

国際私法基礎講座の学習にあたって

(はじめにお読みください)

1. 学習の進め方

(1) 予習

予習は特に不要です。ただ、第一回の②(原則として、便宜上、1コマ3時間の講義を1時間ずつ3回に分けています)の講義からは、実際の司法試験の過去問を解いていきます。あらかじめ問題文を読み、当事者の関係性を図示しておくという準備だけはお願いします。加えて、自分で答案構成をしてみると学習上効果的ではありますが、この点はその時点のご自身の習得度や時間制約の観点から判断してください。

(2) 講義

講義中は板書も使いながら、解説をしていきます。レジュメはありますが、板書を写すにあたり十分なスペースがないと思われます。適宜、ノートやルーズリーフをご使用ください。また、板書でなく、口頭の説明で済ませる場合もあります。板書をしたから重要、口頭だから重要でないという区別はありませんので、口頭で説明した箇所も適宜、レジュメやノートにメモしていただくようお願いします。

(3) 復習

私見ですが、重要度としては、復習>講義>予習だと考えています。復習は講義後、なるべく早い段階でしてください。もちろん、1回の講義のボリュームはそれなりにありますから、復習は大変だと思われます(その点で、3時間まとめて聴くのではなく、1時間を3回に分けて聴かれることも推奨します)。講義の中で、できる限り、ここは覚えてほしい、理解してほしいと強調しますので、その点を中心に復習していただければと思います。具体的には、

①問題の条文操作を確認する、レジュメを見直す

②レジュメ巻末「チェックポイント」を使って、知識や理解を確認する

③解答例を見る

という手順になります。ただ、特に講義の序盤では、③までは不要です。③までの復習はかなりの労力になりますので、解答例を読んで分析する復習は国際私法の学習が進んだ後にしていただければと思います(その際は出題の趣旨と採点実感を併せてお読みいただくと効果的です)。また、①②についても一読、一回ではなく、講義を受けた直後、講義を受けた週末、講義を受けた2週間後等、短い期間に複数回行うことが理想的です。

なお、学習上の重要度は、①条文操作ができる→②法性決定ができる、条文の趣旨が答えられる(この2点は同程度に重要です)→③論点を把握している、になります。論証例を覚えるよりもまず、条文操作や法性決定をできるようにすることが優先事項になります。

2. レジユメの構成

(1) 論証例

論証例については、重要度によって A から C までに分類されています。その目安は以下の通りです。

A：学習の初期段階においても理解しておいてほしい論点

B：学習の後期段階においては必ず理解しておいてほしい論点

C：国際私法で高得点を狙いたい方はぜひ知っておいてほしい論点

すなわち、司法試験を受ける段階においては、最低限 B ランクまでの論証例については使えるようになってください（暗記してください、ではありません。キーワードなどは暗記になりますが、論証例の語らんとしていることを自分の言葉で表現できることが大切です。もちろん、理解した結果、論証例の言葉と同じになることは多々あると予想され、それは学習が効果的に行われている結果だと思われます）。

(2) チェックポイント

講義で解説した事項ないしレジユメに載っている事項を復習用にクエスチョン形式で載せてあります。クエスチョンに対応する解答は載せていませんので、レジユメ（講義の受講者各自のメモを含む）や解答例から答えを見つけてください。なお、絶対に覚えてほしい事項と、できれば覚えてほしい事項に分けていますので、ご自身の学習の進度や時間の制約と相談して判断してください。

3. 解答例について

解答例は担当講師が受験時代に作成したものをベースとしながらも、講義をするにあたり出題の趣旨や基本書を参考にしながら作成した「完全答案に近い」ものとなっています（純然たる「完全答案」ではありません）。この解答例を分析することは、特に学習の後期段階では非常に有益であると考えています。他方で、司法試験本番でこのレベルの解答を作らなければならないかという点、それは不要です。解答例レベルの答案を作成した場合、まず間違いなく 1 位答案になります。本番までにこのレベルに達しなければいけないのかと不安になるのではなく、解答例の分析を繰り返して、解答例に肉薄できるように心がけてください。

4. 終わりに

国際私法は学習範囲こそ広くないものの、近年の司法試験は難化しているように思われます。講義を存分に活用し、しっかりと対策した上で、司法試験に臨みましょう。コストパフォーマンスは悪くない科目ですので、対策した分、点数につながるはずですよ。

第一回①レジュメ

例題 1 - 1

甲国人Aは日本国内で死亡した。Aの相続について判断する法はどここの国の法か。

例題 1 - 2

例題 1 - 1 において、Aが日本国籍と甲国籍を有していた場合はどうか。

例題 1 - 3

例題 1 - 1 において、甲国法が「相続は、被相続人の死亡した地の法による」と定めていた場合はどうか。

例題 2 - 1

甲国人A男と日本人B女は長年日本で婚姻生活をしてきたが、Aの不貞行為が原因で離婚することにした。Bが日本の裁判所で離婚を求めるとき、この離婚について判断する法はどここの国の法か。

例題 2 - 2

例題 2 - 1 において、婚姻生活を送ってきた地が甲国であったときはどうか。

例題 2 - 3

例題 2 - 2 において、甲国法が「女性からは離婚の請求は一切できない」と規定していたとする。Bは離婚できるか。

例題 3 - 1

甲国に常居所を有する売主Aは日本に常居所を有する買主Bと日本にある動産Cの売買契約を締結した。売買契約中に準拠法を乙国法とする条項があったとき、当該契約につき判断する国の法はどここの国の法か。

例題 3 - 2

例題 3 - 1 において、売買契約中に準拠法合意がなかったときはどうか。

例題 3 - 3

例題 3 - 1 において、所有権の移転時期について判断する国の法はどここの国の法か。

例題 4 - 1

日本人Aは甲国旅行中、乙国人Bが運転する自動車にひかれた。帰国後、Aが日本の裁判所に訴訟提起するとき、AのBに対する損害賠償請求権について判断する法はどここの国の法か。

例題 4－2

例題 4－1 において、B も日本人旅行者であった場合はどうか。

例題 4－3

例題 4－1 において、甲国法が「懲罰的損害賠償をも請求できる」と規定していた場合、A が B に対し請求できる損害賠償の範囲について答えよ。

例題 5－1

日本に住む日本人 A は甲国に住む甲国人 B に原料を引き渡したが、B は代金を支払わない。契約書の中に「A B 間の紛争解決は日本の裁判所で行う」との条項があったとき、A の訴えにつき日本の裁判所は裁判権を有するか。

例題 5－2

例題 5－1 において、国際裁判管轄に関する合意がなかった場合はどうか。普通裁判籍に関して答えよ。

例題 5－3

例題 5－2 において、特別裁判籍について答えよ。ただし、金銭の支払いは A の日本の普通預金口座への振込みによってなすとされていたとする。

学習上の目標（司法試験の出題パターン）

① 正しい条文操作ができるようになる

例：16 歳の日本に常居所を有する無国籍者 A 女は 16 歳の甲国人男 B と日本で婚姻しようとしている。当該婚姻は認められるか。なお、甲国民法は「i：16 歳以上を成年とする。ii：未成年者は婚姻できない。」と定めている。

② 明文の規定がないものや、法性決定に見解の対立があるものについての考えを答えられるようになる

例：任意後見の準拋法
債権者代位権の準拋法

③ 各条文の趣旨をおさえる

第一回② 講義レジュメ

平成 18 年度司法試験第 1 問

設問 1 → 第六回時に解説（国際家族法分野の国際裁判管轄＋外国判決の承認執行）

⇒ 第一回③

⇒ 第六回①

論証例：扶養の国際裁判管轄 B

扶養の国際裁判管轄をどのように判断するか。明文はないため、条理による。
たしかに、争訟性が高い点は離婚事件に類似する→最大判 39. 3. 25 規範（後述）
しかし、一般の身分関係事件の場合よりも強く扶養権利者の利益保護が必要となる。
また、扶養権利者の生活状態の調査や扶養料額の算定に必要な資料収集（※）の便宜も考慮する必要がある。（※その国の生活水準や社会保障制度を指す）
そこで、相手方の住所地国に加え、扶養権利者の住所地国にも管轄を認めるべきである。

設問 2 → 扶養の準拠法

解答のプロセス

適用除外（43 条 1 項本文） → 扶養義務の準拠法に関する法律 1 条、6 条 → 同法 4 条 1 項本文

※注意：適用除外（43 条 1 項本文）の指摘忘れが多いので気を付けること。

※注意：扶養義務の準拠法に関する法律 4 条 1 項

◎「その離婚について適用された法」 ∵ 離婚後扶養は離婚それ自体と密接に関連

×法の適用に関する通則法 27 条による

設問 3 → 離婚の際の親権者の指定の準拠法 《典型論点》

論証例：離婚の際の親権者指定 A

離婚の際の親権者の指定について、離婚について定めた 27 条によるべきか、親子間の法律関係について定めた 32 条によるべきか。法文上明らかでないため問題となる。

たしかに、離婚とそれを理由とした親権者の指定は同時に行われるのが通常であるから、統一的な判断が行われるよう、離婚について規定した 27 条によるべきとも思える。

しかし、親権者の指定において最も重要な点は子の利益である。27 条が準用する 25 条は夫婦の本国法などを連結点としており、子の要素が含まれない一方、32 条は子の本国法や子の常居所地を連結点としており、子の利益を図っている。

そこで、離婚の際の親権者の指定は 32 条によるべきである。

・重複国籍者の本国法（38 条 1 項）

◎扶養に関する知識、論点

・扶養の準拠法が原則として扶養権利者の常居所地法とされている趣旨（法2条1項）

① 扶養権利者が現実の生活を営む地の法によってこそ要保護者の需要に応じられる

② 公的扶助と同一の準拠法に依拠させることで制度間の調和が可能になる

・補正的連結（同項但書、2項）

選択的連結との違いに注意

→適用の順番が決められている ∴扶養料の額までが問題となる

注意：事実上扶養料を受けられない場合ではない

・重国籍者の処理不要 ∴38条1項に相当する規定がない

（例 父が甲国人、子が甲国と日本の重国籍者であった場合、38条1項を適用すれば子の本国法は日本法となり、法2条1項但書の適用上、共通本国法はないことになる。しかし、38条1項の適用はないため、甲国国籍が共通し、共通本国法たる甲国法が適用される）

・適用範囲で問題となりうるもの

① 親子間の扶養（養育費）

→争いなく本法

② 婚姻費用の分担

→夫婦財産制（26条）と扶養で法性決定に対立あり

→扶養と解するのが有力 ∴子の養育費も婚姻費用として請求することが多いため、両者に同一の準拠法を適用するのが望ましい

平成 19 年度司法試験第 1 問

設問 1 (1)→失踪宣告の国際裁判管轄 (6 条)

ポイント：5 条 (後見審判) と 6 条 (失踪宣告) は国際裁判管轄と準拠法の両方を規定している。 ∵非訟事件であるため、実体法と手続法の間密接な関係があり、日本の手続法のもと、外国実質法を適用すると的確な保護措置の実施を阻害しかねない。

設問 1 (2)→失踪宣告の効果としての婚姻の解消

解答のプロセス

6 条?→否定→25 条 VS 27 条

論証例：失踪宣告の効果 A

6 条は失踪宣告による死亡の擬制などの直接的効果のみならず、婚姻関係の解消のような間接的効果をも包摂するか。法文上明らかでないため問題となる。

間接的効果は失踪宣告との関係性の大小を問わなければ、その範囲はあまりに広い。この範囲に属する事項にすべて 6 条により日本法を適用すると、日本に關係の薄い事項についても日本法が適用されうるため、妥当でない。

そこで、間接的効果が認められるかについては、問題となっている法律関係の準拠法によるべきと考える。

設問 2 (1)→反致 ※この問題自体の価値は乏しい ∵法の適用に関する通則法施行後、1 年目だからこそ、「従来からの反致制度を維持した通則法第 41 条の基本的な理解を示すことが求められ」(出題の趣旨より) た。

論証例：選択的連結と反致 B

反致の趣旨は国際的な判決の調和を達成する点にある。

よって、この趣旨を達成するため、反致が適用されない場面は限定すべきである。

ここで、41 条但書は段階的連結につき反致を否定している。この趣旨は、当事者にとって最も密接な関係を有する法を採求したのだから、特にその国の法を適用する必要がある点にある。

たしかに、選択的連結の場合に反致を認めると、準拠法の選択肢が減少するおそれがあり、可能な限り当事者を保護するという選択的連結を採用した趣旨に反する場合もありうる。しかし、ひとつの選択肢を奪うことが当事者保護を決定的に害するとはいえないから、段階的連結の場合と同程度に反致を否定すべき理由があるとはいえない。

よって、条文に従い、選択的連結の適用にあたり、反致は肯定すべきである。

論証例：セーフガード条項と反致 B

反致の趣旨は国際的な判決の調和を達成する点にある。

よって、この趣旨を達成するため、反致が適用されない場面は限定すべきである。

ここで、41 条但書は段階的連結につき反致を否定している。この趣旨は、当事者にとって最も密接な関係を有する法を探求したのだから、特にその国の法を適用する必要がある点にある。

そしてセーフガード条項の趣旨も当事者保護のため特定の国の法の実質法を強行する点にあり、特定の国の法を適用すべきという意味で段階的連結の場合に反致を否定する趣旨と共通する。

よって、セーフガード条項の適用にあたっては反致を否定すべきである。

設問 2(2)→失踪宣告の効果としての相続

解答のプロセス

6 条？→否定→36 条→41 条

◎失踪宣告に関する知識・論点

・原則的管轄の趣旨

① 「不在者が日本に住所を有していたとき」

∵失踪宣告の趣旨のひとつたる不在者に関わる不確実な法律関係を確定するという点を達成するためには、不在者に関わる利害関係を有する地での解決が求められる

② 「日本の国籍を有していたとき」

∵戸籍の整理の便宜、また、親族などが相続人として利害関係を有する

・例外的管轄→効力が及ぶ範囲につき注意 (⇔1 項の場合は不在者の財産、法律関係全て)

① 不在者の財産が日本にあるとき⇒その財産についてのみ

② 不在者に関する法律関係が日本に関係があるとき⇒その法律関係についてのみ

注意：不在者に関する法律関係の準拠法が日本法とならなくともよい (これは法例下)

注意：◎「当事者の住所又は国籍その他の事情に照らして」

×「不在者の住所又は国籍その他の事情に照らして」

・適用範囲で問題となりうるもの

不在者の財産管理→6 条 (少数説) VS 財産所在地法 (多数説)

∵不在者の財産管理は一時的な財産保全処分に類似

第一回③ 講義レジュメ

平成 20 年度司法試験第 1 問

設問 1 → 遺言の実質的成立要件

4 条 VS 5 条 VS ◎37 条

設問 2 → 遺言の形式的成立要件

解答のプロセス

適用除外 (43 条 2 項本文) → 遺言の方式の準拠法に関する法律 1 条、5 条後段 → 同法 2 条

→ 同法 8 条 (公序)

・ 同法 2 条が選択的連結を採用している趣旨

→ 可能な限り遺言を有効とすることで、遺言者の意思を尊重する点

補足：遺言を撤回する遺言の方式については同法 3 条により、取り消されうる従前の遺言の方式に関する準拠法も選択肢となる

設問 3 → 遺言による認知

ポイント：37 条の範囲は意外と小さい：多様な内容を有しうる遺言の実質的内容の問題についてまで一律に遺言者の本国法に依拠させるのは妥当でない

注意：以下の区別について理解しておくこと。

① 意思表示としての遺言自体の問題 ⇒ 37 条

a 「遺言の成立」 → 遺言能力、遺言に条件をつけることの可否

b 「遺言の効力」 → 遺言の効力発生時期など

② 遺言の内容となる法律行為の問題 (遺言の実質的内容) ⇒ 実質的内容に係る条文

例：遺贈 → 相続 (36 条)、遺言による後見人の指定 → 後見 (35 条)

◎遺言についての知識、論点

- ・ 37 条 2 項「遺言の取消し」→遺言の「撤回」（後発的瑕疵）を意味し、遺言の「取消し」（原始的瑕疵）は成立段階の問題として 1 項の範疇である。

※撤回の方式は遺言の方式の準拠法に関する法律 3 条（前述補足も参照）

- ・ 複数の相矛盾する遺言が存在する場合の処理

少数説→37 条 2 項

多数説→遺言内容の準拠法：遺言の実質的内容に関わる

- ・ 共同遺言の許否

多数説：遺言内容の準拠法　：当該内容が共同遺言でもなしうるかという要件の問題

注意：特則 4 条は共同遺言の方式につき同法が適用される旨規定するが、これは、共同遺言が可能である場合にその方式について同法が適用されることを定めたにすぎない。

cf 協議離婚の許否⇔協議離婚の方式（第三回）

- ・ 遺言の執行（例：遺言執行者の要否、選任の可否、権限）

遺言内容の実現に関するもの→それぞれの遺言内容の準拠法

論証例：遺言検認の準拠法　C

明文なく問題となる。

我が国では、検認は遺言書の偽造や変造を防止し、その保存を確実にすることを目的としており、裁判所における検証手続の一種と解されている。

この手続的側面を重視すれば、「手続は法廷地法による」との原則が妥当するから、法廷地法によるべきとも考えられる。

もつとも、死者が有効な遺言を残したか否かを確定する実体的な効果を伴う手続と考える国もある。

そうだとすれば、実体法上の権利関係に影響しうる以上、実体準拠法の考慮も必要とも考えられる。

そこで、

① 遺言意思の確認や遺言の実質的内容との関連において問題→遺言の実質的内容の準拠法

② ①以外→法廷地法

平成 21 年度司法試験第 1 問

設問 1 → 外国離婚判決の承認執行

※判決の承認執行については第六回で扱う。ここでは家事事件の国際裁判管轄のみ扱う。

- ・ 明文の規定はない ← まず、ここを押さえること。
- ・ 離婚判決については、代表的な判例がある（最大判昭和 39. 2. 25）

原則 ⇒ 被告の住所地

例外 ⇒ 原告の住所地 かつ 以下のいずれかの場合

- ① 原告が遺棄された場合
- ② 被告が行方不明の場合
- ③ その他これに準ずる場合

- ・ 家事事件の国際裁判管轄について、大別すると 3 通り

- ① 争訟性の高いもの ⇒ 離婚と同一の基準
 - ② 裁判所の後見的性格が強いもの ⇒ 本人の住所地（+修正）
 - ③ ①と②の両方の性質を有するもの ⇒ どちらの要素が強いかを比較し、①か②の基準
- ※ もっとも、扶養については①の側面が強いが、修正が必要（→ 第一回②）

設問 2 → 婚姻の実質的成立要件

(1) 再婚禁止期間

- ・ 一方的要件か双方的要件か（+ 一方的要件の場合、夫の本国法か妻の本国法か）

妻の一方的要件とする理由付け → 女性について再婚禁止期間の遵守を要求するものである
夫の一方的要件とする理由付け → 血統の混乱防止は妻よりも夫の方が必要性は高い
双方要件とする理由付け（推奨） → 上記 2 つは同程度に重んじられるべき

(2) 重婚

- ・（前提論点：前婚の離婚の効力なのか、◎後婚の成立要件なのか）
- ・ 一方的要件か双方的要件か

結論：双方的要件：公益に関するもの

論証例：双方的要件として、異なる準拠法が異なる効果を設けていた場合の処理 A

明文なく問題となる。

双方的要件は、結果的に夫婦双方の本国法を重畳適用することになるから、婚姻の成立を困難にするものである。

そうだとすれば、より厳格な効果をもたらす法の効果が生じると考えるべきである。

設問3→婚姻の形式的成立要件（領事婚）

注意：民法741条は「日本人間で婚姻をしようとするとき」のみ適用のある規定。

◎婚姻の成立についての知識、論点

24条1項⇒婚姻の実質的成立要件（婚姻意思、婚姻適齢、重婚や近親婚の可否など）

24条2項、3項⇒婚姻の形式的成立要件（婚姻の届出、宣誓、儀式など）

・実質的成立要件：24条1項が採用する配分的適用の趣旨

両当事者は婚姻の締結にあたって対等な地位にあり、どちらかの本国法のみが優先されるべきではない（両性平等）

・実質的成立要件：一方的要件と双方的要件

一方的要件か双方的要件かの判断は国際私法独自の立場で行う

（準拠法指定に関する問題と捉える） ↑一言答案で触れられると加点

一方的要件の例：婚姻年齢、第三者の同意、婚姻意思の存在

双方的要件の例：近親婚の禁止、重婚

争いのあるもの：再婚禁止期間

・形式的成立要件：24条2項、3項の趣旨

2項（婚姻举行地）→婚姻举行地での婚姻の公知という公益的観点

3項本文（当事者の一方の本国法）→婚姻举行地の法だけでは婚姻ができない夫婦の救済

3項但書→日本人の身分関係の変動を戸籍に迅速に反映させるため

・成立要件の欠缺 ※婚姻の無効や取消しは、婚姻の成立と表裏一体の関係→24条

例題1-1 甲国人A男と乙国人B女は結婚したが、Aにつき重婚であった。重婚が甲国法では取消原因、乙国法では無効原因であったとき、AB間の婚姻関係はどうなるか。

例題1-2 例題1-1において、「重婚」を「婚姻適齢未満」に変えたらどうなるか。

※成立要件の結果、婚姻が無効や取り消された場合に、その婚姻から生まれた子が嫡出子となるかどうかは、嫡出決定の問題として28条による。

講師作成答案例

1 第一 設問1について

2 1 本件におけるA州の裁判所の判決の効力が日本で承認されるための要
3 件である管轄権（以下「間接管轄」という）（民事訴訟法118条1号（以
4 下「民訴法」と記す））はA州に認められるか。間接管轄の要件につき明
5 文の規定がないため問題となる。

6 2(1) 間接管轄は外国での確定判決を事後に承認する際に求められる要件
7 であるから、事前にその国で裁判を行えるか否かを判断する民訴法3
8 条の2以下の直接管轄より広く認めてよいとの考えもある。

9 しかし、直接管轄にせよ間接管轄にせよ当事者の適正な裁判権の保
10 障を志向するものなのであるから、両者は同一の基準で判断すべきで
11 ある。そこで、直接管轄を規定する民訴法3条の2以下の要件を満た
12 せば、間接管轄も認められると解する。

13 (2) もっとも、民訴法3条の2以下に扶養料の支払を目的とする訴えに
14 つき管轄は規定されていない。そこで、条理に基づき判断する。まず、
15 金銭の支払を目的とするものであり、家事事件といえども争訟性が高
16 いため、財産権上の訴え同様、被告の住所地には管轄権が認められる。

17 また、扶養権利者の保護の観点から、扶養権利者の住所地にも管轄権
18 が認められると解する。このように解することで、扶養権利者の生活
19 状態の調査や扶養料額算定に必要な資料収集の便宜にもかたう。

20 3 本件では、被告Yの住所地は日本にあるため、これを理由とする管轄
21 権はA州にない。他方、子ZはA州に住所を有しているから、扶養権利
22 者の住所地を理由としてA州に管轄権が認められる。

23 4 以上から、A州の裁判所の効力が日本において問題となる場合に、そ
24 の効力が日本で承認されるための要件たる間接管轄は、A州に認められ
25 る。

26 第二 設問2について

27 1 YのXに対する扶養料減額請求はYの負う扶養義務の問題であるから、
28 法の適用に関する通則法（以下「法」と記載）43条1項本文より、同法
29 の適用除外とされている。そして、扶養義務の準拠法に関する
30 法律（以下「法律」と記載）が扶養義務の準拠法につき定めている（法
31 律1条）。

32 2 XとYは「離婚をした当事者間」であるから、その扶養義務は「離婚
33 について適用された法」による（法律4条）。この趣旨は、離婚後扶養が
34 離婚それ自体と密接に関連している点にある。

35 3 本件においてはA州の裁判所がA州の法律を適用し、XとYの離婚を
36 認めている。よって、「離婚について適用された法」はA州法となる。

37 4 以上から、日本の裁判所は扶養料減額請求につき、A州法を適用すべ
38 きである。

39 第三 設問3について

40 1(1) Zの親権者の指定につき、どこの国の法で判断されるか。親権者の
41 指定は離婚の申立てに付随して争われるものであるから離婚（法27
42 条）の問題か、それとも親子間の法律関係（法32条）の問題か。法性
43 決定が問題となる。

44 (2) たしかに、離婚とそれを理由とした親権者の指定は同時に行われる

45 のが通常であるから、統一的な判断が行われるよう、離婚について規
46 定した27条によるべきとも思える。

47 しかし、親権者の指定において最も重要な点は子の利益である。27
48 条が準用する25条は夫婦の本国法などを連結点としており、子の要素
49 が含まれない一方、32条は子の本国法や子の常居所地を連結点として
50 おり、子の利益を図っている。

51 そこで、離婚の際の親権者の指定は32条によるべきであると解する。

52 2(1) 32条は段階的連結となっている。すなわち、子の本国法が親の本国
53 法のどちらかと一致すれば子の本国法、一致しなければ子の常居所地
54 法となる。この趣旨は、子の福祉を保障する点にある。

55 (2) 本件において、日本と米国の国籍を有する子Zの本国法は法38条1
56 項但書により日本法になる。そして、父Yのそれは日本法であり、母
57 Xのそれは38条3項かっこ書よりA州法である。よって、子Zと父Y
58 の本国法が日本法で一致する。

59 3 以上から日本の裁判所が適用すべき準拠法は日本法である。 以上

講師作成答案例

1 第一 設問1(1)について

2 1 日本において、失踪宣告の国際裁判管轄権は法の適用に関する通則法
3 (以下同法名省略) 6条1項規定の事由があるとき、または6条2項規
4 定の事由があるときは当該財産関係ないし法律関係のみについて認めら
5 れる。そこで、本件において該当事由の有無を検討する。

6 2(1) まず、6条1項の適用を考える。「不在者」たるAが「生存していた
7 と認められる最後の時点」は、甲国において地震が発生し、その震源
8 調査を行っていた時点である。その際、XはAと甲国において婚姻生
9 活を送っていたのだから、Aは「日本に住所を有していた」とはいえ
10 ない。また、当時もAの国籍は甲国であるから「日本の国籍を有して
11 いた」ともいえない。よって、6条1項の適用はない。

12 (2) 次に、6条2項の適用を考える。XはBとの婚姻を望んでいるので、
13 AX間の婚姻関係についてのみ失踪宣告がされれば足りる。そこで、
14 同項後段の適用を検討する。当該婚姻関係の当事者の一方であるXの
15 「国籍」は日本である。また、Aが行方不明になって間もなくXは日
16 本に帰国して生活しているから、Xの「住所」は日本にある。また、
17 行方不明後7年も経っているのだから、不在者の配偶者は新しい法律
18 関係を築いており、その時間Xは日本で生活しているため、AX間の
19 法律関係を考えるにあたり、Xの日本での現在の法律関係を考慮する
20 必要性は高く、これは日本との関連を示す「その他の事情」にあたる。

21 以上の事実を照らすと、AX間の法律関係は「日本に関係がある」
22 といえる。

23 3 よって、日本の裁判所はAX間の婚姻関係についてのみ、失踪宣告を
24 行う国際裁判管轄権を有する。

25 第二 設問1(2)について

26 1 Aの失踪宣告によりAX間の婚姻関係が解消されるかはいずれの国の
27 法によるべきか。法文上明らかでないため問題となる。

28 2 6条は失踪宣告による死亡の擬制などの直接的効果のみならず、婚姻
29 関係の解消のような間接的効果をも包摂するか。法文上明らかでないた
30 め問題となる。

31 間接的効果は失踪宣告との関係性の大小を問わなければ、その範囲は
32 あまりに広い。この範囲に属する事項のすべてに6条により日本法を適
33 用すると、日本に関係の薄い事項についても日本法が適用され得るため、
34 妥当でない。

35 そこで、間接的効果が認められるかについては、問題となっている法
36 律関係の準拠法によるべきと考える。

37 3 本件では、婚姻の解消が問題となっている。婚姻の解消につき、婚姻
38 の効力について定めた25条によるべきか、離婚について定めた27条に
39 によるべきか。法文上明らかでないため問題となる。

40 たしかに、婚姻関係が終了する点では離婚と共通する。しかし、離婚
41 は当事者が意識的に婚姻関係を終了させるものである一方、婚姻の解消
42 は偶発的な事情によってなされるものである。そのため、むしろ婚姻関
43 係の拘束力の問題として、婚姻の効力と捉えるべきである。

44 よって、25条に基づき、判断する。

45 25条は夫婦にとって、最も関わりのある法を探求するため段階的連結
46 を採用し、両性平等の観点から、第一連結を共通本国法、第二連結を共
47 通常居所地法、第三連結を最密接関係地法としている。本件では、失踪
48 宣告によりAの死亡が擬制されているから、共通本国法及び共通常居所
49 地法は見出せない。そこで、最密接関係地法を検討する。

50 AとXは甲国において婚姻し、5年間甲国で夫婦生活を営んでいた。
51 そうだとすれば、A及びXと最も密接な関連がある地の法は甲国法であ
52 る。

53 なお、「当事者の本国法によるべき場合」(41条本文)であるが、25
54 条による場合であるため、反致の適用はない(41条但書)。

55 4 以上より、AX間の婚姻の解消につき、甲国法で判断される。

56 第三 設問2(1)について

57 1 甲国国際私法P条は、甲国国際私法の規定によって指定された国の法
58 の実質法のみを適用すると規定し、指定された国の国際私法等は適用さ
59 れないということになる。

60 他方、41条は反致について規定する。すなわち、当事者の本国法によ
61 るべき場合において、その国の法に従えば日本法によるべきときは日本
62 法となるとされている。この趣旨は、判決の国際的調和を求める点にあ
63 る。すなわち、その国において日本法に従った判決がされるのであれば、
64 日本でも日本法による実現を図り、どこの国で裁判を行っても準拠法が
65 統一するように図るというものである。

66 2 反致の成立は外国法が日本の国際私法を参酌するかとは無関係である。
67 よって、P条は何らの意味をもたない。

68 第四 設問2(2)について

69 1 失踪宣告による相続の開始は失踪宣告を規定する6条の問題か、それ
70 とも相続について規定する36条の問題か。死亡の擬制という失踪宣告の
71 直接的効果とは異なり、その結果生ずる相続の問題は間接的効果である
72 から、相続準拠法による。そして、相続について規定した36条は、被相
73 続人の本国法を連結点とする。被相続人の本国法は、Aの本国法たる甲
74 国法であるから、甲国法によると思える。

75 2 しかし、「当事者の本国法によるべき場合」であるから、反致(41条)
76 の適用を考える必要がある。甲国国際私法Q条に従えば、被相続人の最
77 後の住所地の法が準拠法とされる。そして、問題文なお書より、Aの最
78 後の住所地は日本にある。そうだとすれば、甲国国際私法に従えば日本
79 法となる。よって、反致は成立する。

80 3 以上により、日本法への反致が成立し、本件相続に適用される法は日
81 本法である。

82 以上