

国際私法の現代化に関する要綱中間試案に対する意見

当会において、標記問題に関する意見照会について検討した結果は、以下のとおりです。

第1 総論

法例が制定された明治31年以降の約100年間の国際的な取引内容の複雑化・多様化などや口語化の要請、世界的な抵触法の近代化の潮流などから、法例の改正をおこなうこと自体についての必要性が認められることは首肯できる。

試案の各条項についての意見は、第2・各論に記載のとおりであるが、法改正に伴ってなすべき点として、国家レベルにおいて外国法の調査体制の充実をはかるべきであるという点を指摘しておきたい。外国法の適用は、法の適用であり、本来裁判所の職責であるにもかかわらず、外国法の調査が困難であるために当事者の負担に帰せしめざるを得ないという現実があることを前提とした議論がなされているようにも思われる。そうしたことがないように、外国法の調査体制の充実は、ぜひとも実現されたい。

第2 各論

第1 自然人の能力に関する準拠法（第3条）

（注）自然人の能力を本国法によらしめる第3条第1項の原則は、維持する前提である。

1 自然人の行為能力に関する取引保護規定（第3条第2項）

A1案

日本でされた法律行為のみを取引保護の対象とする第3条第2項の規定を改め、すべての当事者が同一法域内に所在するときにされた法律行為については、当該法律行為をした者が本国法によれば行為能力の制限を受けている者である場合であっても、行為地法によれば行為能力者であるときは、その者を行為能力者とみなすものとする。

A2案

A1案によるが、法律行為の相手方が、その法律行為の当時、当該法律行為をした者が本国法によれば行為能力の制限を受けている者であることを知り、又は過失によって知らなかったときは、取引保護規定を適用しないものとする。

B案

第3条第2項の規定は、すべての当事者が日本に所在するときにされた法律行為にのみ適用するものとする。

(注) 自然人の能力を本国法によらしめる第3条第1項の原則は、維持する前提である。

【意見】

A2 案に賛成。

【理由】

法例3条2項は、日本の国内取引のみを保護するものであり、内外国法の平等という国際私法の基本的理念に反し、また取引保護の要請は外国における取引にも妥当するため、合理性に欠ける。

取引保護の要請は本来、外国でなされた取引においても妥当するものであるから双方向的取引保護規定とする方向は支持される。

一方、本人の保護と取引の安全の衡平を実現するためには、取引の相手方が悪意である場合、あるいは行為者がその本国法上無能力者であることを知らないことについて過失がある場合にまで、取引保護を認める必要はない。

第1 自然人の能力に関する準拠法（第3条）

(注) 自然人の能力を本国法によらしめる第3条第1項の原則は、維持する前提である。

2 取引保護規定の適用除外（第3条第3項）

親族法又は相続法の規定によるべき法律行為及び外国に所在する不動産に関する法律行為を第3条第2項の取引保護規定の適用対象から除外する同条第3項の規定を改め、外国に所在する不動産に関する法律行為については同条第2項の取引保護規定の適用対象とするものとする。

【意見】

賛成。

【理由】

外国にある不動産に関する法律行為に限って取引保護を図らないとする考え方は合理性がない。

第2 後見開始の審判等の国際裁判管轄及び準拠法（第4条、第5条）

1 後見開始の審判等の国際裁判管轄

裁判所は、以下の場合（B案及びC案においては、いずれかの場合）には、後見開始の審判をすることができるものとする。

A 案

成年被後見人が日本に〔常居所／住所〕又は居所を有する場合

B 案

成年被後見人が日本に〔常居所／住所〕又は居所を有する場合
成年被後見人の財産が日本に所在する場合

C 案

成年被後見人が日本に〔常居所／住所〕又は居所を有する場合
成年被後見人が日本の国籍を有する場合

成年被後見人の財産が日本に所在する場合

(注 1) 保佐開始の審判及び補助開始の審判の国際裁判管轄についても同様の規律とする。

(注 2) A 案, B 案 及び C 案 において, [常居所 / 住所] とあるのは, 管轄原因を常居所又は住所のいずれかに定める趣旨であるが, この点については, なお検討する。

(注 3) 外国でされた後見開始の審判等の承認に関する規律については, 解釈にゆだねることとする (前注 2 参照)。

【意見】

C 案に賛成。

【理由】

現行法例の解釈上も異論なく認められている成年被後見人の [常居所 / 住所] 及び居所を管轄原因とすることについては, 問題はない。

しかし, [常居所 / 住所] 又は居所を有する場合だけを管轄原因とするのでは, 日本で後見開始の審判・保護措置を採ることが必要な場合であっても, できないことが生じ得るため, 日本の国際裁判管轄をより広く認めるべきである。

B 案と C 案の比較においては, 海外に居住し財産も日本に所在しない日本人が保護に欠ける状態で放置されている場合にも当然日本が保護すべきであるから, C 案を支持する。

第 2 後見開始の審判等の国際裁判管轄及び準拠法 (第 4 条, 第 5 条)

2 後見開始の審判等の準拠法

後見開始の審判の原因及び効力は, 日本の法律によるものとする。

(注) 保佐開始の審判及び補助開始の審判の準拠法についても, 同様の規律とする。

【意見】

賛成。

【理由】

後見開始の原因について, 準拠法を日本法とすることにより, 日本において必要とされる保護措置を確実に行うことができ, 諸外国における要保護者の保護措置の準拠法に関する立法例も, 法廷地法を採用する例が多いことから賛成する。

後見開始の審判の効力についても, 本国法を準拠法とすると, 日本の裁判所における後見開始の審判の効力が成年被後見人の国籍によって異なることとなって, 日本における取引の安全を害することから, 同様に日本法によること

に賛成する。

保佐開始及び補助開始の審判は、後見開始の審判とはその要件及び効力が異なるものの、性質は類似しており、単にその程度が異なるにすぎないため、後見の場合と同様でよいと考える。

第3 失踪宣告の国際裁判管轄及び準拠法（第6条）

裁判所は、以下のいずれかの場合には、日本の法律によって失踪宣告をすることができるものとする。ただし、失踪宣告の効力は、を管轄原因とする場合には日本に所在する不在者の財産に、を管轄原因とする場合には日本に關係する不在者に係る法律關係に、それぞれ限定されるものとする。

不在者が生存していたとされる最後の時点において日本の国籍を有していた場合

不在者が生存していたとされる最後の時点において日本に〔常居所／住所〕を有していた場合

不在者の財産が日本に所在する場合

不在者に係る法律關係が日本に關係する場合

（注1）において、〔常居所／住所〕とあるのは、管轄原因を常居所又は住所のいずれかに定める趣旨であるが、この点については、なお検討する。

（注2）外国でされた失踪宣告の承認に関する規律については、解釈にゆだねることとする（前注2参照）。

【意見】

賛成。

【理由】

失踪宣告に関しては、不在者の利害關係を有するものが多数存在し、できるだけ広範囲に認めることで不在者の法律關係を処理する必要がある。

第4 法律行為の成立及び効力に関する準拠法（第7条、第9条）

（注）法律行為の成立及び効力を当事者によって選択された準拠法によらしめる第7条第1項の原則は、維持する前提である。

1 分割指定

A案

当事者は、法律行為の一部分について、他の部分とは異なる準拠法を選択することができる旨の規定を設ける。

B案

法律行為の準拠法の分割指定に関しては、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとする。

【意見】

A案に賛成。

【理由】

当事者自治の観点から、当事者の意思を尊重して分割指定を認めることにより、準拠法に関する当事者の予見可能性が高まり、取引の安全も確保すること

ができる。

また、実務上、複合的な契約を単一の契約書において締結する際に、複合的な契約の部分ごとに様々な準拠法を指定することがあるが、分割指定を明文で認めれば、何が独立の準拠法指定の対象となる単一の契約であるかにかかわりなく準拠法指定が有効となることが明確になり便利である。

第4 法律行為の成立及び効力に関する準拠法（第7条、第9条）

（注）法律行為の成立及び効力を当事者によって選択された準拠法によらしめる第7条第1項の原則は、維持する前提である。

2 準拠法選択の有効性

（1）準拠法選択の有効性の基準

A案

当事者による準拠法選択の有効性は、その選択が仮に有効であるとした場合に法律行為に適用されるべき法律によって判断する旨の規定を設ける。

B案

当事者による準拠法選択の有効性に関しては、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとする。

【意見】

A案に賛成。

【理由】

意思の瑕疵の問題など、準拠法選択の有効性に関する規律については、多数説は、法例自体の解釈問題として合理的に決定すべきであるとする（国際私法独自説）。しかし、国際私法独自の基準といってもその内容が不明確である。当事者によって準拠法として指定された法によるとの考えの方が、当該選択された準拠法によるとすることが当事者の予見可能性を高める。

第4 法律行為の成立及び効力に関する準拠法（第7条、第9条）

（注）法律行為の成立及び効力を当事者によって選択された準拠法によらしめる第7条第1項の原則は、維持する前提である。

2 準拠法選択の有効性

（2）準拠法選択における黙示の意思

A案

当事者による準拠法選択は、明示的であるか又は法律行為その他これに関する事情から一義的に明らかなものでなければならないものとする。

B案

黙示の意思による準拠法選択に関する特段の規定は設けない。

【意見】

B案に賛成。

【理由】

当事者が黙示的に選択したと認められる準拠法があるとき、これを排除して

客観的連結によるときは、当事者の予見可能性を害する。そもそも一般の意思表示の場合に黙示の意思表示が認められるのに、準拠法指定の場合だけ明示の意思表示に限られるかについて、合理的根拠はないと考えられる。

なお、定期預金契約上の債権の準拠法について、明示の意思表示を認めることはできないものの、事案の諸要素を斟酌し、銀行の取引を行った支店の所在地法である日本法を黙示的に指定したとする判例があり（最判昭和 53 年 4 月 20 日民集 32 巻 3 号 616 頁）、当該判例にも合致する。

第 4 法律行為の成立及び効力に関する準拠法（第 7 条、第 9 条）

（注）法律行為の成立及び効力を当事者によって選択された準拠法によらしめる第 7 条第 1 項の原則は、維持する前提である。

3 当事者による準拠法選択がされていない場合の連結政策（第 7 条第 2 項、第 9 条）

ア 当事者による準拠法選択がされていない場合の法律行為の成立及び効力は、法律行為に最も密接に関係する地の法律によるものとする。

イ 法律行為について、その種類の法律行為に固有の給付を一方当事者のみが行う場合には、当該給付を行う者の常居所地法（その者が当該法律行為に関係する事業所を有する場合にあっては、その事業所の所在地の法律（当該法律行為が異なる法域に所在する複数の事業所に関係するときは、主たる事業所の所在地の法律））を法律行為に最も密接に関係する地の法律と推定するものとする。

ウ 不動産を目的とする法律行為については、イにかかわらず、不動産の所在地法を法律行為に最も密接に関係する地の法律と推定するものとする。

エ（ア）労働契約については、イにかかわらず、労務供給地（労務供給地が一義的に定まらない場合にあっては、労働者が雇入れられた事業所の所在地）の法律を労働契約に最も密接に関係する地の法律と推定するものとする。

（イ）（ア）の労働契約とは、労働者（労務の供給をする者をいう。）が使用者（労務の供給を受ける者をいう。）に対しその指揮監督に服して労務を供給し、その対価として報酬を得る旨の契約をいうものとする。

（注）異なる法域に所在する者の間の法律行為の行為地の決定に関する第 9 条は、第 7 条第 2 項の行為地の決定についてのみ適用されると解されており、前記のとおり行為地を連結点としない場合には、第 9 条は削除することとなる。

【意見】

賛成。

【理由】

アについて

行為地法によると不具合を避け、事案に応じた柔軟な準拠法指定を可能とするために必要である。

イについて

これは、多くの国において採用している、「特徴的給付の理論」と呼ばれる考え方に基づくものである。特徴的給付の理論の採用により、諸外国の比較的多数の法制との調和を図ることができる。

何をもって特徴的給付とすることができるか必ずしも明らかでない場合があり、当該理論を使えない契約もあるが（例えば、商標使用許諾契約、代理店契約など）、これは推定規定であり、最終的には裁判所の判断にゆだねられるが、特徴的給付を観念できない場合には推定規定の適用はなく、適用されたとしても、より密接に関係する他の地の法律があればその法律が適用されることとなるため、問題は少ない。推定するためのメルクマールとしては役に立つと思われる。だめであれば他のメルクマールに拠ればよいのであって、イについては賛成する。

ウについて

原則としては、不動産所在地がその種類の法律行為に最も密接に関連する地といえる。

諸外国の立法例等においても不動産に関する契約が不動産の所在地と密接に関係すると考えられていることや、不動産に関する物権関係が不動産所在地法によるため、それと関連するとする債権的法律行為についても同一の準拠法で規律することが適切であることから賛成する。

エについて

原則として、労務供給地が最も密接に関連する地の法律といえる。

諸外国の立法例においては、労働契約については、基本的に労務供給地の法律を準拠法とするものが多く、我が国の裁判例及び学説においても、労働契約の準拠法に関する黙示の意思の探求において、労務供給地を重視する考え方が有力である。

労働契約と労働者の常居所の関連性は希薄であり、労務供給地との関係が強く、賛成する。

第4	法律行為の成立及び効力に関する準拠法（第7条、第9条）
（注）	法律行為の成立及び効力を当事者によって選択された準拠法によらしめる第7条第1項の原則は、維持する前提である。
4	準拠法の事後的変更
A案	
	当事者は、法律行為の準拠法を遡及的又は将来的に変更することができるが、その変更は、法律行為の方式上の有効性に影響を与えず、また、第三

者の権利を害することはでき] ない旨の規定を設ける。

(注) [] 内の文言を除いた規定を設ける場合は、準拠法の事後的変更が第三者の権利に影響するときの取扱いは、解釈にゆだねられることになる。

B 案

準拠法の事後的変更に関しては、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとする。

【意見】

[] 内の文言を付加して、A 案に賛成。

【理由】

準拠法の選択は、当事者自治の問題であり、事後的に変更することも許されるべきである。

但し、準拠法が変更されることにより、すでに生じている第三者の権利が、第三者の不利に変更されるときは、制限されるべきである。したがって、[] 内の文言を付加することに賛成する。

第 4 法律行為の成立及び効力に関する準拠法（第 7 条，第 9 条）

(注) 法律行為の成立及び効力を当事者によって選択された準拠法によらしめる第 7 条第 1 項の原則は、維持する前提である。

5 消費者契約に関する消費者保護規定

A 案

ア 契約の成立及び効力について当事者による準拠法選択がされた場合であっても、その契約が消費者契約であって、当該契約の成立(方式を含む。)及び効力に関して消費者がその常居所地法上の強行規定に基づく特定の効果を主張したときは、当該主張に係る強行規定が適用されるものとする。

イ 当事者による準拠法選択がされていない場合の消費者契約の成立(方式を含む。)及び効力は、3 ア及び第 5 にかかわらず、消費者の常居所地法によるものとする。

ウ ア及びイの消費者契約とは、消費者(事業として又は事業のために契約の当事者となる場合を除く個人をいう。)と事業者(法人その他の社団若しくは財団又は事業として若しくは事業のために契約の当事者となる場合における個人をいう。)との間の、労働契約を除く契約をいうものとする。

エ ア及びイの消費者保護規定は、以下のいずれかの場合には、適用しないものとする。

事業者の事業所が、消費者が常居所を有する法域と異なる法域に所在する場合で、消費者が当該事業所の所在する法域において契約を締結したとき。ただし、消費者が、その常居所を有する法域において、事業者から、当該事業所の所在する法域における契約の締結についての誘引を受けた場合を除く。

事業者の事業所が、消費者が常居所を有する法域と異なる法域に所在する場合で、消費者が当該事業所の所在する法域において契約の履行のすべてを受けたとき、又は受けるべきであったとき。ただし、消費者が

その常居所を有する法域において、事業者から、当該事業所の所在する法域において履行のすべてを受けることについての誘引を受けた場合を除く。

事業者が、消費者がどの法域に常居所を有するかを知らず、かつ、知らなかったことについて相当の理由がある場合

事業者が、契約の相手方を消費者でないと誤認しており、誤認につき相当の理由がある場合

(注) A案エの 及び のただし書に関し、いかなる場合に事業者からの「誘引」があったといえるかという点については、なお検討するものとする。

B案

消費者契約に関する特段の消費者保護規定は設けない。

(注) いずれの提案によっても、消費者保護に関する法廷地の絶対的強行法規が契約準拠法のいかににかかわらず適用されるとの解釈は否定されない。

【意見】

A案に賛成。但し、一部修正すべきである。

【理由】

消費者契約については消費者がその常居所地法に基づく保護を享受できるよう、保護規定を設けるべきであると考え。すなわち、当事者により準拠法選択が行われる場合、消費者契約については、附合契約により、事業者側が一律に指定した法律が準拠法とされることが多いと考えられる。従って、A案アのように、当事者により準拠法選択がされた場合であっても、消費者の常居所地法の適用の余地を残すべきであると考え。また、当事者による準拠法選択がなされない場合には、一般の法律行為については、上記3ア及びにイにより、法律行為に最も密接に関連する地の法あるいは特徴的給付を行う者の常居所地法が適用されるが、これを消費者契約にそのまま当てはめた場合、事業者の所在地法が準拠法となることが多いと考えられる。従って、上記A案イにより、消費者契約の成立（方式を含む。）及び効力については、消費者の常居所地法を準拠法とする特別規定を設けるべきであると考え。

上記B案は、消費者契約について、当事者が選択する準拠法、密接関連地法、特徴的給付者所在地法における消費者保護規定による保護、あるいは法廷地の絶対的強行法規の適用による保護で消費者保護を達成しようとするものであるが、そのような保護では不十分であると考え。すなわち、事業者が消費者保護に薄い法域の法律を準拠法としたり、事業者所在地国の法律が消費者保護に関する法律を欠く可能性があるし、消費者が事業者を訴える場合や、事業者の所在地が専属的裁判管轄として指定されている場合などは、法廷地が消費者の

常居所地とならないことも考えられるからである。

ところで、上記 A 案アについては、消費者がその常居所地の強行法規による特定の効果を主張しなければ、当該強行法規が適用されることはないとしているが、この点については、消費者保護の理念を後退させるおそれがあると考えられるので反対である。

例えば消費者が本人訴訟を行う場合に、消費者に常居所地法の強行法規の援用や、そのみならず当該強行法規に基づく特定の効果を主張する負担を負わせることは、事実上当該強行法規による保護を不可能にし、裁判所の便宜のために情報弱者である消費者の利益を切り捨てる結果となる。補足説明書 43 頁においては、当事者の主張立証に係らせる理由として、契約準拠法と、消費者の常居所地法との適用結果を比較して有利な方を選択するというローマ条約等の立法例に見られる考え方では、実務上適用結果の比較自体に困難が伴い、法律調査などに時間と労力が費やされ、事案の迅速な解決という要請に応えられないという懸念がある旨の指摘がなされている。しかしながら、国際私法においては国際的な要素を含む訴訟事件について裁判所が外国法の調査や適用を行うことは当然の前提とされているのであり、外国法が準拠法となるときは、国内法の絶対的強行法規の適用も視野に入れた審理が予定されているのであるから、契約準拠法と消費者の常居所地法との優遇比較の負担を裁判所が厭うべきではない。また、本来事件に適用すべき実体法規の探索は、裁判所の職権調査事項であり、これを消費者側の主張事項とすることは、理論上の整合性という面でも問題がある。さらに、消費者契約においては、事案の迅速な解決の要請より、消費者の常居所地法の強行法規により保護される利益のほうが、優先されるべきであり、消費者が常居所地の適用を主張しない場合に、裁判所が消費者が本来享受できるはずの保護を捨象してもよい、という A 案の発想には首肯しかねるものがある。

以上より、消費者にその常居所地法の強行規定の援用や、ましてや強行法規に基づく特定の効果の主張責任を負わせることには反対である。よって、A 案アは、ローマ条約第 5 条第 2 項と同様に、例えば「契約の成立及び効力について当事者による準拠法選択がされた場合であっても、その契約が消費者契約であって、当該契約の成立（方式を含む。）及び効力に関して、当該準拠法を適用した場合に、消費者がその常居所地国の法の強行規定により与えられた保護に反する結果となるときは、これを適用しない」などの規定とすることが考え

られる。

A 案ウについては、消費者契約の一般的定義として妥当であるとする。

A 案エについては、能動的消費者を、消費者保護規定の対象から外すことについては妥当であるとする。

A 案エの 及び のただし書について、いかなる場合に事業者から「誘引」があったといえるかどうかについては、中間試案補足説明書において今後の検討課題とされている。その検討課題の一例として、事業者がインターネット上にウェブサイトを立て、事業者が消費者の常居所地において事業者の宣伝・広告にアクセスできる状態を作り出した場合に、誘引があったといえるかどうかは問題とされているが、そのような場合に誘引があったと解するべきではない。

「誘引」とは、消費者が国境を越えて取引した、いわゆるアクティブコンシューマーについて、一旦消費者保護規定の範囲外としながら、事業者側にリスクを再転嫁する根拠となるものであるから、誘引とは、少なくとも、不特定多数の消費者にダイレクトメールを送付し、事業者所在地における契約の締結や契約の履行を促すのと同程度の、特定の法域を対象とした、積極的な勧誘行為である必要があるとする。例えば、ウェブサイトにおいて、単に自社商品の紹介をし、契約締結は事業者の所在地で行われる、あるいは商品の引渡しは事業所の所在地において行われる旨掲載していたとしても、それだけでは「誘引」とはいえないというべきである。

高級外車の売買契約がインターネット上で成立し、売主（事業者）が提示した売買契約書において引渡場所が、売主の事業者の所在地（A 国）とされていたとしても、自動車の販売店が立ち上げたウェブサイトにおいて、特に消費者の常居所地（B 国）向けの宣伝文句を謳っていなければ、A 案エの のただし書の「誘引」には該当せず、当該売買契約について消費者保護規定は適用されないと解するべきである。

また、日本人 A がカナダの現地旅行代理店が開設したウェブサイト上で、カナダ現地ツアーの宣伝を見て契約を締結し、契約の履行は、すべてカナダ国内で行われたという場合に、同ウェブサイトが特に日本からの旅行者向けに作成されていたような場合は、事業者による「誘引」となり、当該契約に消費者保護規定が適用されるというべきである。

第 4 法律行為の成立及び効力に関する準拠法（第 7 条，第 9 条）

(注) 法律行為の成立及び効力を当事者によって選択された準拠法によらしめる第 7 条第 1 項の原則は、維持する前提である。

6 労働契約に関する労働者保護規定

A 案

契約の成立及び効力について当事者による準拠法選択がされた場合であっても、その契約が労働契約であって、当該契約の成立及び効力に関して労働者が当該契約に最も密接に関係する地の法律上の強行規定に基づく特定の効果を主張したときは、当該主張に係る強行規定が適用されるものとする。

(注 1) 労働契約は、前記 3 エ(イ)と同様の定義とする。

(注 2) A 案における「最も密接に関係する地の法律」としては、前記 3 エ(ア)に従い、労務供給地(労務供給地が一義的に定まらない場合にあっては、労働者が雇い入れられた事業所の所在地)の法律が推定されるものとする。

B 案

労働契約に関する特段の労働者保護規定は設けない。

(注) いずれの提案によっても、労働者保護に関する法廷地の絶対的強行法規が契約準拠法のいかににかかわらず適用されるとの解釈は否定されない。

【意見】

A 案に賛成。但し、一部修正するべきである。

【理由】

労働契約についても、消費者契約と同様の保護規定を設けることは、妥当である。しかし、強行法規を適用することにつき、労働者による密接関係地法の強行規定に基づく特定の効果の主張にかからしめる点については、消費者契約において指摘したとおり、労働者保護の理念に反するので反対である。

第 5 法律行為の方式に関する準拠法(第 8 条)

1 法律行為の方式に関する準拠法(第 8 条第 1 項)

法律行為の方式を当該法律行為の効力を定める法律によらしめる第 8 条第 1 項を改め、法律行為の方式は、当該法律行為の成立を定める法律によるものとする。

(注 1) 行為地法による法律行為の方式を有効とする第 8 条第 2 項は、維持するものとする。

(注 2) 前記のとおり第 8 条第 1 項が改められた場合には、親族関係についての法律行為の方式に関する第 22 条と内容が一致することとなること、条文上、併せて規定するか分けて規定するかは、なお検討する。

【意見】

賛成。

【理由】

法律行為の方式を法律行為の実質について適用される法律によとしても、法律行為の方式は、法律行為の効果よりも成立により密接な関係を有するから、実質的成立要件の準拠法によることが妥当であり、中間試案に賛成である。

行為地法との選択的連結を維持することについても、契約当事者の便宜と予測可能性を考えると妥当であり、中間試案に賛成である。

なお、本中間試案は、7 条の法律行為が契約に限定しないものとすべきことを前提に、8 条の法律行為の方式についても同様に考えることを前提としていられるが、この点も妥当である。また、7 条が取消・解除等を独立の法律行為として考えることと同様に、これらの法律関係について、独立に形式的要件としての方式の準拠法を問題とすべきである。

上記のような連結政策を採用すると、身分的法律行為の方式に関する法例第 22 条との平仄が揃うこととなるが、これまで 22 条の身分行為の方式と 8 条のその他の法律行為の方式が分けて規定されていたこと、今般の改正における便宜等からすると、22 条とあわせて統一的な規定を設けるには及ばず、法律行為の方式と身分行為の方式の規定を分けるので足りる。

第 5 法律行為の方式に関する準拠法（第 8 条）

2 異なる法域に所在する者の間で行われる法律行為

（1）異なる法域に所在する者に対する意思表示

異なる法域に所在する者に対する意思表示については、その発信地を行為地とみなすものとする。

（注）本提案は、契約の申込地と承諾地が異なる場合について、第 8 条第 2 項の特則として、規定するものである。

【意見】

賛成。

【理由】

隔地的当事者間の意思表示であっても、単独行為においては、表意者に最も密接に関連し、表意者の便宜の点からも、発信地を行為地とみなすことは妥当であり、学説上も多数説であるので、中間試案に賛成である。

第 5 法律行為の方式に関する準拠法（第 8 条）

2 異なる法域に所在する者の間で行われる法律行為

（2）異なる法域に所在する者の間で締結される契約

異なる法域に所在する者の間で締結される契約の方式は、申込地又は承諾地の法律によることができるものとする。

（注）本提案は、契約の申込地と承諾地が異なる場合について、第 8 条第 2 項の特則として、規定するものである。

【意見】

賛成。

【理由】

学説においても、本論点においては諸説があり、確かにいずれも一長一短で

はあるが、中間試案において採用する選択的適用説は、明確性の点で優れており、申込・承諾で方式の準拠法が同じとなる。

第6 物権等に関する準拠法（第10条）

A案

物権等について、第10条第1項又は第2項の規定により適用すべき法律が属する法域よりも明らかにより密接な関係を有する他の法域がある場合には、その法域の法律によるものとする。

B案

例外条項は設けない。

（注）物権等を目的物の所在地法によらしめる第10条第1項及び第2項の原則は、維持する前提である。

【意見】

A案に賛成。

【理由】

動産及び不動産に関する物権等については、物権は、その性質上所在地の公益と密接な関係を有することからも、その目的物の所在地法によることとする原則を維持することは支持できる。

A案は、この物権の準拠法に関して、例外規定を設けるとするものである。あらゆる物権について、一律にその目的物の所在地法によることは画一的・硬直的であり、所在地法以外の法律を適用する余地を認めて、個々の事案に即して、具体的妥当性の確保された準拠法を適用することを可能とすることは支持することができる。

これに対しては、A案によれば、法的安定性を確保することが困難であり、準拠法に関する予見可能性を損なうものである。B案によっても「所在地」の概念を機能的に解釈することにより具体的妥当性を確保できる、との見解もある。しかし、むしろ、「所在地」を現実の所在地と厳格に解したうえで、所在地法以外の法律が適用される場合があることを明確にすることが自然であり、意義があると思われる。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

1 不法行為、事務管理又は不当利得の原則的連結政策

（1）不法行為の原則的連結政策

A案

不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、侵害の結果が発生した地の法律によるものとする。

（注）A案が採用された場合であっても、後記4（1）の例外条項が採用されたときは、例外条項の解釈・適用によって、B案と同様の結論となる場合もあり得る。

B 案

不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、侵害の結果が発生した地の法律によるが、加害者がその地における侵害の結果の発生を予見できず、かつ、予見できなかったことについて過失がないときは、加害行為がされた地の法律によるものとする。

【意見】

A 案に賛成。

【理由】

不法行為に関する原則的連結政策として原因事実発生地法によるとする現行規定を維持することは妥当である。また、原因事実発生地という連結点について、隔地的不法行為に関して不明確である点を明確にする方向性は支持できる。

その場合において、「侵害結果発生地」というのは、被害者に対する損害の填補という不法行為制度の趣旨に合致するものとして支持する。

B 案は、加害者の準拠法に関する予見可能性をある程度担保することができるため、不法行為によって生ずる債権の準拠法決定における加害者と被害者の衡平を図ることができると思われるが、主観的要件を付加することで、当事者の主観によって連結点が左右されることとなるため、不法行為の準拠法の明確性が阻害される。また、現実の裁判において個別の事案ごとに過失の有無を判断をするには証拠調べを経て事実を確定することが必要となり、準拠法の確定のための訴訟関係者の負担は大きくなり、訴訟遅延等にもつながり、迅速な被害者救済の観点から問題があるものと考えられる。

第 7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第 11 条）

1 不法行為、事務管理又は不当利得の原則的連結政策

（2）事務管理又は不当利得の原則的連結政策

事務管理又は不当利得によって生ずる債権の成立及び効力は、その原因である事実が発生した地の法律によるものとする。

（注）不法行為、事務管理又は不当利得によって生ずる債権の成立及び効力を、法定債権として一括して原因事実発生地法によらしめる現行法の規律を、事務管理及び不当利得については維持するものである。

【意見】

賛成。

【理由】

現行法どおりであるが、実務上も問題なく、そのままでよいと考えられる。

なお、隔地的になされる場合もあり、審議会ではそのような場合について立

法的に対応することも検討されたが、事務管理及び不当利得の規定によって処理される内容が極めて多様性を有していること点から考えて、「原因事実発生地」という概念を維持し、その解釈にゆだねることの方が、事案に応じた柔軟な結果を導くことができ、妥当であると考えられる。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

2 不法行為、事務管理又は不当利得の当事者の常居所地法が同一である場合
（1）不法行為の当事者の常居所地法が同一である場合

A案

不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、当事者の常居所地法（当事者が当該不法行為に関係する事業所を有する場合にあっては、その事業所の所在地の法律）が同一であるときは、その法律によるものとする。

（注）A案が採用された場合には、前記1（1）の原則的連結政策に優先して適用される。

B案

不法行為の当事者の常居所地法が同一であるときに関する特段の規定は設けない。

（注）B案が採用された場合であっても、後記4（1）の例外条項が採用されたときは、例外条項の解釈・適用によって、A案と同様の結論となる場合もあり得る。

【意見】

A案に賛成。

【理由】

不法行為の当事者双方の社会生活の基礎となる法律である同一常居所地法は、当事者双方に密接に関係する地の法律であり、その法律を適用することが当事者の利益や一般人の法感覚にかなうと考えられる（裁判例として、カナダでのスキーツアーに参加した日本人同士の接触事故にかかる不法行為に基づく損害賠償請求権が問題となった千葉地判平成9年7月24日、判時1639号86頁）。

また、このような規定をおくことで、適用法が明確になり、訴訟手続の迅速化による被害者救済にも資する。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

2 不法行為、事務管理又は不当利得の当事者の常居所地法が同一である場合
（2）事務管理又は不当利得の当事者の常居所地法が同一である場合

不法行為と同様の規律とする。

【意見】

賛成。

【理由】

不法行為に関する前記特則は、事務管理及び不当利得においても同様に適用されることが合理的であると考えられる。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

3 不法行為、事務管理又は不当利得が当事者間の法律関係に関する場合

（1）不法行為が当事者間の法律関係に関する場合

A案

不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、不法行為が当事者間の法律関係に関係してされたときは、その法律関係の準拠法によるものとする。

（注）A案が採用された場合には、前記1（1）の原則的連結政策及び前記2（1）の当事者の常居所地法が同一である場合の規律に優先して適用される。

B案

不法行為が当事者間の法律関係に関係してされたときに関する特段の規定は設けない。

（注）B案が採用された場合であっても、後記4（1）の例外条項が採用されたときは、例外条項の解釈・適用によって、A案と同様の結論となる場合もあり得る。

【意見】

A案に賛成。

【理由】

不法行為の問題が当事者間の法律関係に関する紛争の一部を構成するものである以上、不法行為の問題であるとはいえ、原因事実発生地法よりも当事者間の法律関係の準拠法を適用する方が、当事者の予見可能性を確保し、その合理的な期待にかなう結果を導くことができる。

また、請求権競合の際において、契約における準拠法と不法行為における準拠法が異なるという事態が避けられる。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

3 不法行為、事務管理又は不当利得が当事者間の法律関係に関する場合

（2）事務管理又は不当利得が当事者間の法律関係に関する場

不法行為と同様の規律とする。

【意見】

賛成。

【理由】

不法行為の場合と同様、当事者間の法律関係の準拠法を適用することによって、当事者の法的な予見可能性を確保し、その合理的な期待に沿う結果を導くことができると考えられる。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

4 例外条項

(1) 不法行為

不法行為によって生ずる債権の成立及び効力について、前記1から3までの各(1)により適用すべき法律が属する法域よりも明らかにより密接な関係を有する他の法域がある場合には、その法域の法律によるものとする。

【意見】

賛成。

【理由】

連結点の画一性を緩和する一般条項的な条項として規定することで、解決の具体的妥当性を図りうるものと評価することができる。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

4 例外条項

(2) 事務管理又は不当利得

不法行為と同様の規律とする。

【意見】

賛成。

【理由】

不法行為の場合と同様、連結点の画一性を緩和する一般条項的な条項として規定することで、解決の具体的妥当性を図りうるものと評価することができる。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

5 当事者自治

(1) 不法行為

ア 当事者は、不法行為が発生した後に、それによって生ずる債権の成立及び効力について、準拠法を選択することができるものとする。

イ 準拠法選択の有効性及び準拠法の事後的変更については、法律行為における準拠法選択の有効性及び準拠法の事後的変更と同様の規律とするものとする。

(注1) 本規律は、前記1(1)の原則的連結政策、2(1)の当事者の常居所地法が同一である場合の規律、3(1)の当事者間の法律関係に関する場合の規律及び4(1)の例外条項に優先して適用される。

(注2) イに関し、法律行為における準拠法選択の有効性(第4・2)及び準拠法の事後的変更(第4・4)についてB案が採用され、ここでも規定を設けないこととされたとしても、アの規定は設ける趣旨である。

【意見】

賛成。

【理由】

不法行為制度の趣旨は、被害者の損害の填補、当事者間の利益調整といった点にあり、また、不法行為によって生ずる債権も通常は金銭債権であり、他の

債権と同様に、実質法上当事者による任意処分が認められているから、抵触法上も当事者自治を認めるべきである。

当事者が準拠法を選択することができる時点については、不法行為が発生する以前から当事者による法選択を認めると、社会的に対等でない当事者間で法選択がされる場合等、弱者保護の点で問題が生じ得ると考えられ、試案の内容が妥当と考えられる。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

5 当事者自治

（2）事務管理又は不当利得

不法行為と同様の規律とする。

【意見】

賛成。

【理由】

不法行為の場合以上に、当事者間の利益調整という観点が重視されるべきであり、それによって生ずる債権も、通常は当事者による任意処分が認められるものであり、不法行為について当事者自治を認めるのと同様、この場合も当事者自治を認めるべきと考えられる。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

6 特別留保条項（第11条第2項、第3項）

A案

第11条第2項及び第3項を維持する。

B1案

第11条第3項は維持するが、第2項は削除する。

B2案

第11条第2項及び第3項を削除する。

（注）特別留保条項が維持された場合には、前記1から5までの各（1）及び後記7によって決定される準拠法のいかににかかわらず、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、日本の法律が認める範囲に限定されることとなる。

【意見】

B2案に賛成。

【理由】

現行法例11条2項・3項の特別留保条項は、不法行為についての規範が公の秩序に関するものであることを理由に設けられたものであるとされる（法例修正案理由書）。

過度に内国法を優先する規定であること、不法行為の成立が限定され、被害

者保護に欠ける結果となり得ること、不法行為の趣旨は本来被害者の損害の填補という点にあること、諸外国においても特別留保条項を規定する国はほとんどないこと、から、廃止することが妥当である。

なお、11 条 2 項・3 項の適用によって具体的妥当性を確保することができたと考えられるものもある(例えば、最判平成 14 年 9 月 26 日民集 56 巻 7 号 1551 頁。「カードリーダー事件」とされるが、これらは他の法理(「公序」など)による個別的具体的解決が可能であり、一般的に特別留保条項を設けることまでの必要性はないと考えられる。

第 7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法(第 11 条)

7 個別的不法行為

(1) 生産物責任に関する準拠法

A 案

生産物の瑕疵により人の生命、身体又は財産を侵害する不法行為によって生ずる生産業者等に対する債権の成立及び効力は、生産物が取得された地の法律によるが、生産業者等がその地における同種の実産物の取得を予見できず、かつ、予見できなかったことについて過失がないときは、生産業者等の事業所の所在地の法律(生産業者等が複数の事業所を有するときは、主たる事業所の所在地の法律)によるものとする。

(注 1)「生産物」とは、生産された物一般を意味し、製造物責任法(平成 6 年法律第 85 号)にいう「製造物」より広い概念である。

(注 2)「生産業者」とは、生産物を業として生産し、加工し、流通させ、又は販売した者を意味し、「生産業者等」とは、生産業者及び生産業者として氏名、商号、商標その他の表示をした者を意味する。

(注 3) A 案の規律は、前記 1(1)の原則的連結政策に代替するものであり、前記 2 から 5 までの各(1)の規律との関係は、すべて前記 1(1)と同様とする。

B 案

生産物責任に関する特段の規定は設けない。

(注) B 案が採用された場合であっても、前記 4(1)の例外条項が採用されたときは、例外条項の解釈・適用によって、A 案と同様の結論となる場合もあり得る。

【意見】

A 案に賛成。

【理由】

生産物責任に関しては、瑕疵ある生産物を生産して商品流通に置いたことにより発生するというその特徴から、市場地法を準拠法とすることが妥当である。

生産業者等は、生産物の安全基準について、それが流通する市場における基

準に従うと考えられ、適法な行為の基準となる規範が市場地法を基礎とするところから、生産業者等の行為を不法と評価する規範も市場地法によるべきである。

また、市場が生産業者等と被害者の接触する地点であり、両者にとって中立的かつ密接に関係する地の法律＝市場地法であるということができ、生産業者等と被害者との利益のバランスも保たれる。

但し、通常当該生産物が売買される市場地とは異なる地で商品が取得された場合（特に、商品の安全基準等が国により異なるため、生産業者等があえて流通させなかった国で商品が取得された場合）に、取得された地の法を適用することは生産業者等の準拠法に関する予見可能性を阻害する。そのため、生産業者等の準拠法に関する予見可能性を考慮する必要がある。

B案によっても、例外条項（前記4（1））によってA案と同様の結論を導きうるが、できるだけ一般条項的な規定に頼らない方が法的安定性に資する。

第7 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）

7 個別的不法行為

（2）名誉又は信用の毀損に関する準拠法

A案

他人の名誉又は信用を毀損する不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、被害者の常居所地法（被害者が法人その他の社団又は財団である場合にあっては、その事業所の所在地の法律（被害者が複数の事業所を有するときは、主たる事業所の所在地の法律））によるものとする。

（注）A案の規律は、前記1（1）の原則的連結政策に代替するものであり、前記2から5までの各（1）の規律との関係は、すべて前記1（1）と同様とする。

B案

名誉又は信用の毀損に関する特段の規定は設けない。

（注）B案が採用された場合であっても、前記4（1）の例外条項が採用されたときは、例外条項の解釈・適用によって、A案と同様の結論となる場合もあり得る。

【意見】

A案に賛成。

【理由】

名誉又は信用の毀損に基づく不法行為については、被侵害法益が物理的なものでないため、結果発生地を一義的に明らかに決定することができないという問題がある。また、名誉・信用の毀損は、インターネット等の情報手段が発達した現代において、容易に世界中に名誉・信用の毀損をもたらす情報を拡散さ

せうる。こうした場合の結果発生地の決定は必ずしも容易でない。そのため、特則規定を設けて準拠法を明確化した方が、予測可能性が高くなる。

現行法例 11 条の解釈として、名誉又は信用を毀損する情報が伝播したすべての地点において侵害結果が発生していると考え、各法域ごとに異なる不法行為が発生し、それぞれについて準拠法決定をするとの考え方(「モザイク理論」)が主張されていたが、準拠法が区々となり、当事者間の紛争解決を複雑にする。

特則規定を設ける場合に、どの法域にするかについては、名誉・信用に対する毀損が、通常、被害者の常居所のある国において最も重大な社会的損害が発生していると考えられることから、A案が合理的であると考えられる。

なお、また、名誉・信用毀損というのは、他方で表現の自由との関係も考慮しなければならないが、各法域ごとに名誉・信用毀損が生じるとするより、特定の法域を準拠法地とすることで、表現者にとっての予測可能性が高くなることから、表現の自由の保護の観点からより妥当と考えられる。

第 8 債権譲渡等に関する準拠法(第 12 条)

(注) 債権質の成立及び当事者間における効力並びに債権質の第三債務者及び第三者に対する効力につき、債権譲渡と同様に規律する旨の規定を設けるとの考え方もあり、この点については、今後なお検討する。

1 債権譲渡の成立及び当事者間の効力

A 案

債権譲渡の成立及び当事者間における効力は、譲渡の対象となる債権の準拠法による旨の規定を設ける。

B 案

債権譲渡の成立及び当事者間における効力に関しては、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとする。

(注) ここでいう債権譲渡とは、債権的な原因行為から区別された債権の移転を目的とする処分行為を意味する。

【意見】

A 案に賛成。

【理由】

日本の抵触法上、動産、不動産、著作権の譲渡について、原因行為とは別の処分行為が観念されており、日本の実質法上も、債権譲渡自体について処分行為が観念されているので、A案の方がこれらの見解と整合する。この点について、処分行為としての債権譲渡行為を観念し得るとしても、譲渡対象債権準拠法により規律される事項が明確でなく、また、規定を設ける必要もないとの意

見があるが、債権の譲渡可能性が譲渡対象債権準拠法によって規律される旨が明確にされるだけでも意味がある。

なお、A案によれば、個々の債権の準拠法として複数の法律を参照しなければならないので、債権の流通の円滑化を阻害するおそれがあるとの意見もあるが、集合債権の流動化等においては、第三者対抗要件を簡便に備えることが最も重要であると思われ、他方、B案でも、債権の譲渡可能性は譲渡対象債権準拠法によると解釈されており、また、後記2の通り、債務者対抗要件が譲渡対象債権準拠法によるとされるので、現実に譲渡債権を回収するためには、譲渡対象債権準拠法を考慮しなければならない。したがって、A案が、B案と比べて、債権の流通の円滑化を阻害するとは思われない。

第8 債権譲渡等に関する準拠法（第12条）

（注）債権質の成立及び当事者間における効力並びに債権質の第三債務者及び第三者に対する効力につき、債権譲渡と同様に規律する旨の規定を設けるとの考え方もあり、この点については、今後なお検討する。

2 債務者に対する効力

債権譲渡の債務者に対する効力は、譲渡の対象となる債権の準拠法によるものとする。

【意見】

賛成。

【理由】

債権譲渡の債務者に対する効力は、債権自体の効力の問題であるので、譲渡対象債権準拠法によるべきである。また、債務者は、譲渡対象債権準拠法を認識できるので、債権譲渡の債務者に対する効力を譲渡対象債権の準拠法によっても、債務者保護は図ることができる。

第8 債権譲渡等に関する準拠法（第12条）

（注）債権質の成立及び当事者間における効力並びに債権質の第三債務者及び第三者に対する効力につき、債権譲渡と同様に規律する旨の規定を設けるとの考え方もあり、この点については、今後なお検討する。

3 第三者に対する効力

A案

債権譲渡の第三者に対する効力は、譲渡の対象となる債権の準拠法によるものとする。

B案

債権譲渡の第三者に対する効力は、譲渡人の常居所地法（譲渡人が当該債権譲渡に係る事業所を有する場合にあっては、その事業所の所在地の法律）によるものとする。

（注1）現行法の下では、第12条の「第三者」とは債務者を含む第三者をいう

と一般的に解されているが、本提案における「第三者」には、債務者は含まれていない。

(注 2) B 案において、譲渡人が事業所を有する場合にあっては、債権譲渡と事業所との関係にかかわらず、その事業所の所在地の法律（譲渡人が複数の事業所を有するときは、主たる事業所の所在地の法律）によるとの考え方もあり、今後なお検討する。

【意見】

B 案に賛成。

【理由】

第三者にとって、譲渡対象債権準拠法は不明な場合があり得るのに対して、譲渡人常居所地法は通常判明しているので、第三者対抗力については、譲渡人常居所地法による方が取引安全に資する。

また、債権譲渡の第三者対抗力が問題となり得る場合の一つとして、譲渡人倒産の場合が挙げられるが、その場合の倒産手続きには譲渡人の常居所地倒産法が通常適用されると考えられるので、債権譲渡の第三者対抗力の準拠法も譲渡人常居所地法とする方が同倒産法と整合する。

さらに、B 案の方が、国連国際債権譲渡条約 30 条 1 項、米国統一商事法典第 9 編等の国際的潮流と調和するだけでなく、そのような国際的潮流に沿った改正債権譲渡特例法の組み合わせによれば、日本法人が、将来債権を含む国外債務者に対する債権を譲渡する場合に、債権譲渡特例法に基づく登記のみで第三者対抗要件を取得すると解釈できることになり、今後ますます必要性が高まる集合債権の流動化等に資する。他方、A 案では、準拠法の異なる集合債権を譲渡する場合に一律処理ができない、準拠法が定まっていない将来債権を譲渡しようとしても第三者に対する効力の準拠法を決定できないという問題点がある。

このような債権譲渡については、実務上のニーズは現時点においてはほとんど認められないとする意見もあるが、今後、企業活動の国際化がさらに進展するにつれて、また、B 案の採用により、ニーズが生じてくると思われる。例えば、製造販売業者が、日本国内の売掛債権と併せて、欧米諸国等に所在する取引先に対する売掛債権を、将来発生分も含めて、一括で譲渡することが想定される。

さらに、不動産を中心とする資産の換価価値を重視する借入から、事業収益重視の資金調達への転換が、必要とされている中、収益性のある資産の証券化・

流動化だけでなく、プロジェクトファイナンスや同様の手法を活用した企業全体の収益を把握した金融も必要とされてくるが、そのような金融を活用していくためには、将来債権も含めた一切の債権の譲渡担保が必要となってくるところ、A案ではこれに十分に対応できない。

第9 親族関係の準拠法（第13条第3項ただし書、第16条ただし書）

A案

婚姻の方式に関する第13条第3項ただし書を維持する。

B案

婚姻の方式に関する第13条第3項ただし書を削除する。

（注）離婚に関する第16条ただし書は維持することとする。

【意見】

B案に賛成。

【理由】

法例13条3項については、婚姻の当事者である日本人と外国人の双方に差別や不平等をもたらすものであって、同条項を維持することは許されないと考えられる。

すなわち、同条項を適用すれば、日本で婚姻をする外国人にとっては、婚姻の相手方が外国人である場合には、婚姻の方式について、自らの本国法によることが認められるにもかかわらず、相手方が日本人である場合には、自らの本国法によることが認められないこととなる。

また、外国人と婚姻をする日本人は、日本国外で婚姻をする場合には、婚姻の方式について、相手方外国人の本国法によることが認められるにもかかわらず、日本で婚姻をする場合にのみ、その法律によることが認められないという不平等が生じる。

こうした結果は、何ら合理性がない不平等である。

第10 後見等（第24条、第25条）

外国人に対する後見について例外的に日本の法律が適用される場合を規定する第24条第2項の規定を改め、被後見人が外国人である場合について、以下に掲げるときは、裁判所による後見人の選任及びその効力は、日本の法律によるものとする。

被後見人の本国法によれば後見開始の原因がある場合であって、日本における後見の事務を行う者がいないとき

日本において被後見人に対する後見開始の審判があったとき

（注1）第24条第2項の「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル」との文言を削除し、また、日本の法律によるのは裁判所による後見人の選任及びその効力とする

ものである。

(注2) 後見を被後見人の本国法によらしめる第24条第1項の原則は、維持する前提である。

(注3) 保佐及び補助についても、同様の規律とする。

【意見】

賛成。

【理由】

24条1項で本国法を準拠法とする原則を維持することは支持できる。現行法通りであるが、現在においても、後見は、親権者のない未成年者のための親権の延長としての性質および禁治産者の保護手段としての性質を有し、被後見人の保護を企図するものであることからすれば、後見は一般に被後見人の属人法に従うことが適切であると考えられる。

また、「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル」という文言を削除することは支持できる。なぜなら、今日においては、無能力の外国人の要保護のみならず、被後見人の財産管理を目的とすることも多く、財産所在地の一般公益（我が国の取引秩序、公益等）と密接な関係を有していることからすると、日本に被後見人の外国人の財産が所在するが、被後見人の外国人が日本に住所及び居所を有しない場合も日本法の適用範囲とすべきだからである。

さらに、日本の法律によるのは裁判所による後見人の選任及びその効力とするとして事項的適用範囲を限定する点についても支持できる。この点、24条1項で原則として本国法を準拠法とすることから、裁判所による後見人の選任及びその効力以外の事項についてまで、日本法が適用されると、本国法の効力と抵触が生ずることが考えられるので、かかる事項に適用範囲を限定することは妥当であると考えられる。

第11 総則（第29条、第32条）

1 住所地法の決定（第29条）

第29条を削除する。

(注) 本試案（第4・3並びに第8・2及び3）に基づく改正がされ、住所地法を準拠法とする規定が法例上存在しなくなることを前提とする。

【意見】

すべての法規上、住所地が連結点として法令上存在しなくなることを前提とするならば、賛成

【理由】

現行法例上、住所地を連結点とする条項は、隔地者間の意思表示について定

める 9 条及び債権譲渡の対抗要件について定める 12 条のみである（ただし、遺言の方式に関して、住所地法に関する規定が準用されている。第 34 条 2 項但書。）。

中間試案によれば、9 条及び 12 条についての連結点はそれぞれ住所地でない別の連結点が指定されている。

これらの条項について試案どおりの改正がなされ、34 条 2 項但書についても手当てがされることが前提であれば、住所地法という連結点を、あえて法例上、維持しておくべき必要性を認めないので、29 条を削除する中間試案に賛成である。

なお、住所地は、日本法上の民法の「住所」の規定が比較的明確であること及びその解釈が成熟していることとあいまって、実務上は比較的明確な連結点として存在しており、事件処理の安定性に寄与していた。

今回の中間試案で、諸条約、諸外国の国際私法に平仄を合わせた結果、比較的多く採用された連結点は、常居所地である。従来より、常居所地については、その概念が不明確であり、実務における事案処理の予見可能性、安定性について問題があるとの意見もあった。

確かに常居所地については、審議会における議論の通り、その概念の特質上、一義的な定義は困難であると思われるが、この点について、実務の立場からは、事案処理の予見可能性、安定性の観点から、常居所地の解釈について、一定の解釈指針等を定めていただければ、事件処理に大変助けになるであろう。

第 1 1 総則（第 29 条、第 32 条）

2 反致（第 32 条）

A 案

第 32 条を維持する。

B 案

第 32 条を削除する。

【意見】

A 案に賛成。

【理由】

現行法例 32 条は、当事者の本国法によるべき場合において、その国の法律に従い、日本の法律に従うべき場合は、日本法によるとして、反致を認める。そして法例上、当事者の本国法によるべきとされている類型の多くは、親族・相続関連（13 条ないし 26 条）である。

反致については、理論的根拠上、諸々の批判を浴びているところであるが、現行の実務上、反致により救われている部分が多数ある。

仮に、反致の規定を削除した場合、いわゆる共産圏に属する国籍を持つ被相続人の相続において、土地の相続に適用すべき法律について、きわめて大きな解釈上の問題点を発生させることとなる。

ご存知の通り、日本においては、その歴史的経緯から、中華人民共和国国籍を有する在日中国人、朝鮮民主主義人民共和国国籍を有する在日朝鮮人が、特別永住者として国内に多数永住している。

現行法例 26 条は、相続についての準拠法を被相続人の本国法としているため、これらの者について相続が発生した場合、その準拠法は、それぞれ中華人民共和国法（以下「中国法」という。）、朝鮮民主主義人民共和国法（以下「北朝鮮法」という。）となる。

ところが、これらの国においては、いわゆる共産主義体制を取っているため、土地についての私的所有制度が存在しない。そこで、中国承継法（相続法）36 条は、このような涉外相続事件における土地を含む不動産に関する準拠法をその不動産の所在地法としてその解決を図り、北朝鮮家族法（相続についても定めがある。）付記 4 は、外国において永住権を取得している北朝鮮公民には、家族法を適用しない、としている。

従って、現行法において、上記のような国籍を有するものを被相続人として相続が発生した場合、不動産の相続については反致が認められ、準拠法は日本法となる（北朝鮮法については、解釈の余地がある。）ので、日本国内における土地の相続についても問題を生じていない。

仮に 32 条を削除した場合、上記のような相続の事例においては、中国法、北朝鮮法を適用することになるが、このような場合、共産主義体制の原則論からいけば、土地は国有または集団所有であり、現実の使用者は使用権しか有していないから、土地所有権をどのように処理していくか、土地使用権に関する規定を準用するのか、それとも外国については特則を認めるのか、全く見当がつかない。

現状では、このような事例において、どのように処理すべきか（具体的解決としては、公序によって、土地に関する中国法、北朝鮮法の適用をそれぞれ排除すること等が考えられる。）について、まったく議論が成熟しておらず、現状において 32 条を削除した場合、現実的に、これらの問題に対応できないこと

が予測される。

このように、反致の規定については、理論上はともかく、現実の実務において、弊害はなく、むしろ、利益となっている側面が多い。

もともと、反致の規定は、本国法と常居所地法／住所地法との調和を取るために設けられたものであると言われている。中間試案では、単位法律関係における連結点の多くは常居所地とされているものの、親族・相続に関する連結点はいまだ当事者の本国として維持されている。このような状況から考えると、現状における法例の連結点に対する姿勢は、本国法と常居所地法の双方を折衷する立場か、または本国法から常居所地法に移行する過渡期であると考えられる。

従って、このような状況下において、現行法例の 32 条を削除するのは時期尚早であり、今後の諸条約、諸外国法改正の流れをにらみつつ、日本の法例における連結点に対する姿勢が明確化された後に、削除するか否かを決定すればよいのではないかと考える。

以上より、現状では、反致の規定を削除した場合における議論は未だ十分に成熟していないことから、反致に関する現行法例 32 条は維持されるべきであると考えられる。