

共通本国法の概念について

澤木敬郎

一 法制審議会国際私法部会は、昭和三三年以来、婚姻および親子に関する法例の規定の改正問題を検討してきた。⁽¹⁾ この作業は、ハーグ条約の批准などによつて、かなり長期間中断したこともあったが、「法例の一部を改正する法律案要綱」として、とりまとめられ、このたび平成元年度国会に、「法例の一部を改正する法律案」として上呈されるに至つた。このような法例改正をすることの意義、必要性については、国際私法学の発展によつて提起されてきた理論的問題点から、わが国の国際化という社会関係の変化に至るまで、多くの視点から説明することができよう。右法律案の提案理由説明は、その趣旨として、五つの要点をあげて説明をしている。⁽²⁾

その第一にあげられているのは、「婚姻の効力、夫婦財産制及び離婚につきましては、現行法では夫の本国法を準拠法としておりますが、これを改め、夫婦に共通の本国法又は常居所地法等、夫婦に共通する法律を段階的に準拠法として定めることとし、準拠法の指定を両性平等の精神に一層即したものにすること」という点である。わずかに一件ではあるが、法例一四条の規定を憲法一四条に違反するとした下級審判例があり、⁽³⁾ 学説上も、これらの規定の合憲性に対しては疑問を提起するものが少なくない以上、⁽⁴⁾ 改正の必要性については、多言を要しないであろう。

そして、属人法の決定基準として、本国法主義と住所地法主義のいずれを採用するかという問題はあるにせよ、両性平等の精神に即したものととして婚姻関係の準拠法を決定すべきものとするならば、その連結点は夫婦に共通なものとなさなければならないことは、自明の理といってよいであろう。このようにして、昭和六一年八月に公表された「法例改正についての中間報告」⁽⁵⁾では、「婚姻の効力は、夫婦の共通本国法による」という案が示されていたのである。しかるに、この共通本国法という語は最終的には採用されず、法律案一四条は、「婚姻ノ効力ハ夫婦ノ本国法ガ同一ナルトキハ其法律ニ依」という文言とされている。

他方、提案理由説明の要点第三は、「親子間の法律関係につきましては、現行法では父の本国法を準拠法としておりますが、これを改め、子の本国法又は常居所地法を準拠法とし、……（中略）……準拠法の指定を子の福祉の理念に一層かなうものにする」という点をあげているが、この子の本国法と常居所地法の適用関係について、法律案二一条は、「親子間ノ法律関係ハ子ノ本国法ガ父又ハ母ノ本国法若シ父母ノ一方アラザルトキハ他ノ一方ノ本国法ト同一ナル場合ニ於テハ子ノ本国法ニ依リ其他ノ場合ニ於テハ子ノ常居所地法ニ依ル」として、ここでも、本国法の同一という文言が用いられているのである。

夫婦あるいは親子が同じ国の国籍を有している場合に、その国の法律を示す言葉として、「共通本国法」という文言は、平易かつ自然であつて、その使用を避けなければならないような理由はないようにも思われる。また、わが国の実定法においても、ハーグ条約における *common national law, loi nationale commune* という語の翻訳としてではあるが、扶養義務の準拠法に関する法律の二条および三条では、この共通本国法という文言を使用しているのである。それなのに、何故この文言を使用せず本国法の同一という表現を採用しているのであるのか。

扶養義務の準拠法に関する法律の規定する共通本国法の概念については、これまでこの点に触れた裁判例はみられないし、これに論及している研究もなされていないようである。しかし、ハーグ国際私法会議で、扶養義務の準

扱法に関する条約が審議された際には、共通本国法の概念をめぐる問題点が、いろいろな角度から論じられている。そこで、さきの疑問に対する検討の方法として、このハーグ会議における討議の中から、共通本国法という概念に関する問題点を見出し、それを利用することとした。恐らくそれによって、扶養義務の準扱法に関する法律で用いられている共通本国法という文言に対する解釈論の基本的方向性を明らかにすることができるであろうし、さらには、本国法の同一という表現を使用することの必要性や問題点の発見への示唆がえられるであろうと考えるからである。

なお両性平等の原則との関係で、世界各国の国際私法は、一九六〇年代後半以後の法改正の機会に、婚姻関係の準扱法を夫婦の共通本国法とする立法主義を採用してきている。⁽⁶⁾当然それらの国においても、共通本国法の問題が問題となりうる筈であるが、実効的国籍論との関係での西ドイツにおける論議を除いては、体系書においてこの問題を詳論しているものに接しえなかつた。これについては、今後の調査課題としておきたい。

二 それでは、この共通本国法の決定という問題は、具体的にどのような場面で困難な問題を有するのであるか。⁽⁷⁾

まず当事者の一方または双方が重国籍者である場合が問題となりうる。共通本国法という文言は、二当事者がともに国籍を有する国の法律という意味に理解することが、文理上最も自然な解釈であるといつてよいであろう。そしてこの理解は、当事者の一方または双方が、共通の国籍の他に、さらに別の国籍を有している場合であっても、そのまま妥当するという考え方が成り立ちえないわけではない。事実ハーグ扶養条約の説明として、そのような解釈がなされている。⁽⁸⁾しかし、国際社会の中には、婚姻によって妻は夫の国籍を取得するという内容の国籍法を有する国がなお存在しているので、右のような解釈は、実質的に夫の本国法の適用の機会を増やすことになり、結果的に両性平等の原則に反するのではないかという問題がある。

さらに、国際私法の根本理念として、渉外的法律関係について最も密接な関係に立つ法律を選択適用するという目標が存在しているのであるが、右のような処理が、はたしてこの理念に照らして、常に妥当といえるかという問題がある。これは、属人法について本国法主義をとる場合、密接な関係に立つ法を選択指定するという機能を果たしえない連結点としての形式的国籍を、国際私法上の連結点としては否定するという実効的国籍論に通じる問題である。⁽⁹⁾

右の二つの問題は、例えば、男性中心の夫婦国籍同一主義をとる国の男性が来日し、日本で日本女性と婚姻し、その婚姻生活も、もっぱら日本で行われ、夫の本国とはまったく関係がないというような場合、その婚姻関係の準拠法として共通本国法が妥当であるかというような場面では、同一の問題となる。⁽¹⁰⁾しかし、論理的にはこの両者を区別して論じていくことが必要であろう。

当事者双方がともに重国籍であり、しかも共通本国が複数存在することになる場合には、問題は一層複雑となるようにも思われる。しかしそれは個人について重国籍者の本国法の決定がなされているのであるから、類似の解決準則を考えることができないわけではないであろう。

また、以上の問題とは、局面を異にする問題ではあるが、重国籍者の本国法決定における内国国籍の優先という問題がある。すなわち、法例二七条一項但書は、重国籍者の本国法の決定について、内国国籍の優先を定めており、これは法律案二八条一項においても維持されているのであるが、共通本国法の決定にあたっても、内国国籍を優先すべきかも問題となりうるのである。

第二に当事者の一方が無国籍者の場合、共通本国法というものが問題となりうるのかという問題がある。この問題は、法例二七条二項が、無国籍者について、「其住所地法ヲ以テ本国法ト看做ス」と規定していることから生じる、特殊日本の問題である。すなわち、この規定の適用により、無国籍者についても本国法が存在することにな

るからである。しかし、法律案二八条二項は、「当事者が国籍ヲ有セザルトキハ其常居所地法ニ依ル」という文言を使用しており、これにより、この問題は完全に回避されることになる。

第三に、当事者がそれぞれ単一の国籍しか有しない場合がある。この場合には、その単一国籍の認定、あるいは重国籍でないことの認定など、事実上その調査に関する問題こそあるが、その点を別とすれば、共通本国法の決定には、なんら問題がないように思われる。しかし、不統一法国の国籍を有する当事者の本国法の決定が問題となりうるのである。例えば当事者がともにアメリカ国籍を有していても、一方がニューヨーク州民であり、他方がカリフォルニア州民である場合、そこには、そもそも共通本国法が存在するのか、また存在するとした場合、それはいかなる州法なのかをどのようにして決定するかが問題となるのである。この問題は、地域的な不統一法国のみでなく、人的な不統一法国についても、類似した形で発生するのである。

以上にみたような共通本国法という概念の決定をめぐる問題のすべてがハーグ国際私法会議で完全に論じられたというわけではない。しかし、重国籍の問題と不統一法国の問題は、一応討議がなされているので、この二点について、以下順次検討を加えることとする。

二(11)

一 ハーグ扶養条約草案三条は、扶養義務の準拠法を扶養権利者の常居所地法とすることを原則として規定していたが、「各当事者が一個の国籍のみを有するとき」には、常居所地法にかえて、共通本国法が適用されるべきことを主張する権利を、扶養権利者に認めていた。すなわち、ここでは、共通本国法の適用を主張するためには、重国籍でないことという要件が付けられていたのである。しかし、特別委員会報告書⁽¹²⁾によれば、この要件は確定的に採用されたものではなく、一二会期での討議に委ねられることとされていた。そして、会議においては、この要件

を削除すべきだとする意見が主張され、共通本国法という文言にこのような要件を付加しない修正案が、スペイン、フランス、スイスの共同提案⁽¹⁴⁾として提出されるなどの経緯を経て、この限定的要件は採用されないこととなったのである。

他方、草案七条は、共通本国法の適用に関し留保を認めているのであるが、この問題に関連して特別委員会報告書は、重国籍者の共通本国法の決定については、なにも規定されていないが、この問題が起こった場合には、各国の国籍抵触に関する国内法の適用によって処理されなければならないであろうと述べている。⁽¹⁵⁾しかし、この点については、会議での討論が深められた様子はない。議長による討論の整理の中で、国籍の問題は条約の対象外であり、それは各国の裁判官によって決定されるべきものであるという発言⁽¹⁶⁾がみられるにすぎない。

一二会期における審議では、扶養権利者が準拠法を選択しうるとする草案が否定されるという大改訂⁽¹⁷⁾が行われたのであるが、重国籍者の共通本国法の決定という問題については、特別な解決はなされなかつたのである。

二 ハーグ扶養条約において、扶養義務の準拠法を決定する補充的連結点として、共通本国を採り入れたとき、そこでは同一家族メンバー間の連帯という理念的根拠が考えられていた。⁽¹⁸⁾まして婚姻関係の準拠法を考える場合には、夫婦双方が密接に関係を有する法が選択されるべきだとする要請は更に強いものとなるであろう。そして、属人法につき本国法を中心とする立場からすれば、共通本国法の適用は、そこでは当然のこととなるろう。以下では、西ドイツにおける夫婦の共通本国法の決定に関する問題の展開を概観してみたい。⁽¹⁹⁾

西ドイツ国際私法一四条は、婚姻の一般的効力を配偶者双方が国籍を有しているか、又は婚姻中、最後に国籍を有していた国の法に従うものと規定しており、この共通本国法の適用は、夫婦財産制(一五条)、離婚(一七条)、嫡出親子関係の成立(一九条)、準正(二一条)、養子(二二条)においても認められている。これらの規定は、一八八六年の改正により新設されたものであるが、夫の本国法を準拠法とする旧規定が、両性平等の原則に反するとし

て、その効力を否定する判例が成立してきたため、共通本国法の観念は、はやくから判例法上問題とされてきた。

一九七〇年代に至るまで、婚姻によって重国籍となった妻については、夫との共通国籍が連結点とされるべきだとする考え方が多数説によって支持されていた。そして一九七七年に至るまで、バイエルン裁判所は、繰り返し、婚姻によって法律上当然に夫の国籍を取得した妻については、その共通国籍が夫の本国とはなんら実質的な関係を有することなく作り出されるものであっても、その共通国籍が連結点として認められると判示してきた。これらの事件において、重国籍者は、ドイツ国籍を有する女性であったので、重国籍者について本国法を決定する場合の内国籍優先主義との関係も問題となりえたのであるが、裁判所は、それにも拘わらず共通本国法を適用することが、家族の統一の理念によりよく奉仕することになると考えたのである。この判例の流れを受けたカールスルーエ裁判所は、一九八三年に、国籍の共通性という事実は、婚姻共同体の本質にとって、連結上重要な意味があると判示した。

しかし、婚姻による国籍変動においては、通常は妻が夫の国籍を取得するものとされている。従ってもし重国籍者である妻の本国法をそのまま共通本国法に結びつけるとするならば、それは夫の優越をもたらしことになる。そこで両性平等の原則との関係が問題となるが、憲法裁判所は、このよう連結が平等則の理念に隣接するものであるということによっては、なお基本法三条二項の違反とはならないと判示した。

右のような判例の流れは以下のように要約することができよう。すなわち、もし属人法の決定基準として国籍を第一順位とすることを認めるならば、婚姻関係の準拠法は、まず共通本国法に求められるべきであり、それこそが婚姻共同体の法として最も適切であり、男性中心の夫婦国籍同一主義をとる国がなお残存しているとしても、共通本国法の適用は両性平等の原則に反するものではない、ということである。

しかし、夫婦国籍同一主義をとる国、例えばトーゴの男性がドイツに来て、ドイツ人女性と婚姻し、ドイツで生

活を続け、そのドイツ人妻がトーゴとなんら関係を有しない場合であっても、その妻はトーゴ国籍を有することとされ、その離婚訴訟においては、共通本国法としてトーゴ法が適用されるという例を考えてみると、両性平等原則違反の点はさておくとしても、最も密接な関係に立つ法の選択適用という国際私法の理念からみて、疑問を持たざるをえないことになる。このようにして実効性の原則が論じられるようになってきたのである。

三 右にみたような初期のドイツ判例においては、実効的国籍原則は問題とはされていなかった。しかしはやくも一九七六年には、連邦地方裁判所は、夫婦の共通国籍の外見上の一致は、一方が重国籍者の場合には、共通の属性人法上の連結点としては十分ではないと判示するに至った。そしてこのドイツ国籍を有する重国籍者について実効性原則を適用する判決以来、夫婦の共通国籍の決定にあたっての連結点としては、実効的国籍のみが用いられうる点とする点で、見解の一致がみられるとされている。

わが国の国際私法学説においては、いまだこの実効的国籍論は、広い支持をえていないようである。従って、共通本国法の概念を決定するにあたって、このドイツの判例学説の動向を直ちに参考にすることはできないであろう。しかし、共通本国という連結点が考えられたのが、婚姻共同体と最も密接な関係に立つ法を選択するという目的からであったことからすれば、婚姻生活が現実に行われている共通常居所地法の適用に優位するだけの密接関連性の実質が、共通本国との間に存するべきだとすることに十分の理由が認められよう。

なおハーグ扶養条約の審議過程においても、実効的国籍原則を採用する国は、共通本国の決定においても、実効的国籍を基準とするのか⁽²⁰⁾という発言がなされているが、記録上はそれ以上の議論の展開はなされていない。

三

一 ハーグ扶養条約の準備段階においては、その条約草案においても、特別委員会報告書においても、不統一法 41

国の国民相互の間での共通本国法の決定という問題は明確には提示されておらず、草案中に、他のハーグ条約にもみられる不統一法国条項が含まれているだけであつた。そして、この問題は、一九七二年一〇月に、ハーグ扶養判決承認条約の審議過程において、アメリカ代表から提起されることとなつた。このアメリカ提案⁽²¹⁾は、次のような規定を設けるべきであるというものである。すなわち、「扶養義務につき、異なる人的カテゴリーに適用される二以上の法体系を有する締約国に関しては、その国の法の指定はその特定の人的カテゴリーに適用さるべきものとして、その国の法によつて特定される法体系への指定と解釈されるものとする」という規定である。しかし、記録上、この点についてどのような議論が展開されたのかは明らかではない。そして、この問題は、一九七三年三月の一二会期における審議の中で、三回にわたつて討議の対象とされたのであつた。

この問題は、不統一法国法の指定に関する草案一五条の審議過程において、アメリカ代表から提起された⁽²²⁾。まず規定の文言上は、一五条の末尾に、「二人の者が本条の下で同一国の国民である場合、これらの者は、当該国において同一の法体系がその両者に適用される場合、または、それら個々の法体系が、扶養義務に関して主要な点で同一であるときは、共通本国法を有するものとみなす」という一文を追加するというものであり、その提案理由としては、同一国籍を有し、かつ両当事者がその国内の同一の法によつて規律されるときは、共通本国法が存在するべきである。すなわち、両当事者がともにアメリカ国籍を有し、一人がマサチューセッツ州に、他の一人がニューヨーク州に属するという場合がありうるが、事案との関連で両州の法が実質的に同一であることが証明されうる。そのような場合には、この二人は共通本国法を有するとすることが合理的である、という説明がなされたのである。

この提案には、論理的には区別すべき二つの問題が含まれていた。第一は、不統一法国に属する者の本国法の決定という問題の延長上の問題として、二人がともに不統一法国の国民である場合、その共通本国法の有無の判断の

問題であり、第二は、不統一法国においても、事項によって統一法が成立しているか、または類似の法準則が行われている法分野ないし法律問題が存在していることがあるので、そのような場合、これを不統一法国として扱おうかという問題である。

まず第一の問題からみていこう。アメリカ代表の提案の背後にある考え方の一つは、不統一法国であることによつて、共通本国法の適用利益を受けられないのは、不統一法国の国民にとつて不公平であるというものであつた。⁽²³⁾ しかし問題はどのようにして、共通本国法を決定するかであつた。討議の過程で、アメリカ代表の提案理由説明にあつた設例で、両当事者がスイスとフランスに居住している場合が問題となり、その場合にも共通本国法が存在しうると主張された。そこで、本国法を決定する場合に最後のドミサイルと本源住所の優劣、さらには、反致の適用の場合の問題など、不統一法国について本国法を問題とする意味について、種々の発言⁽²⁴⁾がなされた。

さらにユーゴ代表は、ユーゴには明確な準国際私法が存在するので、間接指定により、不統一法国内のいずれかの法を本国法と決定しうることが指摘され、アメリカのようにこのような準国際私法ルールが存在しない場合、密接関連法によることになるのか、それは当事者双方について決定されるべきものなのか、密接関連法が二つ以上あつた場合にはどうするのか、当事者が不統一法国の外に居住する場合と、国内にいる場合とで区別すべきでないかなどの問題についても種々の発言⁽²⁵⁾がなされた。しかし議事録からみる限り、これらの問題について明快な決定がなされたものとは考えられない。

二 次に不統一法国の意義の問題に移ろう。さきのアメリカ代表の提案の後、議長は、その提案は、連邦条項の問題ではないと指摘している。⁽²⁶⁾ また事務局長からも、外国の裁判所が、法体系の類似を判定しうるのか、という発言⁽²⁷⁾がなされている。これらの指摘は、体制上は不統一法国であっても、その国内に、ある法律問題については判例などにより、実質上殆ど類似の法原則が成立している場合、あるいは、全国家をカバーするものではなくとも、

一部の異法地域間に統一法が成立している場合、そのような法律問題については、その国を不統一法国として扱わないこともありうるのかという問題に通じるものであった。

このような指摘を受け、アメリカ提案は、撤回され、再提案されることになった。しかし、不統一法国の定義という形で議論は展開されず、もっぱら、不統一法国の場合に、いかなる者が共通本国を持つことになるかを定める方法が討議されていた。

アメリカ代表は、草案一四条の末尾に、「このように指定された法が、その国の国民であつて同一のカテゴリーにある二以上の者に適用されるときは、この法は共通本国法とみなす」という一文を追加するという再提案⁽²⁸⁾をしたが、これに対して事務局長は、「同一国籍を有する二者は、それらの者が同一カテゴリーに属するときのみ、共通国籍を有するものとみなす」とする代替案⁽²⁹⁾を提示した。しかし、これらの案はいずれも採用されることはならなかった。結局、部分的不統一法国の国民についても統一法の存在している法律問題については、その国を不統一国として扱わず、その統一法を共通本国法とすることにするのかという問題も、漠然とは提出されたものの、なら解決は与えられなかったのである。

三 不統一法国法の指定と共通本国法の決定との関連の中で、事務局長は、人的不統一法国と地域的不統一法国とでは、共通本国法の観念が異なりうるのか、という極めて重要と考えられる発言⁽³⁰⁾をしている。しかし、この論点もまた、記録上は、なら討議の対象とはされなかったようである。

四⁽³¹⁾

一 共通本国国という新しい連結点が登場したことに関連して、ハーグ扶養条約の審議過程およびドイツの判例学説で論じられてきたところは以上の通りである。そして、そこでは、共通本国法という概念をめぐって、種々の問

題点が提示されてきてはいるが、それに対して十分な解決が与えられたとは言えないものであった。しかし、以下においては、これらの問題点を念頭におきつつ、本国法の同一という表現を採用することによって、これらの問題点が、どのように解決されたことになるのか、また、どのような点について問題が未解決のまま残され、または解釈論上の疑義が残っているのかについて、検討を加えることとする。

二 重国籍者をめぐる共通本国法の決定については、各当事者につき、本国法を単一のものとして決定し、その上で共通本国法の有無を判断するという方法、換言すれば、国籍抵触の解決の一般原則をまず適用するという方法を採用すれば、少なくとも、そこでは共通本国法の決定についての一つの困難な問題は回避されることになる。法律案の規定は、読み易いものとはいえないかも知れないが、本国法の決定に関する二八条一項の規定と結合して、本国法の同一なるときという表現を理解するとすれば、このような方法でこの問題を解決したものと認めることができる。そしてこの解決方法はハーグ扶養条約の審議過程でも提案されていたものであった。しかし属人法の適用対象とされるような事項について、共通本国法を適用するとする場合、はたしてこのような方法をとることが、最も密接な関係に立つ法を選択指定するという国際私法の理念に照らして、まったく問題がないのか、またそれとの関係で、解釈論上の疑義はないのかは問題とされえよう。

まず両当事者が、ともに重国籍である場合には、右のような方法をとらないと、共通本国が複雑存在する可能性がでてくる。その場合には、二つの共通本国法のうちどちらが、当該問題により密接な関係があるかを判断する抵触法上の基準を工夫しなければならぬことになる。しかし他方で、国籍抵触の解決に関する一般原則を先決的に適用すると、当事者の一人が日本国籍を有するときには、内国国籍優先条項により、外国法を共通本国法と認めることができなくなってしまう。そこで前者のような困難をあえて承知した上で、共通本国の複数存在を認めるということも考えられないことはないであろう。

扶養義務の準拠法については扶養権利者の救済を拡げる機能（二条一項）と、それを制限する機能（三条一項）とを、共通本国法があわせ持っているため、連結政策の観点からもこのどちらの考え方が妥当かは決し難いところである。しかし、これらの規定にいう共通本国法概念を、このような場合に、本国法の同一と同じ意味のものとして解することもできないことはないであろう。

次に一方当事者のみが二重国籍者の場合であるが、ここでは、右のような共通本国法の複数存在というような事態は生じない。そこで、共通本国法が属人法として妥当なものであれば、この共通本国法をそのまま適用するとうことが考えられないわけではない。しかし、西ドイツにおける両性平等に関する問題提起や、とくに実効的国籍論において論じられてきたのは、まさにこのような場合に、共通本国法の適用が不適切な場合があることに由来するものであったことが想起されるべきである。

まず第一に、日本人女性が外国に居住し、そこで当該国民である男性と婚姻し、そこで婚姻生活をしていたような場合、たとえ現在別居しているとしても、夫の本国国籍法により日本人妻に夫の本国の国籍が付与され、共通本国法が存在するときは、実効的国籍論の観点からすれば、それを準拠法として適用することには問題がない筈である。そこで国籍抵触の一般原則を適用し、常に内国国籍を優先するという必要はないというべきであろう。これに對して、日本において、外国人男性と婚姻し、日本で婚姻生活を送っている日本人妻について、夫の本国の国籍法により、その国の国籍が付与され、その結果、夫の本国の法律が共通本国法として適用されることの不適切さが指摘されている。この場合には、内国国籍優先条項の適用は妥当な結果をもたらさうともいえる。しかし、妻が日本に居住する韓国人女性である場合には、内国国籍優先条項を含む国籍抵触の一般原則の適用では問題は解決しないのである。

このように考えてくると、実効的国籍論によって提起されている問題は、本国法の同一という表現を採用したこ

とによつては、解決されていないことが明らかであろう。

扶養義務の準拠法においても、共通本国法という概念の背後には、扶養権利者と扶養義務者との間に存する同一家族団体に属する者相互の共同性という理念的根拠が存在していたのであり、そうだとすれば、そこで実効的国籍論による問題提起を無視してよいということには、当然にはならないであろう。そのように考えれば、前述した所とは反対に、国籍牴触の一般原則を先決的に適用するのではなく、形式的に共通国籍が存在するときには、常に共通本国法の存在を認め、その上で実効的国籍論によつてその適用を制限していくということがむしろ考えられなければならないであろう。

以上を要するに、共通本国法という表現を本国法の同一という表現に改めることによつて、一部の解釈論上の疑義は解決されるものの、西ドイツで問題とされているような、共通本国の決定にあつたの内国国籍優先条項の不适用という解釈の可能性が全く否定されたものともいえないであろうし、より一般的には、共通本国法の決定にあつて実効的国籍論をなんらかの形で反映させることができるような解釈論は可能なのかという問題は、今後に残されていると考えておきたい。

二 不統一法国法の指定に関する法律案二八条三項は、間接指定主義を明示的に規定したことなど、文言上は、現行法例二七条三項の規定と大幅に異なっているが、実質的に従来の通説の解釈を改めたものではない。そこで従来の理論を基礎として、共通本国法へのその適用を検討して差支えないものとする。

まず、不統一法国ではあるが、部分的に統一法または共通の法原則の存在している場合の処理が問題とされていた。この点については、これまでわが国では論じられていなかったといつてよいであろう。それは、共通本国法の適用ということがそもそも問題とされなかったのだから当然である。その意味では、この問題は扶養義務の準拠法に関する法律が共通本国法という概念を採用したことによつて初めて発生した問題なのである。そしてこの問題

は、共通本国法にかえて、本国法の同一という表現を採用することによっては、なんらその内容が変わるようなものではない。なぜなら、この問題は、本国法の決定に関する問題ではなく、部分的に統一法の成立している不統一法国に属する者の本国法決定について、そのような統一法の成立している分野の法の適用が問題となる場合には、現行法例二七条三項による本国法の決定という過程を経ることなく、直接その統一法を本国法として適用することができるかという、「地方ニ依リ法律ヲ異ニスル国」という文言の解釈問題だからである。ハーグ扶養条約の審議過程においては、結局この問題は殆ど論じられなかったが、そのような国が不統一法国であることを当然の前提として、共通本国法の決定方法について討議を行ってきた。そのような前提を承認するとすれば、部分的統一法を有する国であっても、不統一法国として扱うべきだということになる。国際私法上の指定を全実質法秩序の指定と解する以上、疑問を留めつつも、そのように解しておきたい。

そうすると次に、そのような不統一法国に属する者相互間の共通本国法の決定が問題となる。もし国籍抵触解決の一般原則をまず適用して、各人につきその本国法を決定するという方法を採用するならば、それが一致しない限り、共通本国法が存在しないことになる。とくに本国法の同一という表現をとっている法律案からすれば、その二八条三項によって密接関係法が適用される場合であっても、夫婦にとつての密接関係法の探究ということは成立しえず、常に、各人につき密接関係法を探究すべきだということになる。しかし、属人法の決定基準として共通本国という連結点を認めている場合に、二当事者が同一国籍を有し、かつ、不統一法国内の異なる法体系には服するが、その二法体系の法内容が実質的に異なっていない場合に、これを共通本国法と認めないことは、属人法適用の趣旨に反するように思われる。しかしハーグ扶養条約の審議の際に指摘があったように、とくに判例原則のような場合、外国の裁判官が、法の同一性、すなわち共通本国法の存在を認定することは極めて困難であることは事実であらう。

本国法の同一という表現は、このような部分的統一法ないし共通の法原則を共通本国法として適用する可能性を、排除したものと一応は考えられる。しかし、もしそのような解決が妥当でないとする場合、解釈論の余地は残されていると考えるべきであろうか。扶養義務の準拠法に関する法律における共通本国法の概念については、一応は、そのような統一法ないし共通の法原則を共通本国法と認める解釈論を完全には排除するものでないとも考えられる。しかし、ハーグ扶養条約の審議過程において、結局種々の難点が指摘され、アメリカ提案が採択されなかったという事情を考えると、条約の解釈として、右の統一法ないし共通の法原則の適用という解決方法には無理があるように思われる。

最後に人的不統一法国の場合が問題となる。例えば、キリスト教徒とヒンズー教徒のインド国籍を有する夫婦について、共通本国法が問題となる場合である。インドには、キリスト教徒と、ヒンズー教徒には、それぞれ異なる婚姻法が存在しているので、法律案三一条により、異なる法律が本国法とされ、共通本国法は存在しないことになり、地域的不統一法国の国民について、所属する州が異なる場合と同一の結果になるようにも考えられる。しかしインドには、異教徒間の婚姻の規律に関する特別婚姻法という法律があり、もし、この夫婦の婚姻がこの特別婚姻法に服すべきものとされている場合には、この特別婚姻法を共通本国法とすることも考えられないわけではない。

右にみたような人的不統一法国の場合と地域的不統一法国の場合との相違は、部分的に成立している統一法の適用を根拠づける適用規範が、共通国籍を有する国の法秩序の中に存在するか否かの点である。地域的不統一法国について、このような部分的統一法の優先適用を命ずるような適用規範、例えば連邦憲法中にそのような規定があれば、同様に部分的統一法が適用されうることは当然である。したがって人的不統一法国であるから特別に共通本国法の決定が問題となるというわけではなく、不統一法国内部に、統一法の適用を定める適用規範が存在するか否かによって処理の仕方が変わることになるのである。

右のような理解は共通本国法という表現の場合には問題がないが、本国法の同一という表現の場合、あくまでも、各人について本国法を決定するという論理を形式的に貫くと、右のような解決がえられにくくなるようにも思われる。しかし、右のインドのような場合には、その国の規則に従って、各人につき特別婚姻法が本国法として指定され、その結果特別婚姻法が共通本国法となると説明すれば、解釈論上の問題は存しないのである。ただ、人的不統一法国について、そのような当該国の内部規則である適用規範を確認するについては、外国法調査の上での困難が存在することになる。

- (1) その経緯の簡潔な説明としては、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」ジュリスト九〇四号九二頁。
- (2) 法例の一部を改正する法律案提案理由説明一頁。法務省・法例の一部を改正する法律案関係資料所収。
- (3) 静岡家裁熱海出張審昭和四九年五月二十九日、家裁月報二七巻五号一五五頁。
- (4) 溜池良夫、「国際私法と両性平等」民商法雑誌三七巻二二三頁。鳥居淳子「わが国の涉外離婚事件と両性平等(一)(二)」国際法外交雑誌七五巻一頁、四号五七頁。
- (5) その内容については、法務省民事局参事官室「法例改正についての中間報告」ジュリスト八六七号一二七頁。
- (6) そのような例として、ポーランド(一九六六年)一七条、ブルガリア(一九六八年)九四条、東ドイツ(一九七五年)一八条、ポルトガル(一九七七年)五二条、スペイン(一九七四年)九条、オーストラリア(一九七八年)一八条、ハンガリー(一九七九年)三九条、トルコ(一九八二年)一二条、ユーゴ(一九八三年)三六条、西ドイツ(一九八六年)一四條、ギリシャ(一九八三年)一四條などがある。
- (7) 問題点の簡潔な整理分析をしたものとして「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」戸籍五三二号一頁。
- (8) François Herzfelder, *Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel* p. 30
- (9) この点につき、明快な提言をされているものとして、松岡博。「法例改正に関する中間報告」に対する意見」。民事月報四二巻六号一三二頁。
- (10) この点を問題とするものとして、国際結婚を考える会「法例改正に関する中間報告」に対する意見」。民事月報四二巻六号一二九頁。
- (11) 以下、ハーグ扶養条約に関する審議については *Conference de la Haye de droit international privé, Documents de la douzième session, Tome IV (1975)*, 以下 *Actes* として引用する。
- (12) *Actes*, p. 118.
- (13) *Actes*, p. 300.
- (14) *Actes*, p. 223.

- (15) Actes, p. 123.
- (16) Actes, p. 300.
- (17) 上の詞の経緯はこうだが, Actes, p. 441.
- (18) Actes, p. 31.
- (19) 上の詞の経緯はこうだが, Heinz-Peter Mansel, Personalstatut, Staatangehörigkeit und Effectivität, s. 226ff. を参照した。
- (20) Actes, p. 299.
- (21) Actes, p. 230.
- (22) Actes, p. 334.
- (23) Actes, p. 362.
- (24) Actes, p. 335.
- (25) Actes, p. 361.
- (26) Actes, p. 334.
- (27) Actes, p. 335.
- (28) Actes, p. 361.
- (29) Actes, p. 361.
- (30) Actes, p. 361.
- (31) 以下の私見をまとめるにあたっては、法制審議会における審議から多くの教示を受けている。記して、感謝の意を表する。