

身分関係(1)

担当 横溝 大

【基本的連結政策】

一 身分関係における連結政策—住所地法主義対本国法主義

(1) はじめに

- ・ 人の能力や身分を規律する法を定めるのに最上の連結素は、人と一定の恒常性を持った国家法を選択するもの：人がどこに移動しようとも婚姻や親子関係が存続し、移動の度に問題とならないような連結素が望ましい。
- ・ 二つの選択肢：住所 (Domicile: 英米・南米・スカンディナヴィア) か本国 (大陸ヨーロッパ・中東) か。
- ・ 我が国は本国法主義を採用。理由は？
- ・ ドイツにおける住所地主義から本国法主義への変更・英米における本国法主義を唱える学説の動向、1880 年の国際法協会における本国法主義の採用→「一体ノ趨勢カラ観ルト本国法即チ人ノ永住ニ属シテ居ルモノーツノ人民トシテ属シテ居ル国ノ法律ヲ根拠トスル事柄ガ一番カガ強ク為ツテ居ルヤウナ有様」¹→要は大勢に合わせたということ。
- ・ 元々は、フランス民法典 3 条 3 項：「人の身分及び能力に関する法令は、外国に居住している場合であってもフランス人を規律する」→1814 年パリ控訴院双方化。
- ・ フランス民法典の準備作業においてもさしたる議論なし。→本国を住所に代えることが革命的なことではなかったという意識の表れとされる。
- ・ 旧体制下では、法の抵触は主としてフランスの地方間。→属人法を決定するためには、必然的に住所に頼らざるを得ない(また、教会法の重要性という事情による決定領域の少なさ)。
- ・ ナポレオン法典によるフランス国内での民法の統一：住所により適用範囲が決定される以前の多様な慣習に代え、フランス人の身分を規律するのにフランス法を利用するというのが恐らく論理的に思えたのではないか。加えて、1792 年以來の国民感情の高揚がこの変化を満足のいくものと思わせた²。
- ・ 但し、Savigny は住所地主義を提唱。その後本国法主義の普及に大きな影響を及ぼしたのは Mancini (例えば、1865 年イタリア民法では、本国法が属人法と相続法との全ての問題を規律。その他、ドイツ法、日本法、スイス法、トルコ法等)³。
- ・ 今日では、このような本国という連結素の適切性が議論の俎上に出されるようになった。特に、本国に代えて住所を連結素とする国々の登場や、国際条約において、常居所 (habitual

¹ 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』(商事法務・1986 年) 43 頁以下(穂積陳重)。

² 以上、Patrick Courbe, *Droit international privé* (2e, éd., 2003), at 197-198.

³ 19 世紀における主たる学説の展開につき、David McClean, “De conflictu legum Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century”, *Recueil des cours*, tome 282 (2000), 41, at 68-88.

residence)を優先し本国を退ける傾向。また、我が国においても、平成元年の改正のように、本国の硬直性を反省する傾向が登場しつつある。→人の能力や身分に関し、今日でも本国が連結素として正当化出来るのかが、改めて検討されねばならない⁴。

(2) 本国法の利点⁵

- ・ 基本的には、国籍という法律関係の強さに依拠する。
- ① 国民の気質や文化への適合(マンチーニ):立法者が立法する際に対象としているのは自国民であるので、国民の気質や文化に適合している。→身分法分野においては重要な価値を持つ。
- ② 安定性:住所に比し連結素としては遥かに安定した要素。国籍変更は住所変更より遥かに困難。→本国法は、人の法的な取扱いの連続性を保障するのに十分であると言える。
- ③ 確実性:住所の場合、住所変更が容易であることから、ある人の住所を決定することには一定の困難が伴う。それに対し、ある人の国籍を確定するのは一般的には容易。

(3) 住所地法の利点

- ・ 人の物理的所在地という実用的な性格から導かれる。
- ① 個人の具体的利益:移住する場合、生活地の法を知りこれに従う方が容易。また、家族の構成員の国籍がばらばらである場合、家族間の整合性・一貫性は、住所地法によりより保障される。
- ② 全体的利益:外国人と契約関係を結ぶ第三者にとっては、住所地法が適用される方が有利。←同法を知っているし、自らの知らない外国人の本国法の規定により錯誤が生じる恐れがない。→住所地法の方が、公衆の信用という点では望ましい。また、大量の移住者を迎える国の場合、受入国の利益は通常は統合政策であるが、これは住所地法主義を採用することにより達成される。
- ③ 法廷地法との一致:実際問題として、外国法を適用する場合の大半は、人の身分に関するもの。これを住所地法に変えれば、法廷地法の適用可能性が高まり、より優れた裁判が行われる。

(4) まとめ

- ・ 我が国の解決は、本国法主義(家族法分野:通則法 24 条~37 条)。

⁴ 以下の対比につき、Pierre Mayer/Vincent Heuzé, *Droit international privé* (9e éd., 2007), at 378-379.

⁵ 尚、元々本国法主義には、主権国家が属人法に関する自らの法の尊重を国民に課すという主権的要素があったが、現在においては、そのような要素が背景に退いていることにつき、Pierre Mayer, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *Recueil des cours*, Tome 327 (2007), 9, at 173-174.

- ・ だが、社会環境の変化や純粋に実務上の考慮により例外が導入される。→平成元年改正：第二順位としての同一常居所地法、第三順位としての最密接関連地法(25条、27条)、重国籍・無国籍者の決定の際の常居所の考慮(38条)。条約の批准による常居所の考慮(扶養義務の準拠法に関する法律、遺言の方式の準拠法に関する法律)。
- ・ いずれの連結素がより優れているかを決定することは結局のところ出来ない。→要は感情的な問題⁶。
- ・ 人の移動が激しくなり、国内に大量の移民が流入し、海外にも日本人が溢れるようになり、国際生活における国籍の意味合いが著しく低くなった場合には、再考の余地もあるが、各国に比し相対的には人の国際的移動の少ない現段階の日本においては、矢張り本国という概念の意味合いが大きいとして本国法主義を採用し続けることは不合理ではないように思われる。

(5) 常居所(habitual residence)について

- ・ 常居所：ハーグ国際私法会議による創設。平成元年改正での導入。「社会的統合を重要な要素とした安定性のある規準」⁷→内容の不明確さ。滞在及びその期間・家族の居住地・稼働地・就学地・使用言語・家屋の有無等の総合衡量。

【参考文献】

- ・ David McClean, “De conflictu legum Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century”, *Recueil des cours*, tome 282 (2000), 41.
- ・ 秋場準一「法例の改正規定と常居所基準説の論拠について」国際法外交雑誌 90 巻 2 号(1991 年)1 頁

【婚姻の成立と効力、離婚】

一 婚姻

(1) はじめに

- ・ 婚姻においては、以下のような点が問題になる。
- ・ 婚姻年齢・重婚や近親婚でないこと→実質的成立要件(24条1項)
- ・ 宗教上・公開の儀式の有無、事実上の同棲等→形式的成立要件(24条2項・3項)
- ・ 同居義務・貞操義務→身分的効力(25条)
- ・ 共有制・別産制→財産的効力(夫婦財産制)(26条)
- ・ 我が国において多い事例：重婚による婚姻無効確認乃至取消し申立て(嫡出親子関係や相続、国籍確認の前提の場合も)、再婚禁止期間等。

⁶ Mayer/Heuzé, *supra* note (4), at 378-379.

⁷ 秋場準一「法例の改正規定と常居所基準説の論拠について」国際法外交雑誌 90 巻 2 号(1991 年)1 頁、15 頁。

(2) 婚姻概念

- ・ 「婚姻」とは？ : 「長い間に発展して来た男女間の種々の結合中においてあらゆる社会・・・で他のものより一層強力な法律的效果を有する男女の結合」、或いは「男女間の結合関係に着目して一定の法律効果が付与される法的制度的関係」と定義される。我が国民法上の婚姻概念よりも一層包括的なもの。その中には一夫多妻婚や、所謂 common law marriage のような何ら特別の方式を踏まない結合関係、また当事者の一方意思に抛り解消し得るもの、さらには期限附のものも含まれる。
- ・ 問題となるのは、所謂婚約・内縁。
- ・ 婚約が「婚姻にいたるまでの一の過程であり、婚姻自体と極めて密接な関係にある」以上、また内縁が「婚姻に準ずる一種の関係」である以上、これらを「婚姻」概念に含めることに特に問題は無い。
- ・ さらに、同姓婚又はこれに類似する結合については、これが「婚姻」に含まれないことを前提に、その実質的・形式的成立要件についてそれぞれ法例 13 条 1 項・13 条 3 項〔通則法 24 条 1 項・3 項〕本文の類推適用を主張する見解、ベルギーやオランダでの同姓婚については、国際私法上の婚姻概念は必ずしも男女の結合関係に限定されないとしてこれを「婚姻」に含める一方で、登録パートナーシップについては、婚姻をすることが出来ない者たちのための婚姻に代替する制度として作られたものであり、本質的に婚姻とは性質を異にするものとして位置付けられていることを理由に、これを「公的機関への登録により婚姻に準じた法律的效果を結合関係」と性質決定する見解がある。
- ・ 各国法が個人間の「結合関係に着目して一定の法律効果を付与」する場合は男女間に限られない以上、通則法 24 条の婚姻概念を男女間に限定する積極的理由はなく、同姓婚等も「婚姻」に含めることに特に問題は無い。また、登録パートナーシップも、結合関係に着目して一定の法律効果を付与する制度である以上は「婚姻」に含まれ、本国上の制度趣旨如何に拘らず、抵触法上は、当該外国の「婚姻」制度の一部をなすものとして捉えられる。

(3) 実質的成立要件か形式的成立要件か(性質決定)

- ・ 婚姻の形式的成立要件: 「法律上有効な婚姻を成立せしめるために当事者または第三者・・・にたいして要求せられる外面的行為」、或いは、「婚姻の外部的形式としての意思表示の表現方法」と定義される。
- ・ 実質的成立要件は、形式的成立要件以外のもの。
- ・ 具体的には、婚姻意思、前婚の不存在乃至一定期間の経過、両当事者が一定の近親関係にないこと、婚姻年齢、婚姻禁止事由、特定人の同意の要否、待婚期間等が実質的成立要件、身分吏に対する届出や宗教的な儀式、結婚前の予告等が形式的成立要件の例とされる。

(4) 実質的成立要件

① はじめに

- ・ 婚姻年齢・重婚でないこと・兄弟の配偶者との婚姻禁止等。
- ・ 24条1項「婚姻の成立各当事者につき、その本国法による。」
- ・ 「婚姻成立」:2項3項が「方式」について規定している関係上、ここでいう成立要件は実質的成立要件であると解される。→配分的適用主義(各当事者によりその本国法)←婚姻をなす両当事者を同等と見て、各当事者のそれまでの身分を規律していた法に依らしめる趣旨。
- ・ 配分的適用方法は、法例制定時に採用されたもの(法例13条1項本文)。←婚姻が国籍の変更にまで繋がる当時の法的状況において、婚姻の成立を一方の本国法に依らしめることの不当性、また、これから婚姻をしようという者については男女双方共同等のものと見なければならぬという点、さらに、諸国の立法例、国際法協会の決議、1894年のハーグ国際会議の決議が同様の方法を採用している点が根拠として挙げられている。
- ・ 平成元年の法例改正:配分的適用主義が準拠法の適用関係を複雑にすることから、婚姻の挙行及び婚姻の有効性の承認に関する1978年のハーグ条約3条を参考に、「①婚姻成立の要件は、当事者の一方が婚姻挙行地の国籍を有し、又は婚姻挙行地に常居所を有するときは、婚姻挙行地の法律によって定める。[ただし、当事者の共通本国法があるときは、その法律によって定める。] ②前項に規定する場合を除くほか、婚姻成立の要件は、各当事者につき、その本国法によって定める。」という案が中間報告段階で示され検討された。→だが、学説上の若干の賛同にも拘らず、主として日本の戸籍実務の処理の現実という点から、同案の採用は見送られた。←同案を採用した場合、婚姻挙行地法上の要件を具備していることを証明する婚姻要件具備証明書を発行する国がないので、戸籍実務上は本人の申述書に基づいて審査せざるを得なくなるが、その結果重婚や仮装婚姻が助長される虞れがあると考えられた。
- ・ 尚、通則法制定においては、現代語化がなされたが、内容については特に検討されなかった。

② 一方的要件と双方的要件

- ・ 実質的成立要件については、従来、性質決定の段階でこれを一方的(一面的)要件(又は一方的[一面的]婚姻障害)と双方的(双面的)要件(又は双方的[双面的]婚姻障害)との二つに区別すべきであるとされ、現行実務もこのような立場を採用して来た。
- ・ 一方的要件:相手方と関係なく当事者の一方にのみ関するもの。
- ・ 双方的要件:相手方との関係において婚姻の障碍となるもの。
- ・ 前者の要件については一方の当事者の本国法が適用されるが、後者の要件については当事者双方の本国法が適用され、結果として累積的適用と同様になる。

【例1】婚姻年齢→一方要件

- ・ 日本民法 731 条「男は、満 18 歳に、女は、満 16 歳にならなければ、婚姻をすることができない」
- ・ 日本人男性が A 国人女性と結婚する場合：男が 18 歳になっていればよく、女性が 16 歳に達しているか否かは問題にならない(送致範囲に入らない)。女性は、A 国法上の婚姻年齢に達していれば良い。

【例 2】 相姦婚の禁止→双方要件

- ・ A 国人と B 国人の婚姻
- ・ A 国法：姦通を理由として離婚判決を得た者は姦通の相手方と再婚出来ない。
- ・ B 国法：そのような規律なし。
- ・ B 国人が A 国人と姦通をし、それを理由に配偶者から離婚され、その後同 A 国人と再婚しようとする場合。→離婚されたのは B 国人、だが、A 国人側の本国法により再婚できない。
- ・ 一方的要件：婚姻適齢、父母や後見人等第三者の同意、婚姻意思等。
- ・ 双方的要件：近親関係、相姦関係、人種上・宗教上の理由に基づき禁止される男女関係、重婚、再婚禁止期間乃至待婚期間等。
- ・ 精神的・肉体的障碍については見解が対立。→現行実務上は一方的要件。
- ・ このような区別を抵触法上行う根拠：「準拠法の指定に関する問題であるから」、又は「あくまで国際私法の解釈問題と考えられる」と説明されるのみ(!)。
- ・ これに対し、このような区別は実質法上の解釈問題であり、抵触法上性質決定の段階で両者を区別すべきではないとする立場がある。→通則法 24 条が「婚姻」という単位法律関係を用いており「婚姻の一方的要件」、「婚姻の双方的要件」という区別をしていないという明文規定の構成という点や、性質決定の段階における両要件の区別が準拠実質法の趣旨を損う可能性を持つ点等から、前述の立場を批判。
- ・ 立法資料においては、日仏国人間の叔姪の間の婚姻の可否につき、「一方ニ於テ故障ガアレバドウシテモ婚姻ハ成立タヌ」、「相手ガ叔デアルカ姪デアルカスレバ往ケナイ」という説明がなされており、双方的要件に似た発想が見出される。→だが、一方的・双方的要件の区別が明示的になされているわけではない。
- ・ また、初期の学説においても、そのような区別は通常なされていなかった上、両要件の区別に言及するものであっても、その区別を抵触法上の局面において行っていると明確に位置付けられるものは殆ど見出されない。
- ・ その中で、両要件の区別を抵触法の局面において主張したのは久保岩太郎博士。だが、同博士は、その後、「両者の間には確然たる限界もなくまたこれを分けるまでの必要はない」ので、「正確を期すればこの区別をしない方が寧ろ正当であろう」と述べるに至る。
- ・ このように見ると、両要件を性質決定の段階で区別する立場が我が国で影響力を持ったのはそれ程以前のことでない。

- ・ そもそも、24条1項が両要件の区別を要求していない以上、単位法律関係を一つと考えるのが解釈論上は素直。それでも両要件を敢えて区別すべきだということであれば、特別の理由が必要。だが、「準拠法の指定に関する問題であるから」、又は「あくまで国際私法の解釈問題と考えられる」という前述の言明は、殆ど宣言の域を出ず根拠としての説得力に欠けている。→従って、各婚姻要件が、「特定の状況にある者が婚姻出来るか否か」という規範を意味するか、それとも「ある者が特定の状況にある相手方と婚姻出来るか否か」という規範を意味するのかは、各国実質法の趣旨目的から決定される解釈問題と考えるべき。
- ・ その際、夫々の当事者に関する準拠法の送致範囲には、明文規定だけでなく、当該明文規定に包含されている黙示の法規範も含まれる点に注意すべきである。

【例1】婚姻年齢

- ・ 日本人男性とA国人女性との結婚の場合、日本法が適用されるのは、日本人男性に関する事項のみ。
- ・ 問題となるのは、日本民法731条という明文規定から、「男性は満18歳にならないと結婚できない」という法規範の他に、「男性は満16歳に達しない女性と結婚できない」という黙示の法規範の存在が導かれ得るか否か(各実質規定の解釈に依る)。仮に導かれる場合には、婚姻年齢に関してもそのような(従来は考慮されなかった)法規範を適用すべき。このことは、A国法にも当てはまる。

【例2】相姦婚の禁止

- ・ A国人に適用される法規範は、A国人(姦通の相手方)を対象にしたもののみ。例えば、「姦通の相手方は、姦通を理由として離婚判決を得た者と結婚できない」という黙示の法規範の存在が明文規定から確認出来ればそれを適用。
- ・ B国人側は、明文規定の不存在から、「姦通を理由として離婚判決を得た者は姦通の相手方と再婚出来る」という黙示の法規範の存在が確認される。

③ 公序

- ・ 婚姻に関する各国法につき、従来公序違反が指摘されて来たもの:重婚、直系親族及び二等親間の婚姻、人種的差別に基づく婚姻禁止、宗教的理由に基づく婚姻禁止、期限附婚姻、児童婚・幼児婚、離婚者に対する絶対的な再婚の禁止。
- ・ 公序違反に当たらないもの:三親等の傍系血族間の婚姻、範囲が広い近親婚の禁止、離婚した夫の兄弟又は妻の姉妹との婚姻の禁止、禁止期間の定めのない再婚禁止。
- ・ 争いがあるもの:相姦者間の婚姻。
- ・ 裁判例:異教徒間の婚姻を無効とするエジプト法を公序違反とした事例がある。
- ・ 従来議論においては、必ずしも我が国との密接関連性の多寡が問題とされず、外国の婚姻制度自体の公序違反性が論じられて来たところに特徴がある。

- ・ 尚、我が国において公序違反となる本国法の法規により実質的成立要件を欠く場合の処理については、本国法上他の婚姻成立要件が具わる場合にはこれを有効とする立場と、本国においてその成立を否認されるべき婚姻を強いて成立せしめることには意味がないとしてこれを無効とする立場とが対立。→外国法の中で特定の法規を排除するのが公序の機能であることからすると、前者が妥当。

④ 要件を欠く場合の問題

- ・ 取消しか無効か、取消権の行使、その存続期間、取消しの遡及効、無効に判決が必要か否か。→実質的成立要件が充足されない場合の効果：その要件の欠缺が生じている当事者の本国法。
- ・ 両当事者の本国法が異なる場合において、それぞれ要件が充たされず、且つ一方では取消し、他方では無効といったようにその評価が異なる場合。→「より嚴重な効果を求める法」に依る。

(5) 方式(形式的成立要件)

① はじめに

- ・ 形式的成立要件：2項で婚姻挙行地法による方式を認めると共に、3項により、当事者の一方の本国法に依る方式も認めるという選択的連結方法が採用。←方式の面で婚姻の成立を容易にすると共に、跛行婚の発生を防止するという国際的配慮に基づく。
- ・ 但し、3項但書：日本において婚姻が挙行された場合において、当事者の一方が日本人であるときには、婚姻挙行地法である日本法によるべきものとする。←「戸籍制度の運用に配慮した規定」。
- ・ 法例制定時は、現在と異なる規定：法例13条1項但書「但其方式ハ婚姻挙行地ノ法律ニ依ル」として、婚姻挙行地のみを連結素としていた。←①方式は各国の立法者が公益上、風俗上、又は徳義上必要なものとして定めたもの、②方式が婚姻成立の証拠の確定や時期の明確化といった便宜から定められたもの、という点が根拠。
- ・ また、法例13条2項は、「前項ノ規定ハ民法741条ノ適用ヲ妨ゲズ」として、外国に在る日本人間での婚姻につき所謂領事婚を認める民法741条の適用を認めていた。←条約による領事婚が普及しつつある状況に鑑みて、今後条約により我が国においても領事婚が認められるようになることを予期して置かれた規定。
- ・ これらの規定に対しては、①絶対的挙行地主義を厳格に貫くと、特定の宗教的儀式を要求する国で異なる信仰を持つ外国人が婚姻する場合に不当な要件となり得るのであり、外交的領事的婚姻が国際的に認められている状況において、絶対的挙行地主義を貫く十分な理由が最早ないという点、また、②民法741条が日本人間の領事婚のみを対象としており、外国人の日本での領事婚や異国籍間での領事婚の許否等につき、解釈論上問題が生じていた点、さらに、③従来の戸籍先例に依れば、在外日本人が本籍地に直接婚姻届を郵送してきた場

合、婚姻挙行地は婚姻届の到達した日本であるという解釈に基づきこれを有効とするという取扱いがなされて来たが、婚姻当事者が現在していない地を婚姻挙行地と認めるのは解釈論上妥当ではないという点から批判。

- ・ そこで、平成元年の法例改正：婚姻挙行地法その他、当事者の一方の本国法に従った方式も有効とされることとなった(法例 13 条 2 項及び 3 項本文)。尚、当事者の一方の本国法の方式には領事婚が含まれるので、領事婚に関する特別規定は削除されることとなった。
- ・ これに対して追加されたのが、一方当事者が日本人である場合の日本での婚姻につき日本法に従うことを命じる 3 項但書。←日本人と外国人とが日本で婚姻を挙行し、その方式を外国人の本国法に準拠した場合には、報告的届出のなされない限り、その婚姻が日本の戸籍に登載されないことになり、日本人の身分関係を可能な限り正確に戸籍に反映すべきだという要請に反するという点、他方、日本で婚姻を挙行する以上、当事者に婚姻の届出を要求しても不当に過大な負担を強いることにはならないという点を理由に導入。
- ・ 通則法制定においては、法例 13 条 3 項但書の日本人条項の削除が検討された。←とりわけ、当事者の予期に反する結果が生じる可能性という観点を理由としたもの。→だが、意見募集の結果、「日本人の身分変動をできる限り戸籍に反映させ、戸籍制度に対する信頼性を維持する必要があること等を理由として日本人条項を維持すべきとする意見が多数であったため」、同条項は維持されることに。→結局、3 項の「本国法ニ依リタル方式」が「本国法に適合する方式」にされる等、現代化に伴う語句の修正に止まる結果に。

② 日本人条項

- ・ 日本人条項(24 条 3 項但書)については、学説上、日本人の身分関係の公証という観点からは有用という評価もないわけではないものの、日本で婚姻しようとする外国人を、その相手が日本人かどうかで差別するものであり、また、日本人が日本で婚姻する場合には、日本法以外の法によることが出来ないため、相手の本国で婚姻する場合に比較して有効な婚姻を成立させる機会が狭められるものであるとして批判が強い。また、日本人と外国人とが外国人の本国の在日大使館で領事婚を行う場合、日本人条項により無効となり、当事者にとって思わぬ落とし穴になりかねない点が指摘されている。→立法論上要再考。

(6) 効力

- ・ 通則法 25 条：ここで問題とされるのは、同居義務・貞操義務等。扶養義務→扶養義務の準拠法に関する法律。
- ・ 同一本国法→同一常居所地法→最密接関連法という段階的連結。
- ・ 同一本国の優先(本国と常居所地国とが一致しない者につき、常居所と異なる国籍を敢えて保持している点を重視したとされる)。
- ・ 同一本国法の決定：38 条 1 項が介在。→日本とドイツの重国籍者とドイツ人との間には同一本国法はない。

- ・ 常居所:一定期間以上の居住。
- ・ 最密接関連法→準拠法決定の一般原則に立ち戻るもの。具体的には、夫婦の婚姻共同生活の中心地(最後の常居所や一方が未成年の子と同居している地等の要素を重視すべきとされる)。

(7) 近時の問題—同姓婚

- ・ 問題の所在:とりわけ、近時同性カップルを保護しようとする法制が各国に登場している。→準拠法選択規則において、どのように考えるべきか。
- ・ ①内縁型(スウェーデン、ノルウェー、フランス)の他、②登録パートナーシップ型(婚姻と略同制度と位置付ける場合と、夫婦が享受する権利の一部のみ認める場合)、③婚姻型(オランダ、ベルギー)。→とりわけ、②をどのように扱うかが問題となる。
- ・ ③の場合、通則法 13 条が特に性別を問題にしていないことから、これを婚姻の問題として扱うことに特に問題はないのでは。→公序の問題は?内国牽連性の度合いに依るのでは。
- ・ ②の場合:婚姻に準じて成立と効果を区別すると、当事者の信頼を害する可能性があること、また、効力準拠法に婚姻またはそれに類似する制度が複数存在する場合に依拠すべき制度が不明確になること、を理由として、「登録パートナーシップについては、公的機関への登録により婚姻に準じた法的効果享受する結合関係(異性・同性を問わない)と性質決定し、法例 23 条[通則法 33 条]によりすべて包括的に当事者の本国法が適用されると介すべきである」という立場がある。
- ・ 各国の登録パートナーシップ制度の内容如何であるが、まずは、外国公的機関への登録により発生する効果の我が国での承認を考えるべきか(外国国家行為承認制度)。←実質的成立要件を別途判断する必要があるのか(かなり社会政策的色彩が強い)。→効果については、登録国が婚姻の場合と同視しているか否か。同視しているのであれば、婚姻の効力に関する 25 条を適用。同視せず、限定的な効力しか与えていないということであれば、当該効力を登録という外国国家行為の効果として直接認めるというのはいかがでしょうか。

【参考文献】

- ・ 中西康「比較国際私法における登録パートナーシップ—抵触法上の各種規律方法の比較分析のための予備的考察—」法学論叢 156 巻 3・4 号 293-355 頁(2005)
- ・ 林貴美「同性カップルに対する法的保護の現代的動向と国際私法」国際私法年報 6 号(2005 年)138 頁

二 離婚

(1) はじめに

- ・ 離婚原因・離婚可能性(カトリックの国では歴史的には離婚を禁止していた。裁判例上公序を発動するものが殆ど)。
- ・ 通則法 27 条:25 条の準用→同一本国法→同一常居所地法→最密接関連地法(25 条と区別

した理由?)。

- ・ 平成元年改正以前:「離婚ハ其原因タル事実ノ発生シタル時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル」←離婚の原因たる事実発生後の夫の国籍変更により、離婚が困難となり、または容易となって、妻の予期しない結果の発生を避ける趣旨。
- ・ 平成元年改正:変更主義を採用(口頭弁論終結時)。←裁判例において離婚の原因たる事実の発生後に、夫が国籍を変更し、離婚の準拠法として国籍変更前の夫の本國法を適用した事案が見当たらないこと、離婚原因発生時に当てはまる準拠法により、離婚に関する一切の問題を支配する立法は必ずしも妥当とは言えないことがその根拠とされる。→同一本國法や同一常居所地法の内容が不利だと考える当事者は帰化や移住により準拠法の変更が可能に。→「立法論的には再考の余地」。
- ・ 但書:夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人→日本法←問題となるのは最密接関連地法の場合だが、このような場合には日本法がそうなるのが殆ど。また、確認を戸籍又は住民票で機械的に行うことが出来るから。このような夫婦からの協議離婚届の戸籍窓口での処理を可能にする。

(2) 離婚と国家機関の関与

- ・ 離婚準拠法が自国における特定の登記機関への出頭といった国家機関の関与を定めている場合、どのように考えるべきか。

【裁判例】

- ・ 高松高判平成5年10月18日判タ834号215頁(中国人夫婦の日本における協議離婚の可否)

「控訴人は、控訴人と被控訴人は、ともに中国の国籍を有する者であるから、離婚に関する準拠法は中国法であるところ、本件離婚届は、中国婚姻法及び婚姻登記弁法所定の諸要件を充足していないから無効であると主張する。確かに、中国法では離婚に関し控訴人主張の法規のあることは裁判所に顕著であるけれども、中国法に定める離婚の実体的要件は『当事者が自由な意思で離婚を望んでいる』ことであり、『登記機関に出頭し離婚登記を申請する』ことは、法律行為の方式であって離婚の形式的成立要件にすぎないものと解されるから、前者については前記認定事実によって明らかなおり、被控訴人及び控訴人はともに離婚の意思を有しその合意が成立したことで充足されており、後者については、法例8条2項により、行為地たる日本の法律に則った方式である高松市長に対する子の親権者を被控訴人と定めた離婚届出によって充足されているものということが出来る。」

→登記機関での登記申請を方式の問題とする⁸。

⁸ 判旨に賛成するものとして、小山昇[判批]国際私法判例百選[別冊ジュリ185号](2007)

- ・ 大阪家審平成19年9月10日判例集未登載⁹(中国人夫婦の日本における協議離婚の可否)

「中国法によれば、①双方の自由意思により離婚ができること、②婚姻登記機関に離婚を登記すること、③婚姻登記機関は、双方が自由意思により、かつ、子及び財産問題について適切に処理したことを審査により確認した場合に離婚賞を交付することとされている…。④そして、協議離婚に際しては、双方がそろって婚姻登記機関に出頭することが必要であり、使者や郵送による協議離婚届では認められていない。また、⑤双方が婚姻時には内地居住の中国公民であったが、協議離婚時に双方が国外に居住を移している場合には、人民法院への離婚提訴が必要となるとされている。」

「②は、離婚登記をすることである。これは、協議離婚の方式といえるから、日本法による場合にも有効となる。本件において、原告と被告とは、協議離婚の届出をしているので、②の要件も満たすといえる。

③は、婚姻登記機関の実質的な審査を経て離婚証の交付がなされるというものである。これは、離婚に就いて、婚姻登記機関が協議離婚の有効性を実質的に判断するものであり、協議離婚の実質的成立要件といえるもので単に協議離婚の方式に当たるものとはいえない。したがって、中国法が適用になる。本件において、③の要件は満たしていない。

④は、双方がそろって婚姻登記機関に出頭することとしている。これは、③を支えるものとも考えられ、そうすると、③と同様に中国法が適用になる。本件においては、④の要件は満たしていない。」

「⑤は、人民法院への離婚提訴が必要な場合であり、本件はこれに該当する場合である。これは、協議離婚の方式とは考えられず、少なくとも人民法院への離婚提訴に代替するもの(例えば、日本において、離婚訴訟の提起など)が必要である。本件において、人民法院への離婚提訴に代替するものがなされた証拠は一切ない。⑤の要件は満たしていない。

以上からすると、原告と被告との本件協議離婚は、結局、要件を充足していないことになり、無効と考えざるを得ない。」

→③、④を実質の問題とする¹⁰。

- ・ その効力に着目すれば、登記が実質的成立要件の審査を妨げることにはならないので、これらは形式的成立要件と解すべきでは。

(3) 裁判離婚に関する代替可能性

- ・ さらに、議論されるべき問題として、離婚準拠法において裁判離婚しか認められていない場合

年)110頁、笠原俊宏[判批]涉外判例百選[第3版](別冊ジュリ133号・1995年)132頁。

⁹ 渡辺惺之[判批]戸籍時報630号(2008年)2頁参照。同様の事例として、大阪家判平成21年6月4日判例集未登載(渡辺惺之[判批]戸籍時報645号(2009年)31頁参照)。

¹⁰ 反対、渡辺・前掲(9)7頁。

に、我が国で調停ないし審判離婚が出来るか、という問題がある。

【裁判例】 横浜家審平成 3 年 5 月 14 日（日本に在住する米国人同士の離婚申立）

ハワイ州法によれば、離婚は、このような場合[当事者に離婚の合意が出来ている場合]も含めてすべて裁判所の裁判によることとされている。そして、我が国司法機関における人事案件の処理方式中、かかる離婚事案の処理につきその実質においても最も同州法の方式に沿うこととなるのは、家事審判法第 23 条の審判の形式である。そこで、本件の離婚については、同条を類推適用して処理するのが上記準拠法の定める離婚の方式に適うものと判断し、…同条による手続き及び処分を行う。」

→離婚に関し裁判所の裁判が必要か否かを方式の問題と捉えているようにも見える。だが、実体準拠法の判断を尊重しようとしている点で特異。

- ・ 学説においては、①当事者に離婚合意がある場合でも、離婚訴訟を提起させるべき。②調停離婚可能だが、準拠法国での我が国調停離婚の承認可能性を配慮し、日本法に依れば調停証書が確定判決と同一の効力を有する旨を付記すべき。③家事審判法 24 条により調停に代わる審判をすべき¹¹。④家事審判法 23 条により合意に代わる審判をすべき、と諸説が対立。
- ・ 離婚に関し、国家機関が決定権限のある形で関与する必要か否かという点は、実体問題である離婚の実質的成立要件の準拠法で判断すべき¹²。→実体準拠法が国家機関のそのような関与を要求している場合には¹³、当該実体準拠法の要請を実現するための手続の代替可能性が問題となる。←外国の公的機関の介入が保護しようとする利益が最も良く尊重される手続により代替すべき¹⁴。
- ・ Cf. 2004 年：韓国家族法院による熟慮期間の導入。協議離婚をしようとする夫婦は、先ず仮定法院に協議離婚意思確認申請書を提出した後、一定期間を経て（未成年子がいない場合は 1 箇月、いる場合は 3 箇月）、初めて裁判官に意思確認の陳述を行うことが出来る。→矢張り代行可能性の問題と捉えるべき。

¹¹ 上記審判につき、佐藤やよひ[判批]ジュリ 1064 号(1995 年)124 頁。

¹² 中西康[判批]桜田嘉章＝道垣内正人『国際私法判例百選[新法対応補正版]』(2007 年)112 頁、113 頁。尚、この問題を方式の問題と性質決定した場合には、国家機関が実質的判断を下す場合と下さない場合とが代替されることになり、代替可能性の点から疑問がある。

¹³ 尤も、当該外国法が特定の宗教裁判所の関与を求めているか否かは、所謂手続問題(強行的適用法規に関する問題)であり、送致範囲に含まれない。道垣内・ポイント各論 30 頁以下、中西・同上。

¹⁴ 鳥居淳子[判批]池原季雄＝早田芳郎編『涉外判例百選[第 3 版]』別冊ジュリ 133 号(1995 年)130 頁、131 頁、Pierre Callé, *L'acte public en droit international privé* (Economica, 2004), at 93.

(4) 離婚に伴う性質決定

- ・ 離婚に伴う親権者指定：子の福祉という観点から、平成元年改正後は法例 21 条〔通則法 32 条〕に依らしめるのが通説。

【裁判例】 神戸家審平成 6 年 2 月 22 日家月 47 卷 4 号 60 頁（日本に居住する中国人による日本人に対する離婚及びそれに伴う親権者指定・財産分与・慰謝料請求）

「父母離婚の場合における未成年の子に対する親権者指定の準拠法については、子の福祉を重視して判断すべきであるから、離婚の効力とは別に、親子間の法律関係の問題として、同法 21 条〔通則法 32 条〕によるのが相当と解する。」→法例 21 条〔通則法 32 条〕により日本法（同一本国法）

「離婚に伴う財産分与請求は、離婚の効果としてなされるものであるから、離婚の効力の問題として、離婚の準拠法がその準拠法になると解するのが相当である。」→16 条〔通則法 27 条〕により日本法（同一常居所地法）

「本件慰謝料請求中、離婚に至るまでの個々の行為を原因とする慰謝料請求に関しては、一般不法行為の問題として法例 11 条〔通則法 17 条〕1 項に則り不法行為地法であるわが国民法が、また、離婚そのものを原因とする慰謝料請求に関しては、その実体がいわゆる離婚給付の一端を担うものとして離婚の効力に関する法例 16 条〔通則法 27 条〕・・・わが国民法が、それぞれ準拠法になる。」

- ・ まず、請求の立て方に引きずられた性質決定は避けるべき。「離婚に伴う親権者指定」という問題設定自体に問題がある¹⁵。通常の親権者指定の場合と同様、通則法 27 条で判断すべき（子の福祉を重視するといった実質法的法政策に一言及すべきではない）。また、「離婚に伴う財産分与請求」も、通常の財産分与の場合と同様、26 条で判断すべき¹⁶。
- ・ 他方、ある当事者間の法律関係と関連した請求権については、同様の準拠法により判断されるべき。→離婚に内在する（婚姻生活の過程で生じる）法的問題は 27 条で判断。離婚に伴う慰謝料請求については、離婚に至らしめた原因行為も、離婚（乃至婚姻の効力）に含めて考慮すべきではないか¹⁷。不法行為と性質決定されるべきなのは、例えば第三者による夫婦関

¹⁵ 離婚に伴う親権者指定を行うことが裁判所に出来るか否かという点を判断するのは何処の国の法か。名古屋地判昭和 47 年 8 月 31 日判タ 288 号 335 頁は、この点を離婚準拠法に依らしめているが、裁判所の権限に関する問題であるから法廷地法で良いように思われる。同判決の控訴審判決（名古屋高判昭和 51 年 6 月 29 日判タ 344 号 233 頁）・上告審判決（最判昭和 52 年 3 月 31 日民集 31 卷 2 号 365 頁）も、いずれも親権者指定についても判断している。

¹⁶ 道垣内正人〔判批〕ジュリ 779 号（1982 年）128 頁、129 頁以下。

¹⁷ 同旨、国友明彦〔判批〕ジュリ 1093 号（1996 年）136 頁、138 頁。反対、折茂豊・各論 309 頁以下、注 4（「被請求者がその離婚原因とせられた或る行為—例えば暴行—によって相手方に与えた特定の損害—例えば身体障害—につき賠償義務を負うべきか否か」という問題と「被請求者がそうした原因にもとづいて生じた離婚自身—離婚したことそのこと—によって相手方に与えた損

係の侵害といった場合。

【参考文献】

- ・ 渡邊惺之「米国人夫婦につき離婚の合意に相当する審判をした事例」民商法雑誌 107 卷 2 号(1992 年)111 頁

害につき賠償義務を負うべきか否か」という問題とを区別し、前者は「国際私法上、不法行為として捉えられうるもの」とする)。