定が必要だが、国内法化によってそのような場合に

までこの規定を拡大するのは妥当でないこと、第三に国際私法は地域的な法の抵触を扱うものであり、人的な法の抵触は対象外であること、そして第四に条約一条二項自体が地域的な法の不統一を念頭に置いたものと考えられることが挙げられている。⁽⁷⁵⁾

(3) 扶養義務の準拠法関係

わが国が批准した「子に対する扶養義務の準拠法に関する条約」(一九七七年条約八号)には、不統一法国法の指定に関する規定は置かれなかった。他方、同じくわが国が批准した「扶養義務の準拠法に関する条約」(一九八六年条約三号)では、地域的又は人的な不統一法国の指定につき上述の「遺言の方式の準拠法に関する条約」と同様の規定が設けられ(一六条)、またそれに伴って制定された「扶養義務の準拠法に関する法律」(同年法律八四号)でもこれを受けて同様の規定が設けられた(七条)⁽⁷⁶⁾。同条は、わが国の成文国際私法上初めて人的な不統一法の指定についても適用される旨を明文で規定した点で高く評価されている。⁽⁷⁸⁾

(4) 法例(一九八九年改正後) 関係⁽⁷⁹⁾

一九八九年の法例改正では、旧二七条三項にかわる二八条三項が地域的な不統一法の指定につき規定したのとは別に、上述の「扶養義務の準拠法に関する法律」七条に倣って、人的に法律を異にする場合の本国法、常居所地法及び密接関連法の決定につき同条と同様の規定を設けた(三一条)⁽⁸⁰⁾。同条に關係する裁判例や戸籍先例もある程度出てきつつある。

同条の解釈については、特に本国法の同一性の有無を決定する場合での問題が指摘されている。⁽⁸²⁾そこでは、地域的不統一法国で所屬する州を異にする者の場合と同様に、一般的には宗教・人種等を異にする者の間に共通本国法

は存在しないとされる。但し、インドの特別婚姻法のような統一法が存在する場合には、共通本国法の存在を肯定する見解が見られる⁽⁸³⁾。

5 検討及び私見

ここで、II 3において呈示した三つの疑問に対する筆者なりの答えとして、わが法例三一条及び扶養義務の準拠法に関する法律七条の解釈をめぐって問題となる、(1)「其ノ国ノ規則」とは何か、(2)密接関連法をどのように認定するか、の二点について検討を加えることとする。

まずはその前提として、法例三一条の解釈に関する基本的な指針を確認しておきたい。そもそもわが法例においては、問題となっている法律関係と最も密接な関係を有する法を適用する、との原則（密接関連性の原則）に従って準拠法の決定を行うことが建前とされている。しかしそのことは、あらゆる場合に法廷地国の国際私法の立場から密接関連性の有無を考えるとということではなく、不統一法国についてはまず当該国の国内抵触規則による（そのような規則がない場合に初めてわが国際私法の立場から決定する）ものとされている（二八条三項、三一条）。これは、不統一国については準拠法の確定を当該国の法体制に委ねた方が密接関連性原則に合致する、との判断によるものである⁽⁸⁴⁾。従ってこの「不統一法国での取扱いの尊重」という考え方は、密接関連性の原則とも結びついた、国際私法で人際法を扱う場合の最も重要な理念である、ということになろう。

以下では、この点を踏まえた上で、先に掲げたふたつの点につき各々検討していくこととする。

(1) 「其ノ国ノ規則」とは何か―本国法等の同一性と人際法的処理

まず、本国法や常居所地法などの同一性が問われる場面において人際法的処理をいかに行うべきか、という点に

つき考察する。これは、法例が家族法の分野で複数当事者の同一本国法等を適用する規定（二四条など）を新設したことの関係で特に問題となる。

文言上、法例三一条は、本国法の同一性を判断するよりも前の段階で各当事者の本国法等を決定する（絞り込む）規定であると説明されている。⁽⁸⁵⁾そしてこれは、同条の成立経過を踏まえる限り、扶養義務の準拠法に関するハーグ条約を国内法化した扶養義務の準拠法に関する法律の規定（七条）に倣ったものと思われる。⁽⁸⁶⁾しかし、人的不統一法国での取扱いとして、各当事者のパーソナル・ローのうち何れかが常に準拠法となるとは限らない以上、法例三一条の「其ノ国ノ規則」を上のように解釈すると、結果的には、先に述べた「不統一法国での取扱いの尊重」という理念に反することになる恐れがある。例えば次のような例が考えられる。ともにインド国籍のキリスト教徒A（女性）とイスラム教徒B（男性）がイスラム法的方式で婚姻した後、それを一九五四年特別婚姻法に従って登録した場合、特別婚姻法自体はいかなる民族・部族・宗教等に根ざす法体系の一部でもなく、また今の設例ではAはイスラム法による婚姻を締結している以上、法例三一条を各当事者の本国法を個別に確定する規定と解する限り、A及びBの「本国法」はキリスト教法ないしイスラム法とならざるを得ないように思われる。しかしそれでは、この場合に特別婚姻法の適用を認めるインド国内での処理とわが国での処理が食い違うことになってしまうのである。⁽⁸⁸⁾

実は、（地域的なそれではあるが）不統一法国法の指定と共通本国法との関係については、扶養義務の準拠法に関するハーグ条約の審議において、その五条が扶養権利者と扶養義務者との共通本国法の適用を規定したこともあって議論の対象となったのだが、結局何らの明確な答えは出されなかった、⁽⁸⁹⁾という経緯がある。さらに、人的不統一

法に至っては、何ら議論の対象にすらされなかつたのである。⁽⁹⁰⁾ 其上、それを国内法化した扶養義務の準拠法に関する法律七条も、複数当事者間の本国法の共通性ないし同一性が問題とされない状態の下で立法された規定(遺言の方式の準拠法に関する法律六条及び一九八九年改正前の法例二七条三項)に倣つたものに過ぎなかつた。従つて、それを踏襲した法例三一条も、複数当事者に共通する連結点を採用する現在の法例の規定に十分適合するものではない⁽⁹¹⁾と言ふことができるのではなからうか。

他方、両当事者の共通本国法などの適用が規定されている幾つかの国々の国際私法⁽⁹²⁾を含めて、先に紹介した多くの国の国際私法はその文言上、当事者の本国法などの決定という形はとつておらず、まず国単位で共通性を判定してから人際法による絞り込みを行う趣旨で規定を設けているものと解釈することができるように思われる。このように解釈すれば、不統一法国の国内抵触規則を十分に機能させることができ、上に述べた「不統一法国での取扱いの尊重」という考え方にも適合することにならう。

以上から考へて、一九八九年の改正で複数当事者の同一本国法の適用というスタイルを採用した以上、法例の解釈としても、文言自体からは若干それる向きはあるが、複数当事者に共通する連結点が問題となる場面では、「(其ノ国ノ規則)の文言の意味を「当該法律関係につき適用される法規を定めるその国の規則」と解釈しあるいは読み変えることが必要であるように思われる。⁽⁹³⁾

また、このような解釈は、一項の規定を「夫婦ニ最モ密接ナル関係アル地ノ法律」へ準用する二項の規定によつても支持されるように思われる。即ち、ここでは夫婦をひとつの単位として準拠法の指定が行われているため、各人につき絞り込みを行うという解釈は無理となり、まず夫婦についての密接関連地を確定してから人際法的処理を

行うこととなろう。とすれば、一項の場合にも同様に解釈する方が、少なくとも二項との関係では解釈上のバランスがとれるのではなからうか。

(2) 密接関連法の認定

次に、不統一法国の側に適用すべき人際法がない場合の⁽⁹⁴⁾、密接関連法の認定基準について考察する。

このような場合には、わが国の国際私法の立場から当該事案と各パーソナル・ローとの密接関係性の判断を行うことになるわけだが、その際の判断基準としては、現在のところごく一般的なもの⁽⁹⁶⁾が提出されているにすぎず、結局「人際法の趣旨」というレベルから先へは議論が進展していないように思われる。

確かに、ひと口に人際法と言っても各国で実に様々な様相を呈していることは事実である。従って、「人際法の趣旨」と言ってもその具体的基準を提出することは困難であり、結局は具体的な事案との関係で判断するしかないのかもしれない。そして、諸国やハーグ条約で不統一法の指定について一般法理を採用していることは、各国の司法機関などが個々のケースに応じて具体的妥当な処理を行うことができる、という意味では妥当な立法判断であるとも言えよう。

しかし、単にケース・バイ・ケースの裁量に依存するのみでは、人際法不在の場合の処理がバラバラになってしまい、跛行的法律関係を生ずる危険性が高まることになりかねない。そこで、いかなる法を密接関連法として認定するのが適切か、という点について、人的不統一法を抱える各国でのパーソナル・ローや人際法の存在パターンに応じて、必ずしも十分には知られていない人際法の内容をある程度類型的に予測することは可能であるように思われる。言ってみれば、比較人際法的方法による類型的予測ということになるか。かなり大胆な試みかもしれない

が、具体的に挙げると、筆者がこれまでに把握した各国での人際家族法の状況から類推する限り、家族法分野でのパーソナル・ロー及び人際法には、およそ以下のようなパターンが存在する⁽⁹⁸⁾。

① イスラム諸国

- ・ イスラム法の優位、一般法としてのイスラム法

(但し東南アジアでは優位性は後退、統一法とイスラム法の併存)

- ・ イスラム法は各国において優勢な学派に従って解釈されるのが原則

(但し成文法で異なる規定を置いたときはそれによる)

- ・ 非イスラム法は同一宗派に属する者同士につき適用される

(但し法制度のイスラム化が進んだ一部の国では非イスラム法の適用は認められない)

- ・ 宗派の異なる非ムスリム間の身分関係にはイスラム法が適用される

② 東南アジア諸国

- ・ イスラム法と非イスラム法との併存が多く見られる

(国によっては部分的統一法とイスラム法とが併存する)

- ・ 非イスラム国家の中にも例外的にイスラム法の適用を認める国がある

- ・ 人際法ルールは一般的には未整備

③ アジア、アフリカの旧植民地諸国一般

- ・ 西欧法と現地法(部族慣習法又は宗教法)の併存

- ・具体的かつ定形的な人際法ルールが存在する場合もある

(旧フランス領などには夫の法の適用などの規則がある)

- ・人際法につきコモン・ロー上の一般法理が広く採用されている

④ ヨーロッパ・南アメリカのカトリック諸国

- ・一定の事項についてカトリック教会法が国法上の効力を持つ場合がある

- ・婚姻の方式(民事婚か宗教婚か)によって準拠法が異なる

⑤ オーストラリア・ニュージーランド

- ・国家法適用の中で原住民慣習法を考慮(機能的承認)

これらは、あくまで各々の地域における代表的な立法例の検討から導いた類型的な特徴の列挙であるに過ぎない点で、それらが特定国の人際法ルールとして直接援用できるものでないことは無論である。しかし、特定国の人際法の内容が不明である場合に、準拠法不明の場合の近似法説と同様の発想に立つこのような基準を援用することは、法令などの内容を確認することが特に困難な場合が少なくないアジア・アフリカ諸国の家族法が準拠法となった場合において、当該国人際法の内容を推認し、又は人際法が存在しないと判断した上で密接関係法の内容を認定する上で、それなりの役割を果たし得るものであると考える。

IV 人際法の解釈・適用をめぐる若干の問題―判例・先例への応用

今までの部分で検討したように、涉外家族法関係の訴訟において人的不統一法が準拠法とされた場合、特定のバ

パーソナル・ローの適用を導くためには国際私法上の人的不統一法指定をめぐる問題をクリアする必要があるわけだが、それと共に、人際法の解釈・適用をめぐる固有の問題をも解決する必要がある。この後者の問題は、伝統的に各国の人際法に内在してきたルールを明らかにすることによって我々にも理解し得るものとなるが、そのためには各々のパーソナル・ローに対する理解を深める必要がある。しかしこの点でわが国は（人的な法の抵触に対する馴染みが薄く、かつ人的不統一法を抱える国々の法に関する情報の入手が容易でないという点で）条件に恵まれておらず、人際法の解釈・適用に関しては今後も困難を伴うであろうことが推測される。

そこで本節では、今後の判例や先例に対する参考とすることを意図して、これまでに本稿で論じてきた内容を踏まえつつ、抵触法としての人際法の解釈・適用をめぐる最も問題となる連結点の確定をめぐる幾つかの点を検討する意味で、それらが問題となる従来わが国やドイツの判例・先例などのうち若干のものを吟味し、筆者なりの見解を示すこととする。

1 所属共同体の認定

まず、各々の当事者が属する部族・宗教などの共同体をいかに確定するか、という問題がある。これは、原則的には当該宗教がいかなる者を自らのメンバーとして認めるかという事実認定の問題であるが、特に宗教的所属については、客観的な判断基準を立て、またそれを運用することは非常に困難となる。

例えば、先に紹介したある戸籍先例⁽¹⁰⁾の事案を考えてみると、そこでは、届出人が自己の属する宗派を証明する公的資料はないとした上で自分はヒンドウ教徒であると供述したのを受けて、その通りの認定をしている。これは結果的には準拠法宣言を認めたのと同じことになる。もしもインド法上、当事者の意思により自由にヒンドウ教徒に

なれる（改宗の自由）というのであれば、本件のような処理で十分とも言えよう。しかし少なくともヒンドウ教の場合には、一概にそうは言い切れないようである。⁽¹⁰⁾とすると、本件でも届出人の供述は必ずしも頼りにできないことになる。もし、届出人が本当はヒンドウ教徒でないとすると、この先例は準拠法の確定を誤っていることになるし、そのようなことを許容することは、法律回避をもたらしことにもなってしまう。⁽¹¹⁾そこで本件では、単なる当事者の供述のみからその者の所属宗教を認定するのではなく、照会を受けた法務局の側で当事者の言語や習慣、宗教意識、社会的及び文化的背景等を可能な限り調査することにより、当事者がヒンドウである点を確認し、その旨を回答において明示しておくことが懸命であるように思われる。

また、前節で紹介したドイツの一九八六年鑑定書⁽¹²⁾では、ムスリムであるイラン夫婦の所属する宗派（スンニー派かシーア派か）を認定するに際して、反対の表示がない限りイラン人の大部分が所属するシーア派に属するものと認めてよいとしている。これは所属宗派の認定が困難であることに對する対応であるとも考えられるが、例えば信仰内容に関する当事者への質問や当事者の生活習慣などの調査を通じてその所属宗派を確認することは必ずしも不可能ではないように思われる。

これに對して、既に紹介した別の先例⁽¹³⁾では、その解説（藤田）によれば、調査（但しその方法等は明かでない）によりスリランカ人たる当事者の所属宗教（キリスト教）を認定した上で、同一人に適用される準拠法（婚姻登録条令）を決定している。それなりに正当な手順で準拠法を確定した先例として評価することができよう。

他方、先に触れた東京家裁一九八三年四月二五日審判⁽¹⁴⁾は、マレーシア人際法の解釈・適用において、相手方を「強いて信仰する宗教と問われれば仏教徒といえる者」であると認定した上で、当時イスラム教徒以外の者に適用

されていた西マレーシア民事離婚法を適用した。しかし判旨も述べるように、同国人際法は離婚法の適用につき国民をムスリムとムスリム以外とに分けており、ムスリム以外の者についてその所属宗教を認定する必要はなかったのではあるまいか。これはシンガポールやインドネシアの家族法の適用についても言えることであり、人際法の解釈・適用との関係で当事者の所属する宗教をどの程度認定する必要があるのか、という点にも注意を払う必要があるように思われる。

2 当事者による法選択

比較人際法上、宗教・民族・部族などといった当事者の所属と並んで連結点として重要なのが、当事者の意思である。

この点に関係するわが国の判例としては、既に紹介した東京家裁一九七五年三月一三日審判⁽¹⁰⁶⁾がある。本件では両当事者が一九五四年特別婚姻法に基づいて婚姻していることから同法を適用している。このように、当事者の所属する宗教などに関係なく適用され得る特別法が存在している場合には、連結点の判断においても、その特別法を選択する当事者の意思を（所属宗教などに代わる）代替的な連結点として認定する、との理論構成が考えられる。但しその場合には、かかる統一法の適用が当事者の選択によって導かれ得ることを確認し、それを判決・審判等において明示することが適切と言えよう。

3 棄教・改宗の場合の処理

次に、棄教及び改宗の場合の人際法上の処理という問題がある。所属する宗教によって適用される法が決定されるということは、素直に考えれば、棄教や改宗をすれば当然パーソナル・ローは変更されるということになろう。

例えば、イスラム教徒の男性と婚姻した女性がイスラム教から仏教へと改宗した場合、もし改宗がイスラム法の行われていない国で行われた場合には、相手方がイスラム教を受け入れない限り婚姻は改宗の事実のみを理由に（待婚期間に相当する3月経期間の経過によって）終了する、というイスラム法上のルール⁽¹⁰⁷⁾がその典型例である。ただ、そうはならない場合も実際にはある。特に、同じ宗教の中の異なる宗派に改宗（改派）した場合の問題には、かなり微妙なものがある。

例えば、特定宗教で正当とされる宗派に属する者が、同じ宗教には含まれるが異端とされる宗派に移った場合、それが棄教や改宗に当たるか否か、という問題が生じ得る⁽¹⁰⁸⁾。この場合、その異端宗派を法律上特定宗教の内部での改革と捉えるのか、それとも特定宗教からの逸脱と考えるのか、その判断が結論を左右することになるが、これを判断するためには、いかなる要素が各々の宗教にとって本質的であるかを法解釈の観点から確定する必要がある。そして、そこから逸れた場合には改宗ないし棄教を認定してよい、ということになる⁽¹⁰⁹⁾。

この点に関係するわが国の事例として、澤木論文⁽¹⁰⁹⁾で紹介された判例集未搭載の養子縁組許可申立事件がある。実親たるパキスタン人夫婦が、自分たちはイスラム法により婚姻したが現在は棄教している（従ってイスラム法上の養子縁組禁止は障害とならない⁽¹⁰⁸⁾）と主張している場合、果たして当該夫婦を非ムスリムと認定してよいか否かという点が問題になる。この場合には、1でも述べたように、法律回避の防止という観点に配慮しつつ、当事者の言動の中に表れているその者の信仰を客観的に読み取ることによって、その者がイスラム教の信仰を保持しているかないかを認定するのが適切ではなからうか。

4 混合的身分行為の処理

最後に触れたいのは、異なる共同体に属する者の間で為される身分行為（言わば混合的身分行為）に適用される法の決定という問題である。この場合の処理としては、①人際法により何れかの当事者のパーソナル・ローを適用するという方法と、②何らかの特別法の適用により第三の法を適用するという方法、および、③統一法が制定されている場合にはそれを適用するという方法、の三つがある。このうち後の二つの場合には、適用基準が法定されていることが多く、また例えそれが不明確でも、第三の法の観点から判断を行えばよい。しかし人際法的処理による場合、特に何ら明文のルールが存在しない場合には、両当事者のパーソナル・ローが共にその適用を欲する場合もあり得る点で、困難な問題を孕んでいると言えよう。

例えば、異なる宗教に所属する夫婦の間で離婚の可否が問題となった場合、より緩やかな離婚原因を定める離婚法を自己のパーソナル・ローとする側が他方をその方法により離婚できるか、それとも相手方のパーソナル・ロー上の保護を回避することは許されないのか、という問題が生じ得る。⁽¹⁰⁾特に、何らかの宗教を国家の指導原理とする国々（典型的にはイスラム諸国）においては、これは単なる法選択の問題ではなく、同時にその国での公序良俗の問題でもある、ということになる。この問題に答えを出すためには、各々の国家がいずれの法体系をどの程度重視しているのか、という観点がひとつのキー・ポイントとなる。

この点については、わが国の判例においても問題とされている。既に紹介した浦和地裁一九八三年二月二日判決⁽¹¹⁾及び名古屋地裁岡崎支部一九八七年二月二三日判決⁽¹²⁾がそうである。共にムスリムであるパキスタン人夫に対する日本人妻からの離婚請求の事例であるが、前者はパキスタンの一八六九年離婚法（一九七五年改正後）を夫婦の一方がキリスト教徒である場合に適用されるものとして適用し、他方後者は、同国の一九三九年離婚法の適用の

可否を検討した上で、少なくとも一九六一年ムスリム家族法令の諸規定の精神に鑑みると一九三九年法の規定を類推適用するのが相当であるとしている。その何れに対しても、パキスタン人際法の解釈の誤りを指摘するに足りる資料を筆者は持っていないが、少なくともパキスタン（あるいはそれを含むインド亜大陸全般）におけるイスラム家族法とキリスト教徒家族法との適用関係について不明な点が多いことは確かであり、判例等の蓄積を待つとともにその調査を一段と進める必要があろう。

〔注〕

(0) 但し異論がある。澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門 第四版』四七頁（一九九六）参照。

(0a) 澤木・道垣内、前掲注(0)は、何故かこの点については異論を唱えていない。

(1) 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巻二号一〇三頁以下（一九九四。以下「注(1)①」とする）、拙稿「人際家族法の動向」中央学院大学総合科学研究所研究年報五号一二五頁以下（一九九六。以下「注(1)②」とする）。なお、本稿は①を執筆した際に同時平行的に執筆した論考に最小限度の加筆などを行った上で公表するものであり、最新の文献については必ずしもフォローできていない。その後の動向については別途考察を行う予定である。

(2) 特定の人種・民族・宗教などに所属する者について適用される法を指す。拙稿・前掲注(1)①・一〇四頁参照。

(3) 澤木敬郎「国際私法における人際法上の若干の問題」立教法学一四号六六頁〜六七頁（一九七五）参照。

(4) 例えば、スイスの国際私法一四条、日本の法例二八条一項、二九条二項など。

(5) 本節で紹介する各国の立法例については、以下に適宜掲げる他の資料のほか、笠原俊宏編『国際私法立法総覧』（一九八九）によった。

- (6) 同条は以下のように規定する。「前諸規定がいくつかの法体系が存在する国の法へ送致するときは、適用すべき体系は同国の国内法によって決定される。」
- (7) 同条は以下のように規定する。「前数条の規定により数個の法秩序を有する国の法律を適用すべき場合において、そのいずれを適用すべきかは、その国の国内法によってこれを定める。」
- (8) 同条は以下のように規定する。「複数の法秩序が存する一定の国の法が適用されるべきことが、本章に含まれた条項の規定から生じるときは、それらの法秩序のうちのいずれが適用されるべきであるかは、その国の国内法が決定する。」
- (9) 同条は以下のように規定する。「前条項がいくつかの法体系が並存する国の法へ送致するときは、適用すべき体系は同国の国内法によって決定される。」
- (10) 同項は以下のように規定する。「抵触規定が、異なる法体系が併存する国の立法を指定するときは、それらのうち適用されるものの確定はこの国の立法に従ってなされる。」同項に触れたものとして、B. M. Cremades und A. Maceda, *Das neue spanische Internationale Privatrecht*, 21 *Recht der Int'lten Wirtschaft* 376 (1975) 及び B. von Hoffmann und A. Ortiz-Arce, *Das neue spanische Internationale Privatrecht*, 39 *Rabelsz* 657 (1975) がある。なお後者は、単一の準国際私法又は人際法が存在しないときの連結については未解決であるとしており、ドイツやわが国などで採用されている「間接指定+直接指定」という二段階連結につながる問題意識が表明されている。
- (11) 同条は以下のように規定する。「適用される法律の国の領土上に多数の法秩序が行なわれているときは、適用すべき法秩序はその国の法律がこれを定める。」同条に触れたものとして、S. Szer, *La nouvelle loi polonaise sur le droit international privé*, 93 *Clunet* 350 (1966) ; J. Rajski, *The new polish private international law*, 1965, 15 *Int'l Comp. L. Q.* 462 (1966) ; A. Uschakow, *Das neue polnische Gesetz über das Internationale Privatrecht*, 10 *Recht in Ost und West* 202-203 (1966) ; 松岡博「ポーランド新国際私法」*阪大法学*六一号四二頁(一九六七)がある。なお、一九六一

年草案における同趣旨の規定(三条)は、溜池良夫「一九六一年ポーランド国際私法草案」法学論叢七一巻六号七五頁(一九六三)に紹介されている。

(12) 同項は以下のように規定する。「管轄権を有する立法が領域的に統一的法秩序を構成するが、その法秩序上、異なる種類の人に対して異なる規則体系が施行されているときは、常に、体系の抵触についてその立法によって規定されているところに従う。」同項に触れたものとして、P. H. Neuhaus und H. Rau, *Das internationale Privatrecht im neuen portugiesischen Zivilgesetzbuch*, 32 *RabelsZ* 505, 514 (1968) がある。

(13) なお、成文国際私法の整備は進んでいないが、人際法の取り扱いにつき比較的議論の盛んなフランスにつき一言しておく。同国では、人的な法の抵触の解決方法としては、旧時は被告の法を適用する傾向が見られた(H. Batiffol, *Droit International Privé* 300 (4e éd. 1967))が、これに対しては、手続的なイニシアティブに準拠法を依存させるものであるとの批判が為された。現在では、原則として準拠法所属国の人際法に依るとされてゐる。D. Holleaux, J. Foyer et G. G. Pradelle, *Droit International Privé* 280 (1987); Y. Lousouarn et P. Bourel, *Droit International Privé* 137-138 (1978); *ibid.* 158-159 (3e éd. 1988)。一部の体系書には、そのみでは十分な解決とは言えないとの指摘も見られる(Lousouarn et Bourel, *supra*, 158-159 (3e éd. 1988))が、当該部分の内容が同書の一九七八年版と比べて全く変化していない点に鑑みると、この点に関する近年の議論はあまり活発でないように推測される。

(14) 同項は以下のように規定する。「本国法適用の場合において、局地法または教域法が適用されるべきときは、これによる。」同項に触れるものとして、C. Kim, *The Thai choice-of-law rules*, 5 *Int'l Lawyers* 711 (1971) がある。

(15) 同項は以下のように規定する。「外国法秩序が複数の部分的法秩序から構成されているときは、この外国法秩序に存在している規則が送致する部分的法秩序が適用されるものとする。かような規則がないときは、最も強い関係が存在する部分的法秩序が基準とされる。」同項に触れるものとして、E. Palmer, *The Austrian Codification of Conflicts Law*, 28 *Am. J. Comp. L.* 223 (1980) がある。なお、草案での規定については、山内惟介「オーストリアにおける国際

私法および国際手続法の改正草案について——「いわゆるシュヴィント草案」——法学新報八一巻四号一五三—一八四頁（一九七四）を参照せよ。

(16) 同条は以下のように規定する。「ある者につき、その者がある外国の国籍を有するために外国法が適用されるべき場合、その国に多数の法体系が妥当しているとき適用されるべき法体系は、その国に妥当している諸規定によって定められる。かかる規定が存在しないときは、その者がもつとも密接な関連性を有する法体系が適用される。」

(17) 同項は以下のように規定する。「準拠法を指摘することなく、複数の部分法秩序を有する国の法に送致されるときは、その国の法が、いずれの部分法秩序が適用されるべきかを決定する。かような規則が欠けているときは、事実関係が最も密接に結びつけられている部分法秩序が適用されるものとする。」

(18) 同条は以下のように規定する。「①不統一法国法が適用されるべきであり、かつ、本法の規則がその国の特定の法域に送致しないときは、準拠法体系はその国において施行されている規則によって決定される。／②不統一法国の準拠法体系が前項に定められた条件のもとに決定されることができないときは、係争の法律関係が最も密接な関係を示す法域の法が適用される。」同条に触れるものとして、K. Saljo, Zum neuen jugoslawischen Internationalen Privat- und Prozeßrecht, 24 Jahrbuch für Ostrecht 83-84 (1983) があつた。

(19) これらの規定については後に触れることとする。

(20) 同条は以下のように規定する。「準拠法が幾つかの法体系が存在する法であるときは、適用すべき体系はその国家の法によって決定される。そのような趣旨の規定がないときは、適用すべき体系は、事案に従い、多数である体系又は住所地の体系とする。」

(21) 遺言処分的方式の準拠法に関する条約、並びに、未成年者の保護の領域での官庁の管轄権及び準拠法に関する条約。

(22) 前者は一九六五年、後者は一九七一年に公布。

(23) この趣旨の判例で人際法の解釈に言及するものとして、以下のものがある。

(1) OLG Hamm, 4. 11. 1975, FamRZ 1976, 29

ドイツ国籍を有しプロテスタントの信者である原告(妻)は、イラン国籍を有するムスリムの被告(夫)とドイツ身分登録吏の面前で一九五七年に婚姻したが、一九七四年以後別居した。原告はEheG四三条による離婚を求め、その理由として被告の不貞行為を主張した(被告は反訴を提起)。

判旨の準拠法に関する判断の要旨は以下の通りである。「西ドイツとイランとの関係は、家族法事件については一九二九年二月一七日のドイツ・イラン居留地協定により、その八条三項によればドイツ国内のイラン人はイラン法に従う。しかし同項は両当事者の国籍が異なる場合の準拠法につき規定していない以上、この点については離婚に適用されるドイツの一般的抵触規則によることになる。そこで民法施行法一七条が適用され、イラン法上の離婚原因及びドイツ法上の離婚原因がともに存在する場合にのみ離婚が許される。ここでイラン国内のどの法を適用するかはイラン人際法によるが、イランの人際法は夫の法の適用を規定し、また一方がムスリムである家族法上の事件はイスラム法によるとされている。そこで本件被告がシーア派に属することから、シーア派ムスリムに適用される離婚法が適用される。」

本件は、イラン人際法の内容を認定し、それに基づいて準拠法を決定したのとして、現行法に置き換えれば民法施行法四条三項一文を適用すべき模範的な事例であると言えよう。

(2) なお、イラン人際法の適用に関する文献として、以下の事件に対する鑑定書(Köln K 22/86 vom 12. 9. 1986, in: M. Ferid/G. Kegel/K. Zweigert, Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (1985 und 1986) SS. 339ff. (1989))がある。本件の事案は以下の通りである。一九五九年にテヘランで出生したムスリムの原告(妻)と、一九五八年にテヘランで出生した被告(夫)は、一九八三年にハンブルグの身分登録所で婚姻を締結したが、一九八四年以来別居している。一九八五年一〇月に原告は被告に離婚を要求し、同年二月及び翌一九八六年四

月の書面で被告も離婚の意思を伝えた。同月、両者はハンブルグのイスラムセンターで相互離別（広義のタラークの一種）を宣言した。しかし同センターは宗教上の離別のみを証明するため、権限ある機関が国法により承認することが必要となる。

そこで裁判所は、イスラム離婚法が不明なため、両者のイスラム法に基づく要求は論理にかなっているか否かの点を照会した。

これに対する鑑定書の内容のうち準拠法部分の趣旨は以下の通りである。「西ドイツとイランとの関係は、家族法事件については一九二九年二月一七日のドイツ・イラン居留地協定（一九五五年八月一五日の告示により現在も有効）に従う。よって本件では共通本国法たるイラン法が適用されるが、イラン法は人的不統一法であるため、準拠法については同国人際法を適用し、当事者の所属する宗教共同体の法による。そこで当事者の所属宗教を考えると、原告はムスリムであり、また被告の宗教は訴訟記録上不明だが、一九八六年四月のタラーク離婚からムスリムであると考えられる。よって両当事者はムスリムである。従って、反対の表示がない限りイラン人の大部分が所属するシーア派に属するものと考えてよい。従って本件ではシーア派イスラム法を適用する。」

本件は、連結点の決定において一方当事者の所属宗教を推定したという付加的事情はあるものの、準拠法所属国たるイランの国際法を適用した意味では上の判例に準ずる事例であると言えよう。

(3) LG München I, 7. 10. 1976, FamRZ 1977, 332

オーストリア国籍を有するシーア派ムスリムの原告（妻）は、レバノン国籍を有するシーア派ムスリムの被告（夫）と一九七四年にベイルートの Jaafariya（イスラムの宗教裁判所）で婚姻した。両者の最後の共通常居所はミュンヘンである（現在も同居している）が、一九七六年以来夫婦関係はない。原告は、婚姻に反する関係を理由として離婚を求めた（被告は欠席（nicht vertreten））。

判旨の準拠法に関する判断の要旨は以下の通りである。「民法施行法一七条により夫の宗教上のパーソナル・ロー

の適用があるが、レバノンでは婚姻締結時に従われた宗教によって所属宗教を決定するところ、本件の婚姻はイスラムの宗教裁判所で締結されたことからして、シーア派のイスラム法が適用される。」

本件は、レバノン人際法を適用した典型的な事例であると言えよう。

(4) AG Solingen, 2. 3. 1983, IPRax 1984, 102

エジプト国籍を有するコプト正教徒の原告(妻)は、国籍及び宗派を同じくする被告(夫)と一九六七年一月一七日、エジプトでコプト正教の儀式により婚姻したが、被告は一九七七年にイスラム法により原告を離別し、その後一九七八年にはカトリックに、一九七九年には再びイスラム教に改宗し、再び原告を離別した。原告は被告に対して扶養料の支払いを求めた。

判旨の準拠法に関する判断の要旨は以下の通りである。「両者が同一国民であることから、扶養は共通本国法たるエジプト法によるが、エジプト人際法上、両当事者が異なる宗派に属する場合にはハナフィー派イスラム法が適用される。但し同法による限り扶養料の算出方法は明らかでないので、算出はドイツの基準による。」

本件は、エジプト人際法を適用した典型的な事例であると言えよう。

(24) G. Kegel, Internationales Privatrecht, 5., neubearbeitete Aufl. (1985).

(25) その場合、常居所又は住所が判断基準として呈示されている。例えば、民法施行法改正案に対する理由書(BTDucks. 10/504 S.40)では、このように述べられている。「本草案の表現は実務に対してある程度の活動の余地を認めるものである。『最も密接な結びつき』は、通例、人の常居所を通して媒介され、抵触規定はこれに依拠するのである。」(山内惟介訳「西ドイツ国際私法改正のための政府草案(3)」比較法雑誌一八巻一号(一九八四)九一頁)。この部分に言及する文献として、B. Dickson, 'The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany', 34 Int'l Comp. L. Q. 241 (1985); G. Kegel, Internationales Privatrecht (6. neubearbeitete Aufl. 1987), at 260; C. T. Eberoth und U. Eyles, 'Der Renvoi nach der Novellierung des deutschen Internationalen Privatrechts', 9 IPRax

6 (1989). また、K.-H. Kunz, Internationales Privatrecht 75 (2., neubearbeitete Aufl., 1988) も常居所を基準として挙げてゐる。他方、J. Basedow, Die Neuregelung des Internationalen Privat und Prozedrechts, N. J. W. [1986] Heft 48, 2974. は同様の(米国の)場合の補助的基準としてドミナイルを挙げてゐる。

(26) 人的不統一法の適用が問題となり、かつ統一的な人際法が存在しない場合の処理については、民法施行法四条三項二文に触れた文献においても殆ど論ずるものがないが、この点を扱った文献として以下の鑑定書(Köln K 51/87 vom 27.1.1988, in: M. Ferid/G. Kegel/K. Zweigert, Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (1987 und 1988) S. 376- (1990) がある。本件の事案は以下の通りである。ザイル国籍の事件本人は、一九六三年に同国で出生したが、一九八五年以来西ドイツに居住し、また一九八七年五月以後はドイツ人レナーテJ及びその二人の子の世帯で生活してきた。一九八七年一〇月一九日の公正証書でレナーテJと事件本人は後見裁判所に対し養子縁組の言渡しを申し立てた。

そこで裁判所は、公正証書による事件本人の同意はザイル法上の要件を満たしているか否かの点を照会した。

これに対する鑑定書のうち準拠法部分の要旨は以下の通りである。「民法施行法二三条一項により、養子その他の同意については養子の本国法(ザイル法)によるが、ザイル法は植民地時代の成文法(憲法の経過規定により現在も有効)と各部族の慣習法とに分立している。同国一九八三年憲法一〇二条は「裁判所は法律及び慣習を、法と公序に一致する範囲内で適用する」と規定するが、成文法と慣習法の適用境界は不明である。一九六七年憲法の下では土着のザイル人は身分登録簿への登録により成文法を選択できたが、今では違憲(平等違反)のため廃止されている。従つて、現在では明白な人際法はないが、この問題につき発見しうる文献によれば、ザイル人は登録なしに一方を選択できるとされている。本件では、事件本人による明確な法選択は認められないが、事件本人の慣習法社会との関係は、三つの事情(西ドイツへの移住、J一家の世帯での生活及びドイツ人を通じて養子縁組を求めたこと)によってかなりぐらついており、同人は黙示的に成文法を選択したものと認められる。以上から、本件では民法施行法四条三項二文の適

用上、成文法の適用が導かれる。」

本鑑定書における準拠法の判断はザイル人際法の不明から出発している点で現在のところ貴重な例である。結局は文献(但しいかなる文献が参照されたのかが明示されていないのが残念である)に基づいて同国人際法の内容を推定し、その適用という形で当事者の法選択を認めることによって処理されているが、当事者の黙示意思を認定する過程で考慮した三つの事情は、民法施行法四条三項文の解釈にとってひとつのヒントになるものと思われる。

(27) ハーグ条約は、諸外国の国際私法に影響を与えた点で重要である。例えば、ドイツ国際私法への影響につき、山内・前掲注(25)・九〇頁参照。

(28) Convention sur les conflicts de lois en matière de forme des disposition testamentaires, Article premier. ハーグ会議の「一般的経緯にこうして、Conférence de la haye de droit international privé, Actes et documents de la neuvième session, Tome III (forme de testaments) (1961) を参照。その他、第九会期にこうして、H. Batiffol, La neuvième session de la Conférence de la Haye de droit international privé, 50 Rev. crit. dr. i. p. 461-476 (1961) を参照。

(29) 同項は以下の通り規定する。「この条約の適用上、遺言者の本国法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なわれている規則によっ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。」

(30) Conférence de la haye, supra note 28.

(31) Ibid. 16.

(32) In re O'Keefe (Deceased) : Poingdestre v. Sherman ([1940] 1 Ch. 124).

本件に係わる事実の経緯はかなり複雑であるが、準拠法決定に関係する部分を中心にと以下の通りである。被相続人Aの父は一八三五年に南アイルランドで出生し、インド渡航の後一八五八年頃同国でアイルランド系の女性と

結婚し、婚姻継続中にA及びXが出生した。その後Aは様々な事情によりフランス、インド、フランス、イングランド、インド、イングランドと移住したが、一八八五年に父が單身戻ったインドで死亡した後は、スペイン、モロッコ及びチャネル諸島に滞在した後、ナポリに移って四七年間生活し、一九三七年にそこで死亡した（未婚・遺言なし・遺産は動産のみ）。その後Aの遺産の相続をめぐって提起されたのが本件である（ただ、具体的にいかなる問題であるかは判例集からは不明である）。

本件の準拠法を決定するに当たり、まずAのドミサイルが問われたが、判旨はその本源ドミサイルはアイルランドにあり、選択ドミサイルはイタリアにあると認定した。その上で判旨は、無遺言相続の準拠法は被相続人の死亡時のドミサイル法であるが、本件の被相続人の死亡時のドミサイルであるイタリアの国際私法規定（一九六五年民法八条）によれば、相続の準拠法は被相続人の本国法であるとして反致を認め、次に英国内のいずれの国内法が適用されるかを検討した。そして、本件では被相続人の死亡時のドミサイルは英国外にあるが、その本源ドミサイルがアイルランドにあることからすると、本件において被相続人が英国内で属していたと認められる唯一の部分はアイルランドであるとして、本件の準拠法はエール法であると判断した。

- (33) *Conférence de la haye*, supra note 28, at 65; R. H. Graveson, *The ninth Hague Conference of Private International Law*, 10 *Int'l Comp. L. Q.* 23 (1961); M. Ferid, *Die 9. Haager Konferenz*, 27 *RabelsZ* 421 (1962).
- (34) *Conférence de la haye*, supra note 28, at 20, 67, 148; 川上太郎「遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約（一九六〇年）の形成過程(2)」民商法雑誌四九卷六号三五頁（一九六四）。
- (35) *Conférence de la haye*, supra note 28, at 117; 川上・同上。
- (36) この制限は、一〇月一九日の会議においてシュヴィントが、この種の規定を設けること自体には賛成しながら、これが遺言の方式に関する条約に挿入するにはあまりに一般的過ぎるのではないか、との疑問を呈示したのに対して、バティフォルが提案したものである。*Conférence de la haye*, supra note 28, at 116, 117.

- (37) 川上太郎「遺言の方式の準拠法に関するハーグ条約（一九六〇年）の形成過程(1)」民商法雑誌四九卷五号六三九頁（一九六四）。
- (38) Ibid. 148.
- (39) なお、バティフォルの報告とは別に、本源住所 (domicile of origin) の考え方に代えてプロパー・ローの発想を採用したと見る評価として、Graveson, *supra* note 33, at 23. のほか、同様の印象を受ける文献として、Ferid, *supra* note 33, at 444; W. L. M. Reese, *The ninth session of the Hague Conference in Private International Law*, 55 Am. J. Comp. L. 452 (1961).
- (40) Reese, *ibid.*
- (41) Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, Article 14. ハーグ会議の経緯については、Conférence de la haye de droit international privé, Actes et documents de la neuvième session, Tome IV (protection des mineurs) (1961) 参照。
- (42) Conférence de la haye, *supra* note 41, at 174.
- (43) 未成年者が属する国の国内法のみならず、未成年者が属する国の当局をも定義する規定とする趣旨のもの。
- (44) Conférence de la haye, *supra* note 41, at 174.
- (45) ユーゴスラビア代表は、このような規定は国際私法の範囲外であり、また規定自体不十分であるとの理由でイギリスの提案に反対したが、この提案を撤回すると不統一法の問題を解決できなくなるとのイタリア代表の意見に妥協し、結局「この条約の目的の範囲内」という限定を付する事で同意した。Conférence de la haye, *supra* note 41, at 175.
- (46) 同条は以下の通り規定する。「この条約の適用については、未成年者の属する国の国内法が不統一の法制に存するときは、「未成年者の属する国の国内法」及び「未成年者の属する国の官憲」とは、その法制において現に行なわれている規則によって決定される法律及び官憲をいい、そのような規則が存しない場合には、未成年者が右の法制を構成す

る立法のうちのひとつの間に有する最も密接な結び付きによって決定される法律及び官憲をいう。」

(47) Conférence de la haye, *supra* note 41, at 215.

(48) Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption, Article 11. ハーグ會議の経緯について、Conférence de la haye de droit international privé, Actes et documents de la dixième session, Tome II (adoption) (1965). その他、第一〇会期について、R. H. Graveson, The tenth session of the Hague Conference of Private International Law, 14 Int'l Comp. L. Q. 528-578 (1965) 参照。

(49) Conférence de la haye, *supra* note 48, at 385.

(50) 同条は以下の通り規定する。「養親または児童が国籍を有する国において二以上の法制が行なわれているときは、その者の本国法およびその者が国籍を有する国の機関とは、この条約の適用に当たっては、その国で現に行なわれている規則により定まる法律および機関をいうものとし、そのような規則がないときは、利害関係人が最も密接な関係を有する法制における法律または機関をいうものとする。」

(51) Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Article 16. ハーグ會議の経緯について、Conférence de la haye de droit international privé, Actes et documents de la douzième session, Tome IV (obligations alimentaires) (1975). その他、第二二会期については、高桑昭「ハーグ国際私法會議第二二会期の報告」法曹時報二五卷一号二四一四四頁、同「成人に対する扶養義務の準拠法に関する条約について」法曹時報二五卷八号二二三五—二三八頁（一九七三）H. Batifol, La douzième session de la Conférence de la Haye de droit international privé, 62 Rev. crit. dr. i. p. 243-273 (1973). 参照。

(52) Conférence de la haye, *supra* note 51, at 334.

(53) Ibid.

(54) 同条は以下の通り規定する。「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にする国の法律を考慮しなければならない場合には、当該国において行な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、このような規則がないときは、当事者が最も密接な関係を有する法制を適用する。」

(55) *Conférence de la haye*, supra note 51, at 334-336, 361-363.

(56) 澤木敬郎「共通本国法の概念について」立教法学二二四号四一〜四四頁（一九八九）参照。

(57) *Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, Article 20. ハーグ会議の経緯については、*Conférence de la haye de droit international privé*, Actes et documents de la seizième session, Tome II (successions - loi applicable) (1990).

(58) 特別委員会案一〇条。 *Conférence de la haye*, supra note 57, at 220, 221.

(59) 同条は以下の通り規定する。「この条約の下で適用すべき法律を確定するに際して、ある国が相続につき異なるカテゴリーに属する者に対して適用される二つ以上の法制を有するときは、そのような国の法とは、その国において行なわれている規則によつて指定される法制をいうものとする。そのような規則がないときは、死者が最も密接な関係を有する法制をいうものとする。」

(60) *Conférence de la haye*, supra note 57, at 518, 519.

(61) *Ibid.* 600.

(62) *Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*, Article 16. ハーグ会議の経緯については、*Conférence de la haye de droit international privé*, Actes et documents de la onzième session, Tome II (divorce) (1970). なお、同会期に於いて R.H.Graveson, K.M.N.Newman, A.E.Anton and D.M.Edwards, The eleventh session of the Hague conference of private international law, 18 Int'l Comp.L.Q. 640-641 (1969).

同条は以下の通り規定する。「この条約の適用について、それが締約国であると否とを問わず、離婚又は別居に関し、属地的又は属人的に適用される二又はそれ以上の法制を有する判決国又は承認国以外の国の法律によるべきときは、その国の法により指定された法制による。」

- (63) Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, Article 27. ハーグ会議の経緯に「Conférence de la haye de droit international privé, Actes et documents de la douzième session, Tome IV (obligations alimentaires) (1975).

同条は以下の通り規定する。「締約国が、扶養義務に関して二以上の人的法律体系を有する場合には、その国の法律とは、その国の法律によって特定の種類の人に適用されるべきものとして指定される法律体系をいうものとする。」

- (64) Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, Article 19.

同条は以下の通り規定する。「この条約の適用に当たり、夫婦財産制につき、異なる種類の人に適用される二以上の法制を有する国にあっては、その国の法律とは、その国において行なわれている規則によって決定される法制をいうものとする。／前項の規則がないときは、第四条第一項の場合には、夫婦の共通の本国の法律を準拠法とし、第七条第二項第二号の場合には、夫婦の常居所の法律を依然として準拠法とする。夫婦に共通の本国がないときは、第四条第三項を適用する。」

- (65) Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, Article 20. ハーグ会議の経緯に「Conférence de la haye de droit international privé, Actes et documents de la treizième session, Tome III (marriage) (1978).

同条は以下の通り規定する。「ある国が婚姻に関して異なる種類の人に適用される二以上の法制を有する場合は、その国の法律とは、その国において行なわれている規則によって指定される法制をいうものとする。」

- (66) 同項は以下の通り規定する。「地方ニ依リ法律ヲ異ニスル国ノ人民ニ付テハ其者ノ属スル地方ノ法律ニ依ル」

(67) 人的不統一法の指定が問題とされた判例としては、以下のものがある。

(1) 神戸家裁一九六二年二月二一日審判(涉外身分関係先例判例総覧・先例判例編②六七六の三頁【五一〇ノ五】)

インド人の遺言につき遺言執行者の解任と選任を求めた事案。判旨は、法例(旧)二六条、二五条により準拠法を一九二五年インド相続法とした上で、申立人提出の証明書から同人がパーシー教徒であると認定し、インド相続法上の同教徒に関する規定を適用した。

(2) 東京家裁一九七四年二月二七日審判(家裁月報二七卷一〇号七一頁)

中国系マレーシア人夫と日本人妻との間に出生した子(父がマレーシア国籍取得のための登録を懈怠したため無国籍)について、日本国への帰化申請のため母を後見人を選任することを求めた事案。判旨は、後見人選任の必要性を判断する前提としての親権者による親権行使の困難性の点は父の本国法であるマレーシア法により、またマレーシア法上中国系マレーシア人には中国慣習法が適用されるとした上で、本件適用されるべき中国慣習法の内容は不明であるとしつつ、その内容を(明示はしていないが恐らく条理によって)推認した。

(3) 東京家裁一九七五年三月一三日審判(家裁月報二八卷四号一一頁)

インド人夫婦の離婚(申立人は妻)の事案。判旨は本件の準拠法を法例(旧)一六条によりインド法とした上で、両当事者が一九五四年特別婚姻法に基づいて婚姻していることから、法例二七条三項を準用して同法を適用した(日本法を留保した点については省略する。以下離婚事件について同じ)。

(4) 東京家裁一九八三年四月二五日審判(判例時報一一二三号一〇五頁)

日本人(妻Ⅱ申立人)とマレーシア人(夫Ⅱ相手方)との離婚の事案。判旨は、相手方は「強いて信仰する宗教と問われれば仏教徒といえる者」であると認定した上で、法例(旧)二七条三項に従い、イスラム教徒以外の者に適用される西マレーシア民事離婚法を適用した。

(5) 横浜地裁一九八三年一月三〇日判決(判例時報一一一七号一五四頁)

中国系無国籍者から日本人に対して認知を求めた事案。判旨は、子についての認知要件の準拠法は法例（旧）二七条二項により住所地法たるインドネシア法であるとした上で、中国系人に適用される旨が明示されている同法二二章三節（非嫡出子の認知に関する規定）の適用を考慮している（結果的には公序則違反で適用を排除）。

(6) 浦和地裁一九八三年二月二日判決（家裁月報三七卷二号一五六頁）

日本人（妻Ⅱ原告）とムスリムたる巴基斯坦人（被告Ⅱ夫）との離婚の事案。判旨は、法例（旧）一六条により本件の準拠法を巴基斯坦法とした上で、同国の一九六九年離婚法（一九七五年改正後）を夫婦の一方がキリスト教徒である場合に適用されるものとして適用した。

(7) 東京地裁一九八七年五月二九日判決（判例タイムズ六五号二三頁）

日本人（妻Ⅱ原告）とムスリムたる巴基斯坦人（被告Ⅱ夫）との離婚の事案。判旨は、法例（旧）一六条により本件の準拠法を巴基斯坦法とした上で、同国の一九三九年ムスリム婚姻解消法二条八項一号を適用した。

(8) 名古屋地裁岡崎支部一九八七年二月二三日判決（判例時報一二八二号一四三頁）

日本人（妻Ⅱ原告）とムスリムたる巴基斯坦人（被告Ⅱ夫）との離婚の事案。判旨は、法例（旧）一六条により本件の準拠法を巴基斯坦法とした上で、同国一九三九年離婚法の適用の可否につき検討し、同法適用の前提である「原告がイスラム法に基づいて婚姻したこと」の要件が本件で具備されているか否かは不明としつつ、仮にそうでなかったとしても、一九六一年ムスリム家族法令の諸規定の精神に鑑みると一九三九年法の規定を類推適用するのが相当として、一九三九年法を適用した。

なお、人的不統一法国で制定された統一法を適用した審判例として、(9) 京都家裁一九七四年六月三日審判（家裁月報二七卷四号九一頁・シンガポール離婚条例を適用）、(10) 神戸家裁一九七八年二月二日審判（家裁月報三一巻一二号九七頁・「英国法」（採場評釈によれば英国の Adoption Act）を適用）及び(11) 東京家裁一九八七年五月一五日審判（家裁月報四〇巻一〇号四〇頁・マレーシア国養子縁組法を適用）があるが、いずれも人際法の点には触れていない。

また、申立人の本国法をインド共和国特別婚姻法であるとして調停離婚を成立させた例がある（12）仙台家裁一九七六年二月二六日・家裁月報二九卷一号一〇九頁）が、人際法については何ら述べられていない。

(68) 人的不統一法の指定が問題となった戸籍先例としては、(1)民事局第二課長依命回答・一九八二年一〇月八日・民二・六一八一（民事月報三七卷二二号一四七頁。任意認知に伴う親権者決定及び後見終了の有無につきインド法の適用が問題となったが、一般論として一九五六年ヒンドウ教徒未成年者及び後見法の規定の適用があり得る旨を示しつつ、本件親子にも同法が適用されるか否かは不明であるとの理由で後見終了事項の記載は不相当とした）、(2)民事局長心得回答・一九五八年五月二日・民事甲九一八号（民事月報一三卷六号一〇〇頁。婚姻要件につきインドネシア法の適用が問題となった。当事者の宣誓書により受理を認めたが、同国法としていかなる法令を考慮したかは不明）、(3)民事局長回答・一九六七年二月二二日・民事甲三六九号（民事月報二三卷二二号一三六頁。婚姻要件につきパキスタンのイスラム法の適用が問題となったが、当事者の申述書により受理を認めた）、(4)民事局第二課長回答・一九七六年一月六日・民二・二六二二号（民事月報三一卷三三二五頁。スリランカ国婚姻登録条令を適用して協議離婚を受理すべきでないとした。藤田解説は、同国には①婚姻登録条令、②カンディアン婚姻離婚法及び③回教徒婚姻離婚法があり、その適用は当事者の宗教等によって異なるが、調査の結果当事者はキリスト教徒であり、①が適用されることが判明した、とする）、(5)民事局第二課長回答・一九八一年五月一日・民二・三一六〇号（民事月報三七卷二二号一〇三頁。マレーシアのイスラム法による婚姻に基づく報告的婚姻届の受理を相当とした）、(6)民事局第二課長回答・一九八三年二月二五日・民二・一二八五号（民事月報三八卷八号一〇九頁。東京回教寺院発行の婚姻証明書及びシンガポール回教徒婚姻登録所発行の証明書を添付した婚姻届の受理を創設的届出として認めた）、(7)民事局長回答・一九八八年一月六日・民二・七七七号（民事月報四三卷三三三〇一六三頁。婚姻要件につきイスラム法を法典化したイラン民法を適用した上で、その結果が公序良俗に反するとして受理を認めた）がある。

なお、人的不統一法で制定された統一法を適用した戸籍先例としては、(8)民事局長回答・一九七四年一月二八日・

定の適用については、その国の規則に従い遺言者が属した地方の法律を、そのような規則がないときは遺言者が最も密接な関係を有した地方の法律を、遺言者が国籍を有した国の法律とする。」

- (75) 村岡二郎「遺言の方式の準拠法に関する法律の解説」法曹時報一六卷七号（一九六四）九九九頁・一〇〇二頁、J. Muraoka, Japan's Participation in the Hague Convention Relating to the Form of Testamentary Dispositions, 8 Jap. Ann. Int'l L. 65 (1964). なお、このような同法の規定を支持する見解として、江川英文・村岡二郎・平賀健太・池原季雄「座談会涉外遺言の方式」ジュリスト二九六号二五頁（一九六四）がある。しかし、本文で示した四つの根拠のうち第一点については、比較人際法上そのような憶測が必ずしも通用しないことはイスラエルなどの例を見れば明らかである。また第二点については、本国法が適用される場合に限る旨を明示すれば問題はない（ハーグ条約に先例がある（注(45)参照）ことは前述の通りである）。他方、第三点のような見解は、独自の国際私法観に基づくものに過ぎない。さらに第四点も、明示的に人的不統一法の場合を排除するほどの根拠と言えるか否か疑問がある。よって筆者としては、国内法化の際に人的不統一法への適用を排除したのは立法の過誤と考えたい。ちなみに法例三四条二項は、三一条を遺言の方式に準用する旨を規定する。これは実質的に遺言の方式の準拠法に関する法律六条を補うものと言えるが、これは無用な迂路であり、むしろ六条自体を改正するのが筋というべきではなからうか。

- (76) 同条は以下の通り規定する。「当事者が、地域的に、若しくは人的に法律を異にする国に常居所を有し、又はその国の国籍を有する場合には、第二条第一項及び第三条第一項の規定の適用については、その国の規則に従い指定される法律を、そのような規則がないときは当事者に最も密接な関係がある法律を、当事者の常居所地法又は本国法とする。」
- (77) 原優「扶養義務の準拠法に関する法律」法律のひろば三九卷一一号三七頁（一九八六）、澤木敬郎「扶養義務の準拠法に関する法律の制定」法学教室七二号一三三頁（一九八六）。

- (78) 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」ジュリスト八六五号八三頁（一九八六）、澤木・同上。

- (79) 法例改正により新設された三一条は、以下に特に掲げる文献のほか、石黒一憲「法例改正の意義と問題点」法律時報六一卷一三三頁(一九八九)、外国人登録編集部「法例の改正について」外国人登録三七一号一七頁(一九八九)、住田裕子「法例の一部を改正する法律」の概要「金融法務事情」二二七号二三頁(一九八九)、南 敏文「法例の一部改正について」ジュリスト九四三三頁(一九八九)、同「法例の一部改正」法律のひろば四二卷一〇号四頁(一九八九)、及び山田録一・早田芳郎「法例改正について」法学教室一一二号四二頁(一九九〇)で紹介されている。
- (80) 同条は以下の通り規定する。「当事者ガ人的ニ法律ヲ異ニスル国ノ国籍ヲ有スル場合ニ於テハ其国ノ規則ニ從ヒ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当事者ノ本国法トス
前項ノ規定ハ当事者ガ常居所ヲ有スル地ガ人的ニ法律ヲ異ニスル場合ニ於ケル当事者ノ常居所地及ビ夫婦ニ最モ密接ナル関係アル地ガ人的ニ法律ヲ異ニスル場合ニ於ケル夫婦ニ最モ密接ナル関係アル地ノ法律ニ之ヲ準用ス」
- (81) 住田裕子「国際家族法の改正」時の法令一三七五号三七頁(一九九〇)。
- (81a) 法例三一条を適用した裁判例(明示されてはいないが、同条を適用したと思われるものを含む)として、東京地裁一九九〇年二月七日判決(判例時報一四二四号八四頁)や、神戸家裁一九九四年七月二七日審判(家裁月報四七巻五号六〇頁)などがある。
- (81b) 法例三一条を考慮したと思われる最近の戸籍先例としては、一九九四年一〇月五日民二・六四二六民事局第二課長回答(民事月報五〇巻二二九頁(一九九五))、一九九五年三月三〇日民二・二六三九民事局第二課長回答(民事月報五〇巻六号一四一頁(一九九五))、一九九五年九月一四日民二・三七四七民事局第二課長回答(民事月報五〇巻一〇号一五五頁(一九九五))がある。
- (82) 澤木敬郎／南 敏文編著『新しい国際私法』三三三頁(一九九〇)、住田・同上三七一三八頁、西賢『属人法の展開』一九三頁(一九八九)、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」民事月報四三巻四号七頁(一九八八)、同「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案について」戸籍五三二二号一頁(一九八八)、同「改正法例の解説

- (4) 「法曹時報四三卷七号一五三三頁（一九九一）。
- (83) 南 敏文「法例の一部改正について」民事月報四四卷八号六四頁（一九八九）、澤木／南・同上、南 敏文「改正法例の解説(5)完」法曹時報四三卷九号一八九六頁（一九九一）など。
- (84) 澤木敬郎『国際私法入門 第三版』五〇頁、五一頁（一九九〇）。
- (85) 岡本善八「人的不統一法に属する者の本国法」別冊ジュリスト・涉外判例百選（第三版）一六頁（一九九五）。なお、改正要綱試案についてではあるが、南 敏文「法例の改正」法律のひろば四一巻一二号四〇頁（一九八八）も参照。
- (86) 同条につき、大内俊身「扶養義務の準拠法に関する法律の解説」民事月報四一巻九号六七頁。
- (87) その例としては、本文で述べるものの外に、キリスト教徒とユダヤ教徒の間での身分関係にイスラム法が適用されるエジプトなどが挙げられよう。
- (88) この点でインドでは、宗教法と特別婚姻法の何れかを当事者が選択できる、とする不文の抵触規則が存在するわけであり（岡本・前掲注(71)・二二六頁）、当事者の宗教共同体等への帰属という客観的な基準のみによって準拠法が確定されてはいないのである。
- (89) 澤木・前掲注(56)・四一―四四頁。
- (90) 澤木・前掲注(56)・四四頁。
- (91) 石黒一憲『国際私法新版』六七頁（一九九〇）。
- (92) 例えばオーストリア一九七八年国際私法、ドイツ一九八六年国際私法、ポーランド一九六六年国際私法、ポルトガル一九六七年国際私法、ユーゴスラビア一九八三年国際私法など
- (93) 石黒・前掲注(91)・六八頁、佐藤やよひ「人際法」受験新報一九九四年一〇月号二七頁、本棚照一・松岡博編『基本法コンメンタール国際私法』一五八頁（一九九四）。
- (94) 従来、人際法的処理は準拠実質法の解釈の問題に過ぎず、それゆえ人際法は国際私法とは次元を異にするとの評価

が広く行われてきた。平成元年の法例改正により三一条が新設されてからも、従来と同様の観点から、同条一項但書にいう「其規則」が存在しないことはあり得ず、従って同条一項但書は無意味である、との見解が主張されている。これに対する筆者の見解については、いずれ稿を改めて論じたいと思う。ただ、この場でも一言のみしておくとすれば、一国内に併存する複数の法秩序相互間での交通整理（適用範囲の確定）が十分に行われていない状況は、少なくとも論理的にはあり得るように思われるし、また現実にも（極めて少数ではあれ）存在するのではないかと、筆者は推測している。かかる推論に対する実証的な検討は、筆者にとって今後の課題である。

なお、人際法の不存在とは別に、人際法の内容の不明という問題があるが、両者の関係について筆者は未だ明確に整理しきれていない。不存在の場合の密接関係法の探究に比較人際法的観点を導入するとすれば、人際法の不存在と不明は、理論的な相違はともかく、実際上の取扱いとしてはあまり違いがないということになり得る。この両者の比較も、筆者にとって今後の課題である。

(95) 本文で以下に述べるような比較人際法的類推を行った場合に、その結果として得られた人際法規則を「密接関係法」と呼ぶことに若干の抵抗がなくもない。例えば、キリスト教徒とユダヤ教徒の婚姻はイスラム法による、との人際法規則が存在する場合、イスラム法が婚姻の両当事者に最も密接に関係する法であるとは言いにくい面がある。では、（比較人際法的検討以外の）別の方向性を考えるべきなのであろうか。もしそうだとすると、いかなる方法論があるのか。筆者にとつてはまだまだ課題山積である。

(96) 澤木／南、前掲注(82)・二八一―二八二頁。

(97) 例えば、以下のように説明されている。

「人種、宗教などのうち、いかなる性質の不統一法国であるかを基本とし、当該国で人種間や宗教間の身分関係がどのように扱われているかを考慮し、人際法の趣旨に合致するよう決定すべきであらう」(澤木／南、前掲注(82)・三一頁)

「人種、宗教、社会的階級など、当該国に行われている人際法の体系の特質に応じて、人種、宗教籍などを基準としてそれを決定することになろう。」(澤木・前掲注(84)・五二頁)

(98) 以下の要約は、拙稿・前掲注(1)①・一〇五頁以下で行った検討の結果をまとめたものである。

(99) ただ、例外的に、複数の宗教が一人の者をめぐって共に自らのメンバーであると主張するような場合には、パーソナル・ローの積極的抵触を解決するために、各々の宗教法の外側からの判断を行う必要が生ずることも考え得る。

(100) 注(68)の先例(1)。

(101) 例えば、インドのある判例 (Ratansi D.Moraji v. Att.-Gen. of Madras, (1929) I.L.R. 52 Mad. 160.) では、次のように判示されている。

「ヨーロッパ人は、単にヒンドウの信仰に対する理論的な忠誠を告白するだけでは、またヒンドウ主義やその実践に対する熱心な賞賛者や擁護者であるというだけでは、ヒンドウにはなれない。しかし、もしその者がインドに長期間居住し、自己の宗教を明確な行為によって放棄し、キリスト教とともにそのクリスチャン名を捨ててヒンドウ名を意図的に名乗り、ヒンドウの宗教的儀式に従って民族と宗教においてヒンドウである者と結婚し、自己の環境から自己を切り離してヒンドウの生活様式をとった場合には、裁判所はその者がインド相統法上のヒンドウになったという結論を正当に下すことができる。」Bartholomew, *Private Interpersonal Law*, 1 Int'l Comp.L.Q. 325-326 (1952), at 341. これは(インド人から見て)外国人に関する事例ではあるが、少なくとも、ヒンドウ教徒として認められるためには当事者の信仰だけでは不十分であり、あらゆる面でヒンドウ教徒としての生活様式を身につけることが必要である、ということと言えるのである。

(102) 澤木・前掲注(3)・七四頁。

(103) Köln K. 22/86 vom 12.9.1986.

(104) 注(68)の先例(4)。

(105) 注(67)の判例(4)。

(106) 注(67)の判例(3)。

(107) 但し、改宗がイスラム法の行われている国(Dar-ul-Islam)において為された場合には、相手方にイスラム教への改宗を三回勧めても相手方がそれに応じない場合にカーデイが両者の婚姻を解消することができる、とのことである。

(108) *Narantakath Avullah v. Parakkal Mammu*, (1922) L.L.R. 45 Mad. 986. では、イスラム教徒であった女性が婚姻中に、イスラムでは異端とされるアフマディーヤ派に改宗(?)した後に他の男性と婚姻した場合につき、重婚罪の成立が認められた。その理由は、法律上イスラム教徒とは、クルアーンの權威を認め、「神のほかに神はなく、ムハンマドはその預言者である」というイスラムの綱領を受け入れた者を言うが、アフマディーヤ派もこの二つに当てはまる以上、棄教には該当しない、というものであった。

(109) 澤木・前掲注(3)・七四―七五頁。

(109 a) このような主張は、イスラム法が養子縁組を禁止していることとの関係で、(元?)イスラム教徒が何とか日本で有効に養子縁組をしたいとの願いから出てくるものであろう(勿論、本当に棄教しているか否かは筆者にはうかがい知れないところである)。ただ、日本での縁組の有効な成立のみを考えるならば、棄教の必要はないのであって、イスラム教徒であり続けながら、法例三三条の力を借りて有効に養子縁組を成立させるという方法もある。なお、拙稿「イスラム法と養子縁組」中央学院大学総合科学研究所紀要一二巻一号(一九九六)参照。

(110) *Jatoi v. Jatoi*, 1967 PLD SC 580. では、ムスリムの夫がキリスト教徒の妻を、イスラム法上のタラクの方法によって離婚できるか否かが争われた。多数意見は肯定的であったが、これに反対する少数意見の存在は見逃せまい。両者の差異は、明文のない状態をいかに解釈するか、という点にかかっており、実に微妙である。

(111) 注(67)の判例(6)。

(112) 注(67)の判例(8)。