

# わが国際私法の総則について

——若干の比較立法的考察——

笠原 俊宏

## 目次

- 1 緒言
- 2 実定法化された総則
  - (1) 法律関係の性質決定
  - (2) 法律の回避
  - (3) 未承認国家法の指定
  - (4) 外国法の調査
  - (5) 外国法の解釈
- 3 不明な総則
  - (1) 外国法の内容の不明
  - (2) 外国法規の欠缺
  - (3) 先決問題の準拠法
  - (4) 適応問題
  - (5) 強行法規の適用の留保
  - (6) 一般例外条項
- 4 結語

## 1 緒言

わが国際私法の現在の主たる法源は、平成18年6月21日に公布された「法の適用に関する通則法」（平成18年法律第78号。以下、「通則法」とする）であり、同法は平成19年1月1日から施行されている。通則法は、明治31年7月16日に施行された法例（明治31年法律第10号、明治31年6月21日公布）を改正したものである。法例の改正は、それ以前においても、昭和17年、昭和22年、昭和39年、昭和61年、平成元年、平成11年に実施されている。これらの改正の中、前4回の改正はいずれも部分的な改正に過ぎないものであったが（以下、「旧

法例」とする)、それらの改正に対して、平成元年においては、両性平等の見地から、主として婚姻及び親子に関する諸規定が大きく改正され、全文30箇条から34箇条に増補された(以下、「改正法例」とする)<sup>1)</sup>。また、平成18年の改正においては、法律の名称が変更されると共に、弱者保護の見地から、主として財産法関係の諸規定の充実が図られ、全文43箇条へと補充されている<sup>2)</sup>。さらに、ハーグ国際私法条約の批准の結果、法例の特別法として国内立法化された「遺言の方式の準拠法に関する法律」(昭和39年法律第100号)及び「扶養義務の準拠法に関する法律」(昭和61年法律第84号)等がわが国際私法の主要な法源を成している。

以上のように、わが国際私法は、改正ないし新たな立法化により、その内容が充実され、明文規定による規則の明確化に向けて整備されており、相続のような重要な分野の諸規定の改正が残されているせよ、その改正の大部分は各論規定に集中していることが看取される。それに対して、総則規定は、漸く、改正法例において、重国籍者及び無国籍者の本国法の決定(改正法例第28条第1項及び第2項)、住所地法の決定(同第29条第1条及び第2項)、常居所地法の決定(同第30条第1項及び第2項)、人的不統一法国法の指定(同第31条第1項及び第2項)、反致の制限(同第32条但書)、公序(同第33条)等の事項について、従前の規定の改正ないし新たな規定の新設が実施されたに過ぎない。このように、わが国際私法に対するこれまでの改正は各論規定の整備に重点が置かれたものであり、総則規定について見る限り、制定当時の法例と比べても、決して飛躍的な充実が図られているとは言えないであろう。現在、規律の範囲が限定されている前記「遺言の方式の準拠法に関する法律」及び前記「扶養義務の準拠法に関する法律」中の総則規定を除き、わが国際私法の主たる総則規定は、通則法の第三章「準拠法に関する通則」の第七節「補則」中の諸規定(第38条ないし第43条)に止まる。これらについて、具体的に言えば、すでに改正法例との関連において言及された諸規定、すなわち、重国籍者及び無国籍者の本国法の決定(通則法第38条第1項及び第2項)、常居所地法の決定(同法第39条)、人的不統一法国法の指定(同法第40条第1項及び第2項)、反致

(同法第41条)、公序(同法第42条)に関する諸規定の他、総則規定としては、旧法例の施行の当時より、地域的不統一法国法の指定(改正法例第28条第3項、通則法第38条第3項)に関する規定が存在するに過ぎず<sup>3)</sup>、わが国際私法上における総則規定の充足度は決して高いと言うことはできない。上述のように、わが国際私法は、伝統的に数少ない総則規定をもって総論問題に対処しており、立法の整備は不十分である。そして、そのような状況は大改正後の通則法においても全く変わりはない。

しかしながら、法的解決の安定性ないし予測性の要請に鑑みるならば、個々の規定においていかなる立場がとられるべきかは別問題としても、何らかの明確な総則の確立が必要であると思われる。それでは、一体、わが国際私法において、今後、必要とされるべき総則規定はいかなる内容のものであるか。もとより、涉外私法問題を抵触法的に処理しようとする場合、必ずしも明文規定に依らなければならないものではなく、確立された慣習、判例、そして、学説等、何らかの実定規則として依拠できる規則が存在しているならば、それをもって足り、当該規則の明文化が急がれる必要がないことは言うまでもない<sup>4)</sup>。従って、先ず、わが国際私法上、明文規定を有しない数々の国際私法総論問題について、果たして、確立された実定規則が存在しているか否かが探究されなければならない。因みに、講学上の問題として、通則法中にそのための規定が存在しないのは、法律関係の性質決定、法律回避、先決問題、適応問題、分裂国家国民の本国法決定、未承認国家法の指定、外国法の適用(外国法の調査、その内容の不明、法規の欠缺)等の諸問題である。その他、近時の諸国立法に見られる一般原則や内外強行法規への特別連結に関する規定もそこに含まれると考えてよいであろう。そして、次に、確立された実定規則の存在が認められない場合には、近時の諸外国国際私法立法を概観することにより、比較立法的な観点から、そのあり方について若干の考察を試みようとするのがこの小稿の目的とするところである。

註

1) わが国際私法立法の沿革の詳細については、例えば、山田鐮一『国際私法(第3版)』(有

斐閣、2004年）25頁以下、溜池良夫『国際私法（第3版）』（有斐閣、2005年）66頁以下、櫻田嘉章『国際私法（第5版）』（有斐閣、2006年）56頁以下等参照。

- 2) 通則法の制定の経緯については、例えば、神前禎『解説・法の適用に関する通則法』（弘文堂、2006年）5頁以下、小出邦夫編著『一問一答・新しい国際私法』（商事法務、2006年）3頁以下等参照。
- 3) 尚、住所地法の決定（改正法例第29条第2項）に関する規定は、通則法においては、債権譲渡に関し、改正法例第12条が採用していた譲渡人の住所地法主義の立場が放棄されたため、廃止されるに至っている。
- 4) 山田・前掲書20頁以下、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門（第6版）』（有斐閣、2006年）10頁以下、木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論（第5版）』（有斐閣、2007年）23頁等参照。

## 2 実定法化された総則

### (1) 法律関係の性質決定

何らかの涉外私法問題の抵触法的解決において、そのための準拠法選定規則の適用の前提となる法律関係の性質決定をめぐっては、学説上、法廷地法説、準拠法説、国際私法自体説（国際私法自主説、自主的決定説、国際私法独自説）の三つの立場が唱えられてきたが、現在、わが国においては、国際私法自体説が通説とされている<sup>1)</sup>。裁判例としては、具体的に性質決定しているものは少なくないが<sup>2)</sup>、いずれの立場に拠ったかを明らかにしたものとしては、僅かに、法廷地法説の立場に拠るべきことを明言した京都地方裁判所昭和31年7月7日判決<sup>3)</sup>が公表されているのみである。国際私法自体説が通説であるとしても、性質決定の具体的な基準については、必ずしも確立しているとは言えない<sup>4)</sup>。裁判実務においては、ともすれば法廷地実質法上の概念に押し流されかねないのが現実であると指摘されている<sup>5)</sup>。しかしながら、ともかくも、この問題については、国際私法自体説の立場が、一応、支持されるべき確立された規則として存在すると言うことができるであろう。

わが国学説上の通説が国際私法自体説であるのに対して、法律関係の性質決定のための明文規定を有する諸外国国際私法の多くが採用しているのは、次に掲げる近時の立法例に見られるように、むしろ法廷地法説の立場である。すな

わち、スペイン民法典（1974年5月31日命令）第12条第1項、ハンガリー国際私法（1979年幹部会法規命令）第3条第1項、スーダン民事法典（1984年2月14日施行）第10条、キューバ民法典に関する法律（1987年7月16日法律第59号）第18条、ウズベキスタン民法典（1997年3月1日）第1159条第1項、チュニジア国際私法典（1998年11月27日）第27条第1項、カナダ・ケベック民法典（1991年12月18日）第3078条第1項、ルーマニア国際私法（1992年9月22日）第3条、キルギスタン民法典（1998年1月5日）第1168条第1項、カザフスタン民法典特別編（1999年7月1日施行）第1085条第1項、ベラルーシ民法典（1999年7月1日施行）第1094条第1項、ロシア連邦民法典第三部（2001年11月26日）第1187条等がそれらである<sup>6)</sup>。これらの諸立法を見る限り、改めて法廷地法説が極めて現実的な立場であることが窺われる。僅かに、前出チュニジア国際私法典第27条第3項が、「性質決定の際には国際的な異なる法的範疇及び国際私法の特性が顧慮される」と定めている。しかしながら、法廷地法説の立場を原則としながらも、法廷地法上知られていない法概念や法制度の性質決定の場合には、外国法上の法概念も考慮されることができるとする規定が、前出ハンガリー国際私法第3条第1項、前出チュニジア国際私法典第2項、前出ウズベキスタン民法典第1159条第2項、前出キルギスタン民法典第1168条第2項、前出カザフスタン民法典特別編第1085条第2項、前出ベラルーシ民法典第1094条第2項、前出ロシア連邦民法典第三部第1187条等に見られる。

いずれにせよ、今後においても、性質決定が求められる限り、国際私法自体説がより実用性のある立場として具体化が図られなければならないという課題が現に残されていると言わざるをえない。

#### 註

- 1) 山田・前掲書49頁以下、とくに51頁以下、溜池・前掲書129頁以下、とくに133頁以下、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書35頁以下、とくに36頁以下（木棚）、澤木＝道垣内・前掲書21頁以下、とくに22頁以下、櫻田・前掲書67頁以下、とくに69頁等参照。
- 2) 澤木＝道垣内・前掲書22頁以下参照。
- 3) 下民集7巻7号1784頁。
- 4) 山田・前掲書53頁以下、溜池・前掲書135頁以下、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書37頁以下（木棚）、櫻田・前掲書69頁以下参照。

5) 澤木 = 道垣内・前掲書23頁参照。

6) これらの諸立法については、拙稿「スペイン民法典中の国際私法規定（1974年）」法学新報84巻7・8・9号225頁以下、杉林信義 = 笠原俊宏「ハンガリー国際私法（1979年法・1969年草案）」秋田法学3巻1号62頁以下、拙稿「アラブ諸国の国際私法立法に関する研究ノート」東洋法学45巻2号111頁以下、拙稿「外国国際私法立法に関する研究ノート（4）—キューバ民法典中の国際私法規定（1987年）—」大阪国際大学紀要国際研究論叢10巻3・4合併号183頁以下、拙稿「中央アジア諸国の国際私法立法に関する研究ノート—カザフスタン及びウズベキスタンを中心として—」東洋法学45巻1号77頁以下、拙稿「チュニジア国際私法の法典化について」東洋法学44巻2号79頁以下、拙稿「ケベック民法典中の国際私法規定について」東洋法学42巻2号121頁以下、拙稿「外国国際私法立法に関する研究ノート（1）—ルーマニア国際私法（1992年）—（上）、（下）」大阪国際大学紀要国際研究論叢8巻1号89頁以下及び同2号121頁以下、拙稿「キルギスタン共和国民法典（1998年）中の国際私法規定」東洋法学51巻1号235頁以下、拙稿「外国国際私法立法に関する研究ノート（10）—ベラルーシ民法典中の国際私法規定（1999年）—」大阪国際大学紀要国際研究論叢14巻4号65頁以下、拙稿「ロシア連邦民法典第三部中の国際私法規定について」東洋法学46巻1号69頁以下参照。

## （2）法律の回避

自己に有利な結果をもたらす法の適用を目論んで、意図的に準拠法の決定基準となる連結点を変更（操作）することを連結点の詐欺的取得として、その変更を無効とするのが、フランス国際私法を中心として盛んに論じられている法律回避論である。わが国の学説においては、一律的に論ずることは困難であるとする見解も見られるが<sup>1)</sup>、抵触規則において、一定時の法律に特定する不変更主義が採用されていない限り、それを無効とすべきではないとする立場が通説となっている<sup>2)</sup>。連結点の確定に際し、当事者の意思や動機を問題とすることは、準拠法の決定を不明確かつ不安定にするということがその理由とされている<sup>3)</sup>。もとより、規定がない通則法としては、形式的理由からも法律の回避を問題とすべきではないという見解もある<sup>4)</sup>。法例中、そして、通則法中に法律回避に関する規定が存在しないのは、法律回避論を一般的に否定するからであると見るのが妥当であるとも言われている<sup>5)</sup>。一方、わが国の裁判例として、それを論じたものは見られないが、この問題については、一応、通説の通り、確立された規則が存在すると言うことができるであろう。

それに対して、法律回避を無効と定める外国の立法例は極めて多い。例え

ば、オーストリア国際私法典（1978年6月15日連邦法）第7条、及び、同法典に倣ったりヒテンシュタイン国際私法（1996年9月19日法律）第7条が、「ある特定の法秩序への連結の基準とされる要件の後発的変更は、すでに完成した事実に影響を与えない。」と定めているほか、ポルトガル民法典（1966年11月25日法規命令）第21条、ブルキナファソ人事・家事法典（1989年11月16日法令第0013号）第1011条、前出ハンガリー国際私法第8条、前出ルーマニア国際私法第8条第1項b号、前出ウズベキスタン民法典第1162条第1文、前出キルギスタン民法典第1171条、前出チュニジア国際私法典第30条第1項及び第2項、前出カザフスタン民法典特別編第1088条第1文、前出ベラルーシ民法典第1097条第1文、マカオ民法典（1999年8月3日マカオ政府法令）第19条、アゼルバイジャン国際私法（2000年6月6日成立）第8条、ベルギー国際私法（2004年7月16日法律）第18条等が、同様に無効の立場を定めている。また、内国法の回避の場合に限り、それを無効とするのが、前出スペイン民法典第12条第4項、旧ユーゴ国際私法（1982年7月15日法律）第5条、メキシコ民法典（1987年12月11日法規命令第1条）第15条第1号等、いくつかの立法例に見られる立場である<sup>6)</sup>。

因みに、ドイツ、イタリア及び英米等においても、法律回避を問題とすることには、一般的に消極的であると言われている<sup>7)</sup>。

註

- 1) 山田・前掲書155頁以下、とくに157頁以下参照。
- 2) 櫻田・前掲書88頁、とくに90頁等参照。
- 3) 木棚=松岡=渡辺・前掲書94頁以下、とくに95頁（木棚）参照。
- 4) 澤木=道垣内・前掲書36頁以下、とくに38頁参照。
- 5) 溜池・前掲書196頁以下、とくに204頁以下参照。
- 6) 前出諸国以外の国々の立法例として、ポルトガル民法典（1966年11月25日法規命令）第21条、オーストリア国際私法典（1978年6月15日連邦法）第7条、旧ユーゴ国際私法（1982年7月15日法律）第5条については、それぞれ、拙編著『国際私法立法総覧』（富山房、1989年）363頁、71頁、384頁、拙稿「メキシコ国際私法の改正とその特質について」東洋法学42巻1号55頁以下、拙稿「外国国際私法立法に関する研究ノート(3)ーブルキナファソ国際人事・家族法（1989年）ー」大阪国際大学紀要国際研究論叢10巻1・2合併号125頁以下、拙稿「リヒテンシュタイン国際私法の法典化とその特質」東洋法学41巻2号315頁以下、拙稿「マカオの新国際私法（上）、（下）」戸籍時報538号13頁以下及び539号17頁以下、拙稿「アゼルバイジャンの国際私法立法」東洋法学51巻1号（近刊）、拙稿「ベルギー国際

私法（2004年）の邦訳と解釈（上）、（下）」戸籍時報593号20頁以下及び594号57頁以下参照。  
7）山田・前掲書157頁参照。

### （3）未承認国家法の指定

未承認の国家ないし政府の法律が準拠法として指定される資格を有するか否かの問題は、わが国際私法上においては、現在も、朝鮮民主主義人民共和国法及び中華民国法の指定に際して生ずる余地のある問題である。しかし、いずれかの国家ないし政府の正統性の承認が外交的、政治的問題であるのに対して、国際私法は私法的生活関係に適用すべき最も適当な法律を指定することを目的としており、従って、未承認の国家ないし政府の法律であっても、当該国家ないし一定の領域において実定性を有するものである限り、準拠法として指定されるべきであるとするのが、この問題について、わが国学説がほぼ一致して支持する立場である<sup>1)</sup>。一方、わが国の裁判例について見れば、比較的近時の判例は、学説と同様の立場をとるようになっている。例えば、札幌地方裁判所昭和43年4月16日判決<sup>2)</sup>、東京地方裁判所昭和48年10月26日判決<sup>3)</sup>、東京地方裁判所昭和59年3月28日判決<sup>4)</sup>、大阪地方裁判所昭和63年4月1日判決<sup>5)</sup>、京都地方裁判所平成4年12月9日判決<sup>6)</sup>等がある。かくして、この問題については、一応、確立された規則が存在すると言うことができるであろう。

この問題に関しては、外国の立法例も殆ど見ることはできない。僅かに、エストニア民法典の一般原則に関する法律（1994年7月13日公布）第124条第2項第1文が、「本法において使用されている意味における国家とは、独立の法体系が実施されている領域をいう。」と定めており、わが国際私法上における立場と同様、独立した実効的の法体系の存否が、準拠法としての指定の可否の判断基準とされている<sup>7)</sup>。

註

1) 山田・前掲書75頁以下、とくに76頁、溜池・前掲書183頁以下、とくに185頁以下、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書69頁以下、とくに70頁（木棚）、櫻田・前掲書96頁以下、とくに97頁以下、澤木＝道垣内・前掲書53頁以下、とくに54頁等参照。

2) 下級民集19巻3・4号190頁。

3) 家庭裁判月報26巻7号73頁。



- 4) 判例時報1141号102頁。
- 5) 家庭裁判月報42巻3号101頁。
- 6) 判例タイムズ831号122頁。
- 7) エストニアの国際私法立法については、拙稿「外国国際私法立法に関する研究ノート(6) —エストニアの国際私法規定(1994年)—」大阪国際大学紀要国際研究論叢11巻4号87頁以下参照。

#### (4) 外国法の調査

外国法が事実であるか、はたまた、法律であるかという問題がある。前者であれば、その適用は当事者の主張・援用を待って行なわれ、後者であれば、その適用、及び、そのための前提となる調査は職権をもって行なわれることとなる。わが国の学説は外国法を法律(判断の基準)であるとして、その調査については職権探知主義が支配している<sup>1)</sup>。すなわち、わが国際私法が外国法を準拠法として指定することにより、外国法は内国において法律としての効力を有することとなるとするいわゆる狭義の外国法法律説が有力である<sup>2)</sup>。しかし、国際私法が外国法の適用を定める以上、裁判所が職権をもって外国法を調査・適用することが当然であるとする見解もある<sup>3)</sup>。そして、また、いずれの立場がとられるべきかの問題は、外国法が事実であるか法律であるかに関わらない法政策的問題であるという指摘もされている<sup>4)</sup>。いずれに根拠を求めるにしても、わが国際私法上、外国法の調査・適用は職権によるべきとする立場が支持され、確立されていることは明らかである。

諸外国の立法例を見ても、当事者による外国法の証明をも認めているか否かはともかくとして、それらの全てが職権探知主義を原則としている。例えば、前出スペイン民法典第12条第6項、前出オーストリア国際私法典第4条第1項、前出ハンガリー国際私法第5条第1項、前出旧ユーゴ国際私法第13条第1項、ペルー民法典(1984年7月24日公布)第2051条、パラグアイ民法典の公布に関する法律(1985年12月23日法律)第22条第1項、スイス連邦国際私法(1987年12月18日成立)第16条第1項、前出ブルキナファソ人事・家事法典第1008条第1項、イタリア国際私法(1995年6月3日公布)第14条第1項、前出リヒテンシュタイン国際私法第4条第1項、前出ウズベキスタン民法典第1160

条第1項、前出キルギスタン民法典第1169条第2項、前出チュニジア国際私法典第32条第1項、スロベニア国際私法・国際手続法（1999年公布第56号）第12条第1項、前出カザフスタン民法典特別編第1086条第2項、前出ベラルーシ民法典第1095条第2項、大韓民国国際私法（2001年4月7日法律）第5条、前出ロシア連邦民法典第三部第1191条第1項、前出ベルギー国際私法第15条第1項前段等がそれらである<sup>5)</sup>。

かくして、比較立法的に見ても、職権探知主義は広く支持された普遍的な立場として確立しており、わが国際私法における立場もそれに同調するものである。その卓越した支配の現状を見る限り、いかに、当事者主義ないし弁論主義に基づく任意的抵触法理論の提唱に相当な説得力があるとしても<sup>6)</sup>、当事者自治の下に、当事者によって法廷地法が選択される以外、その実現には極めて程遠いのが現実であると言うほかはない。

#### 註

- 1) 木棚＝松岡＝渡辺・前掲書75頁（木棚）等参照。
- 2) 溜池・前掲書243頁以下、櫻田・前掲書113頁以下等参照。
- 3) 山田・前掲書129頁以下、澤木＝道垣内・前掲書55頁以下参照。
- 4) 櫻田・前掲書113頁以下参照。
- 5) 前出諸国以外の国々の立法例として、スイス連邦国際私法（1987年12月18日成立）、パラグアイ民法典の公布に関する法律（1985年12月23日法律）、ペルー民法典（1984年7月24日公布）については、それぞれ、拙編著・前掲書131頁、304頁、348頁、拙稿「イタリア国際私法の改正とその特質について」比較法34号105頁以下、拙稿「スロベニア国際私法の法典化について」東洋法学48巻2号257頁以下等参照。
- 6) 例えば、佐野寛「任意的抵触法の理論について」岡山大学法学会雑誌49巻3・4号245頁以下、関口晃治「任意的抵触法の理論に関する考察」比較法40号511頁以下等参照。

### （5）外国法の解釈

わが国際私法が外国法を準拠法として指定するのは、外国法を内国法へ組み入れようとするものではなく、外国法として適用しようとするものであるから、外国法の解釈・適用は、その法秩序の中で、その外国の裁判所が行うようになされるべきであるとする立場もまた、外国法の解釈の基準として、わが国際私法に明文規定は置かれていないが、見解の一致が見られるものとして確立されている<sup>1)</sup>。

準拠法の解釈をその法秩序（日本法）におけるそれに依らしめるとしつつ、事案の涉外性を顧慮した最高裁判所昭和49年12月24日判決<sup>2)</sup>が、ここにおける問題に関連する裁判例として挙げられる。

上述のようなわが国学説の通説は、諸外国の立法例とも符合するものである。例えば、前出ポルトガル民法典第23条第1項、前出メキシコ民法典第14条第1項、前出ブルキナファソ人事・家事法典第1008条第2項、前出エストニア民法典の一般原則に関する法律第127条第1項、前出イタリア国際私法第15条、前出リヒテンシュタイン国際私法第3条、前出キルギスタン民法典第1169条第1項、前出チュニジア国際私法典第34条第1項、前出カザフスタン民法典特別編第1086条第1項、前出ベラルーシ民法典第1095条第1項、前出マカオ民法典第22条第1項、前出アゼルバイジャン国際私法第2条第1項、前出ベルギー国際私法第15条第1項後段等がそれらであり、広く確立した立場であることが知られる。

註

- 1) 例えば、山田・前掲書133頁、溜池・前掲書247頁以下、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書77頁（木棚）、櫻田・前掲書115頁等参照。
- 2) 民集28巻10号2152頁。

### 3 不明な総則

#### (1) 外国法の内容の不明

準拠外国法について、裁判所が職権をもって調査しても、また、そのために、諸官庁や当事者の協力を得ても、その内容を明らかにすることができない場合、裁判所が請求を棄却することができないことは、わが国においてほぼ異論はない。しかし、そのような場合に、いかように対処すべきであるかということになると、わが国学説に統一された見解が見られるとは言えない。内国法を適用すべきであるとする説（内国法適用説）のほか、あるいは、条理により、内容が不明とされる準拠外国法秩序全体から、当該外国法として妥当な解決を探究すべきである（条理説）とか、あるいは、法系、民族的・文化的親近

性、政治的・経済的類似性等の近似性を総合的に判定して、最も近似すると見られる他のいずれかの法秩序における関連規定から推認される規則が代わって適用されるべきである（近似法説）と論じられている。また、困難な条理や不確実な近似法に基準を求めることなく、補充の連結素により、新たに次善の準拠法を探求し、それを判断基準とした方が合理的であるとする説（補充的連結説）も登場している。条理説を支持する見解は、かつての多数説であり、現在もなお、それを支持する見解も見られるが<sup>1)</sup>、近時においては、近似法説が最も实际的であり、合理的であるとして、わが国における有力な見解であると言われている<sup>2)</sup>。しかし、いずれの立場も支配的であるとは言えないであろう。

一方、わが国の裁判例を見れば、かつて、北朝鮮法や中華人民共和国内国法が準拠法とされた場合には、その内容が不明であったため、その結果、請求を棄却した静岡地方裁判所昭和46年2月12日判決<sup>3)</sup>や内国法を適用した京都地方裁判所昭和62年9月30日判決<sup>4)</sup>があるが、多くは、条理によるか、または、近似法説の立場によったものが多く見られる。それらとして、韓国法の適用をもって北朝鮮法のそれに代えた福岡地方裁判所昭和33年1月14日判決<sup>5)</sup>、大阪家庭裁判所昭和37年8月22日審判<sup>6)</sup>、大阪地方裁判所昭和39年3月17日判決<sup>7)</sup>の他、中華人民共和国内国法の内容を同じ社会主義法としてソビエト法等から類推した名古屋家庭裁判所昭和58年11月30日審判<sup>8)</sup>等がある。

諸外国国際私法における立法例を見れば、内国法適用説の立場をとるものと、補充的連結説の立場をとるものとに二分することができる。前者の立場のものとしては、前出オーストリア国際私法典第4条第2項、前出ハンガリー国際私法第5条第3項、前出スイス国際私法第16条第2項、前出ブルキナファソ人事・家事法典第1008条第3項、前出ルーマニア国際私法第7条第3項、前出エストニア民法典の一般原則に関する法律第127条第4項、前出リヒテンシュタイン国際私法第4条第2項、前出ウズベキスタン民法典第1160条第4項、前出キルギスタン民法典第1169条第2項、前出チュニジア国際私法典第32条第4項、前出スロベニア国際私法・国際手続法第12条第1項、前出カザフスタン民

法典特別編第1086条第4項、前出ベラルーシ民法典第1095条第4項、前出アゼルバイジャン国際私法第2条第1項、前出口ロシア連邦民法典第三部第1191条第3項、前出ベルギー国際私法第15条第2項後段等がある。一方、後者の立場のものとしては、前出ポルトガル民法典第23条第2項、前出マカオ民法典第22条第2項第1文等がある。前出イタリア国際私法第14条第2項は、まず、補充的連結を行い、それによっても補充法が得られないときは、内国法をもって補充するという立場である。同様に、2000年1月7日のスペイン民事訴訟法第281条第2項においても、明文規定は置かれていないが、一律的に内国法に依るとする従来の立場は退けられており、新たな展開がされようとしている<sup>9)</sup>。

以上に見られたように、諸外国の立法例には、内国法適用説の立場を採用したものが圧倒的に多いが、その立場については、わが国の学説においては、内国法への志向であるとして批判されることが多い<sup>10)</sup>。その一方、わが国の学説及び判例において有力であるとされる近似法説の立場は、諸外国の立法例に見出すことができない。確かに、真実の法ではない近似法が十分に本来の準拠法に代わりうるという保証もなく、常に妥当な結果をもたらすとは言えないとして批判されているが<sup>11)</sup>、極めて正当な批判であると言うべきであろう。また、本来の準拠法が定まっているのに、それとは全く別個の法を適用することに躊躇されるのも当然であろう<sup>12)</sup>。結局、現状において、この問題に関する実定規則の存在からは程遠いと言わざるをえない。

#### 註

- 1) 溜池・前掲書249頁以下参照。
- 2) 山田・前掲書134頁以下、とくに136頁等参照。
- 3) 下級民集22巻1・2号160頁。
- 4) 判例時報1275号107頁。
- 5) 判例時報140号28頁。
- 6) 家庭裁判月報15巻2号163頁。
- 7) 判例タイムズ162号197頁。
- 8) 家庭裁判月報36巻11号138頁。
- 9) スペインの新立法、及び、それを巡る論議については、Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Javier Carrascosa González, The proof of foreign law in the new Spanish Civil Procedure Code 1/2000, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2005, p.170 et seq.
- 10) 溜池・前掲書248頁等参照。

11) 櫻田・前掲書118頁参照。

12) 山田・前掲書136頁参照。

## (2) 外国法規の欠缺

外国法規の欠缺の場合と外国法の内容の不明の場合とは、同様に、準拠外国法の適用の段階において発生する問題であるため、とくに両者が区別されず、むしろ、外国法の内容の不明に関する問題としてまとめられ、条理によって解決されるべき問題として論じられることがあるが<sup>1)</sup>、両者を区別すべきとする見解は少なくない<sup>2)</sup>。蓋し、一定の外国法規の欠缺の場合には、当該法秩序全体から、当面の事項がいかに関与されるべきかが探究されるべきであり、場合によっては、当面の制度ないし権利は認められていないと解釈されることが可能であるとしたならば、当該外国法規の内容が不明であるとは考えられないからである。例えば、フィリピン家族法上、離婚に関する規定がないことをもって、離婚が禁止されていると解釈されることは、わが国の学説及び実務において早くから画一的に行われてきたことである<sup>3)</sup>。

わが国の裁判例としては、上述のように、離婚に関する規定が存在しないフィリピン法上、離婚が禁止されているとした東京地方裁判所昭和56年2月27日判決<sup>4)</sup>を始めとする多数の裁判例、認知に関する規定がないアメリカ・コロラド州法について、認知が認められていないとした名古屋家庭裁判所昭和49年3月2日審判<sup>5)</sup>、離縁に関する規定がないアメリカ・テキサス州法について、離縁が認められていないとした那覇家庭裁判所昭和56年7月31日審判<sup>6)</sup>等がある。それに対して、離婚に伴う財産分与請求権に関する規定がなかった韓国法について、財産分与と実質的に同一の結果を生ぜしめる慰謝料請求権が認められていることに着目して、韓国法の枠内における解釈をもって解決した最高裁判所昭和59年7月20日判決<sup>7)</sup>もある。

以上におけるわが国学説及び裁判例においては、一定の事項に関する外国法規の欠缺をもって、直ちに、当該事項に関する制度ないし権利が否認されているという定型的解釈が行われている一方、準拠外国法秩序内における合理的な

解釈に努めるべきことを求める見解も今なお根強く支持されている。前者の解釈が後者の解釈の結果であると言えるかは不明確である。従って、未だ確立した明確な実定規則の存在は認められないと言わざるをえないであろう。

諸外国国際私法の立法例には、外国法規の欠缺について明文をもって規定しているものは見られない。多少参考になるものとして、前出メキシコ民法典第14条第3項、及び、ベネズエラ国際私法（1998年8月6日法律）第9条は、法廷地法と準拠外国法との間における法制度又は手続が相違する場合についての規定である<sup>8)</sup>。前者の規定は、「メキシコ法が、適用されるべき外国法規に不可欠な制度又は手続を定めていないことは、類似の制度又は手続が存在する場合には、外国法の適用の障害とはならない。」とし、後者の規定も、「ベネズエラ法が類似の制度又は手続を有しない限り、当該外国法の適用は拒否されることが出来る。」と定めている。これら両者の規定は、ともに、法廷地法上の法制度又は手続を基準とするものであり、一定の外国法規の欠缺は、それをもって当該外国法の不適用をもたらすものである。1979年の米州国際私法専門会議（Inter-American Specialized Conference on Private International Law）によって採択された国際私法総則に関する条約<sup>9)</sup>による影響が窺われるものである。

註

- 1) 溜池・前掲書249頁以下参照。
- 2) 例えば、山田・前掲書134頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書78頁（木棚）、澤木＝道垣内・前掲書57頁等参照。
- 3) 澤木＝道垣内・前掲書57頁等参照。
- 4) 判例時報1010号85頁。
- 5) 家庭裁判月報26巻8号94頁。
- 6) 家庭裁判月報34巻11号54頁。
- 7) 民集38巻8号1051頁。
- 8) ベネズエラ国際私法については、拙稿「ベネズエラ国際私法の法典化について」比較法37号175頁以下参照。
- 9) 国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂、1995年）698頁（二宮正人）。

### （3）先決問題の準拠法

継起的法律関係において、何らかの身分関係の成否が別個の身分関係の有効

性に懸かっているような場合、当面の問題である本問題に対して、その前提条件となる問題は先決問題と呼ばれ、そして、その問題の有効性についての判断の基準となる準拠法をいかに選定すべきであるかが、国際私法上における先決問題の問題である。すなわち、先決問題の本質は連結問題であるが、簡明に言えば、その準拠法を選定する国際私法（抵触法）は法廷地国際私法か、それとも、本問題準拠法所属国国際私法か、という形で争われている。一般に、一国における涉外私法問題には、当該国の国際私法（法廷地国際私法）が強行的に適用されるべきであるとする法廷地法説に対して、先決問題は本問題の適用の過程ないしその結果において生起する問題であるから、それについても、本問題準拠法が所属する国の法体系内における抵触法的処理のための規則（本問題準拠法所属国国際私法）が適用されるべきであるとする準拠法説が対立している。1930年代から論じられ始めたこの問題は、1980年代に台頭した折衷説、すなわち、法廷地法説も準拠法説も、いずれも一律的に適用すべき立場とはせず、具体的な事例との兼ね合いにおいて、より望ましい結果をもたらす方の解決方法に依るとする立場により、理論的な面の後退は否定できないとしても、一先ず、解決の糸口が見い出されている。現在、いずれの立場を原則とし、いずれの立場を例外とするかの見解の相違は見られるにせよ、折衷説が多くの支持をえる立場となっている<sup>1)</sup>。

かくして、先決問題論の論点は、むしろ、法廷地法説の立場と準拠法説の立場の使い分けの基準をいずこに求めるかという点に移っている。その基準として学説の多くは、先決問題に含まれる事実関係が法廷地と本問題準拠法所属国との中、いずれとより密接な関連性を有しているか、また、国内的調和の要請と国際的調和の要請のいずれが優先されるべき事案であるかということの他に、本問題の法律関係の性質に照らして、当事者の利益保護、取引の安全等をも顧慮して、いずれの国際私法に依るべきかを決定すべきであると唱える<sup>2)</sup>。

裁判例としては、準拠法説の立場に立った東京高等裁判所昭和54年7月3日判決<sup>3)</sup>もあるが、最高裁判所平成12年1月27日判決<sup>4)</sup>は法廷地法によるべきことを明示しており、その他にも、法廷地法説の立場に拠ったと見られる裁判



例が多い<sup>5)</sup>。東京地方裁判所昭和48年4月26日判決<sup>6)</sup>のように、準拠法説の立場に拠って解決した方が望ましい結果が得られたと思われる事案でありながら<sup>7)</sup>、法廷地法の立場に立っている判例もある。

以上のように、わが国には、国際私法上における先決問題の問題について、学説上、折衷説が有力な立場になっているにせよ、法廷地法説と準拠法説のいずれを原則とするかについても見解は統一されていない状況であり、通説として確立しているとは言えず、また、多くの先例は法廷地法説の立場に立っており、同じく、法廷地法説を支持する学説が根強いことも否定できないであろう<sup>8)</sup>。従って、わが国際私法において、先決問題について何らかの確立した実定規則が存在しているとは言えない。

諸外国の立法例としては、僅かに、法廷地法説を宣明した前出メキシコ民法典第14条第4号、及び、前出ベネズエラ国際私法第6条が存在する。これら両国立法についても、前記の1979年の米州国際私法専門会議国際私法総則条約による影響が窺われるところである。

#### 註

- 1) 山田・前掲書163頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書82頁（木棚）等参照。
- 2) 山田・前掲書163頁、溜池・前掲書233頁等参照。
- 3) 判例時報939号37頁。
- 4) 民集54卷1号1頁。
- 5) 例えば、東京家庭裁判所昭和40年11月26日審判（家庭裁判月報18卷5号94頁、東京地方裁判所昭和41年1月13日判決（家庭裁判月報19卷1号43頁）、福岡家庭裁判所平成元年5月15日審判（家庭裁判月報42卷1号116頁）、神戸家庭裁判所平成6年7月27日審判（家庭裁判月報47卷5号60頁）等が挙げられる。
- 6) 判例時報721号66頁。
- 7) 櫻田・前掲書132頁参照。
- 8) 溜池・前掲書232頁、櫻田・前掲書132頁、澤木＝道垣内・前掲書26頁以下等参照。

#### （4）適応問題

何らかの同一の事実関係に関わる法律関係が、いくつかの異なる側面から異なる準拠法へ連結されたため、それらの法秩序間において矛盾ないし不調和が生じることがある。それらの矛盾ないし不調和をいかに適応ないし調整すべきかが、講学上、適応問題ないし調整問題と呼ばれる国際私法上における問題で

ある。複数の準拠法の間での矛盾や不調和は様々な場合に生じるため、この問題を統一的に体系化すること自体が困難であるとされる<sup>1)</sup>。その解決方法として、例えば、抵触規定の解釈・適用の段階における操作、及び、準拠法として指定された実質法の解釈・適用の段階における操作が考えられるが、適用問題の解決については一般的な基準はない、すなわち、実定法として依拠することができる規則は存在しないというのが、わが国学説の共通した認識であると言えることができるであろう<sup>2)</sup>。具体的には、抵触法の次元と準拠法の次元とに分けて処理することが考えられているが<sup>3)</sup>、その他、規範の重複、規範の欠缺、規範の矛盾の場合に分けて検討する学説もある<sup>4)</sup>。より具体的には、この問題の本質を個別の場合に応じた利益衡量の問題であるとして、最も重要性が低い利益を犠牲にし、最も重要な利益を保護すべきと唱える学説もある<sup>5)</sup>。要するに、この問題については、学説の一致が見られるまでには至っておらず、わが国際私法における明確な実定規則は存在しないということを結論として導かざるをえない。

この問題に関する立法として、すでに知られているのは、前記の米州国際私法専門会議によって採択された国際私法総則に関する条約第9条である。それによれば、各々の法律は、その目的が調和するように適用され、正義の要請に照らして解決されなければならないことが定められている<sup>6)</sup>。その後、立法化されたいくつもの立法例の内容もまた、上記条約に倣っていることは明白である。例えば、前出メキシコ民法典第14条第5項第1文及び第2文は、「いずれかの同一の法律関係の異なる局面が異なる法によって規律されるときは、かような法は、それらの各々によって追求された目的を達成するように調和をもって適用されるものとする。かような法の同時適用によって惹起された困難は、具体的な事件における妥当性の要請を考慮して解決される。」と定めており、また、前出ベネズエラ国際私法第7条第1項及び第2項も同様である。さらに、それらの中の第1文ないし第1項のみを定めているのが、前出ブルキナファソ人事・家事法典第1009条である。これらの諸規定は必ずしも明確な解決の基準とは言えないが、一先ず、解決方法の指針を示すものとして参考にされ

て良いであろう。

註

- 1) 溜池・前掲書235頁参照。
- 2) 山田・前掲書166頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書83頁（木棚）等参照。
- 3) 澤木＝道垣内・前掲書28頁以下参照。
- 4) 櫻田・前掲書134頁以下参照。
- 5) 木棚＝松岡＝渡辺・前掲書83頁以下（木棚）参照。
- 6) 溜池・前掲書235頁参照。

### （5）強行法規の適用の留保

契約における当事者自治の原則の導入との兼ね合いにおいて、法廷地強行法規の優先的適用を認めて、当事者による準拠法選択に制限を加えようとする見解は従来から見られたが、さらに、法廷地強行法規に止まらず、近時、外国強行法規の優先適用をも認めようとする見解へと展開されてきた<sup>1)</sup>。後者の見解は、当事者自治の原則を前提としながら、当事者によって選択された契約準拠法所属国以外の国の強行法規であっても、当該契約が当該国と十分に密接な関連性を有していること、当該国の強行法規もまたその適用を欲すること等を条件として、当該強行法規を優先的に適用すべきであるとするものであり、「強行法規の特別連結理論」と呼ばれて、兼ねてより、学説上、多くの支持をえていた<sup>2)</sup>。しかし、立法論として支持することはできても、改正法例の解釈としては、実定法上の根拠に欠けると考えられていた<sup>3)</sup>。

それに対して、通則法においては、とくに弱者保護が求められる消費者契約及び労働契約を一般の契約から切り離して、それらの契約に関する特別の規定を置いて、そこに消費者の常居所地法や密接関連法と推定される労務提供地法上の強行法規の優先的適用に途を開いている（通則法第11条第1項、第12条第1項及び第2項）。但し、消費者や労働者に特定の強行法規の主張責任を課すことは、消費者や労働者に過大な負担を課すこととなり、消費者保護や労働者保護の効果を空洞化する危険があるという指摘もされている<sup>4)</sup>。いずれにせよ、わが国際私法において、強行法規の優先的適用を定めた一般規定は、明文規定としてばかりか、実定規則として存在しない。

強行法規の優先的適用の規定について、諸国国際私法立法を概観すると、内国強行法規のみを念頭に置いた規定とともに密接関連国強行法規をも顧慮した規定とが存在している。前者は、ともすれば、内国法の適用の優先に陥るものであり、また、法廷地公序則をもってそれに代わることができる場合も考えられるため、むしろ、後者の規定が置かれることの方により重要な意義が認められるであろう。そのような規定として、近時の諸国国際私法には、次のように多くの立法例が見られる。まず、内国強行法規に規定としては、前出スイス国際私法第18条、前出カナダ・ケベック民法典第3076条、前出イタリア国際私法第17条、前出ウズベキスタン民法典第1165条第1項、前出キルギスタン民法典第1174条第1項、前出ベネズエラ国際私法第10条、前出チュニジア国際私法典第38条第1項、前出カザフスタン民法典特別編第1091条第1項、前出ベラルーシ民法典第1100条第1項、前出マカオ民法典第21条、前出アゼルバイジャン国際私法第5条第1項、前出大韓民国国際私法第7条、前出ロシア連邦民法典第三部第1192条第1項、前出ベルギー国際私法第20条第1項等がそれらである。前出パラグアイ民法典の公布に関する法律第22条第2項は、パラグアイ民法典が行為の有効性にとってより有利であるときの外国法の不適用を定めているが、その立場もまた、同国の内国強行法規の優先的適用を定めたものであると言えるであろう。

一方、密接関連法上の強行法規の優先的適用の規定を置いているのは、次の諸国国際私法である。すなわち、前出スイス国際私法第19条、前出カナダ・ケベック民法典第3079条第1項、前出ウズベキスタン民法典第1165条第2項、前出キルギスタン民法典第1174条第2項、前出チュニジア国際私法典第38条第2項、前出カザフスタン民法典特別編第1091条第2項、前出ベラルーシ民法典第1100条第2項、前出アゼルバイジャン国際私法第5条第2項、前出ロシア連邦民法典第三部第1192条第2項、前出ベルギー国際私法第20条第2項等がそれらである。アメリカ・ルイジアナ民法典（1991年法律第923号）第3515条第1項が、「本編において別段に定められた場合を除き、他の州ないし国家との関連性を有する事件における問題は、その法律がその問題に適用されなかったなら

ば、政策が最も深刻に侵害されることとなる州ないし国家の法律によって支配される。」と定め、また、同第3519条が、「自然人の身分並びにその身分の付随的効果及び効力は、その法律が特定の問題に適用されなかったならば、政策が最も深刻に侵害されることとなる州ないし国家の法律によって支配される。」と定めているのも、最密接関連法の優先的適用の立場を表明したものであろう<sup>5)</sup>。

註

- 1) 山田・前掲書322頁以下等参照。
- 2) 山田・前掲書323頁等参照。
- 3) 溜池・前掲書362頁以下等参照。
- 4) 木棚＝松岡＝渡辺・前掲書145頁及び148頁（松岡）参照。
- 5) 拙稿「ルイジアナ民法典中の国際私法規定について」東洋法学43巻1号95頁以下参照。

#### (6) 一般例外条項

わが国際私法を通じて貫かれている原理は、最も密接な関連性を有する法を準拠法として指定すること、すなわち、密接関連性の原則であり、旧法例や改正法例と比べて、その原則の採用が顕著化している。通則法中の各規定において、明文をもって密接関連法の指定が表明されているばかりか、各論規定において準拠法として定められている法は、いずれも密接関連法の具体例として例示されているものと解することもできる。従って、わが国際私法によって指定された法（原則的準拠法）よりも、当面の法律関係により密接な関連性を有する法が存在する場合には、原則的準拠法が排されて、当該密接関連法が適用されるべきことを定めるのが、一般例外条項と呼ばれる規定である<sup>1)</sup>。

わが国際私法には一般例外条項は置かれていないが、果たして、実定規則として存在していると考えられるであろうか。通則法第15条が不当利得及び事務管理について、また、同法第20条が不法行為について、同法がそれらの法律関係の準拠法として指定する法が属する地よりも、明らかに密接な関係が認められる他の地があるときは、当該地の法によるべきことを定めるに至っているが、これらの規定はそれらの法律関係に特定された特別例外規定に止まるものである。これらの諸規定の存在が、却って、不文の一般例外条項の存在を否定せざるをえない結果を招いていると言わざるをえないであろう。

諸外国国際私法においては、よく知られた前出オーストリア国際私法典第1条第1項のほかにも、例えば、前出カナダ・ケベック民法典第3082条が、「例外として、本巻によって指定された法律は、状況の全体を考慮して、事情がその法律と懸け離れた関係しか有せず、かつ、それが他の国家の法律と非常により密接な関係にあることが明らかなき時は適用されない。本規定は、法律が法律行為において指定されるときは適用されない。」として、当事者自治の場合を除いて定めており、また、前出ブルキナファソ人事・家事法典第1003条第1条、前出大韓民国国際私法第8条、前出ベルギー国際私法第19条第1項が、同じく一般例外条項を規定している。

また、密接関連法を補充法とすることを定めた一般規定としては、前出ブルキナファソ人事・家事法典第1003条第3項、前出リヒテンシュタイン国際私法第1条第2項、前出ウズベキスタン民法典第1158条第3項、前出キルギスタン民法典第1167条第3項、前出チュニジア国際私法典第26条、前出カザフスタン民法典特別編第1084条第2項、前出ベラルーシ民法典第1093条第3項、前出口ロシア連邦民法典第三部第1186条第2項等がある。

密接関連性の原則がわが国際私法において貫かれてきたとしても、そのみが準拠法を決定する原理であるかは、疑問が抱かれてきたところである。すなわち、子の福祉、弱者保護、両性平等、当事者意思の尊重、法律行為の保護が密接関連性の原理を排してまでも優先されることがありうることが指摘されている<sup>2)</sup>。そうであるとする、最密接関連法が補充法としての役割を担うことについて、ほぼ確立した実定規則が存在すると思えることができるとしても、上記特別例外規定の場合に止まらず、一般例外条項に相当する実定規則も存在すると思えることは困難であろう。

註

1) 溜池・前掲書222頁参照。

2) 舩場準一「準拠法選定規準としての最密接関連性」澤木敬郎=舩場準一編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣、1996年)所収、58頁参照。

## 4 結語

平成元年及び平成18年における法例の改正を経て、わが国際私法は、通則法において飛躍的に新しい内容の国際私法へと変貌したが、それらの改正により、各論規定はかなり充実されるに至ったが、総則に関しては、明文規定がないばかりか、未だ不文の実定規則も形成されていない事項が多いことが、ある程度は検証されたと言えるであろう。それに対して、欧州を中心として、諸外国の国際私法の中には、総則の明文化が推進されて、解決の安定性ないし予測性が高められているものが少なくないことが明らかとなった。

もとより、この小稿の目的は、明文規定のない総論問題に関する何らかの実定規則の存否の確認であって、そのような規則の内容の当否の検討ではない。従って、一先ず実定規則が存在するものとして論及された事項についても、今後、さらなる検討が加えられるべきであることは述べるまでもない。しかも、実定規則の存否についての小稿における振り分けも、決して厳密なものではなく、甚だ浮動的であると言わざるをえない。結局、明文規定の制定が実現されない限り、実定法としての確信に到達することは不可能であると喝破したとしても大過はないであろう。

今後の立法化に際して懸念される点は、最密接関連法主義ないし密接関連性の原則への過度な依存の傾向であろう。その点は、決してわが国際私法に限られたことではなく、諸国の国際私法についても言えることである。一体、いずれの法が最も密接な関係を有するものであるかを判断することは、ときには極めて困難な場合があり、法律が使命とする解決の安定性ないし予測性を蔑ろにしてしまう虞があると思われるからである。その歪が日本人条項を生み出し、しばしば批判の対象とされていることは周知のところである<sup>1)</sup>。むしろ、当事者自治の妥当する範疇の拡大、及び、当事者の実質的利益の確保に向けられた抵触規則の整備こそが、近い将来におけるわが国際私法の目指すべき方向ではないかと思われる<sup>2)</sup>。

註

- 1) 例えば、鳥居淳子「内外人の婚姻と離婚 — いわゆる日本人条項について — 」川井健ほか編『講座・現代家族法（第2巻）』（日本評論社、1991年）所収、309頁以下。
- 2) 拙稿「国際家族法における当事者自治」比較法40号264頁参照。