

平成 24 年司法試験 国際関係法(私法系) 第 1 問

問題文

(配点：50)

甲国人夫A及び甲国人妻Bは、20年前に来日し、以後、日本において生活をしてきた。Aは、来日後しばらくして知り合った甲国人女性との間に子Xをもうけたが、Xを認知していなかった。Xが出生以来日本において生活をしている甲国人であるとして、以下の設問に答えなさい。

なお、甲国法は、日本の後見及び保佐に相当する制度を有するほか、次の①から③の趣旨の規定を有している。

- ① 子は、父の死亡を知った日から2年以内に限り、検察官を被告として認知の訴えを提起することができる。
- ② 認知をするには、父が被後見人であるときであっても、その後見人の同意を要しない。
- ③ 夫婦の一方が被後見人となったときは、他の一方はその後見人となる。

〔設 問〕

1. Aは、精神上的の障害により事理を弁識する能力を欠く常況に陥った。本設問1との関係では甲国の国際私法からの反致はないものとして、次の問いに答えなさい。
 - (1) Bの請求により、日本の裁判所がAにつき後見開始の審判をする場合、いかなる国の法を準拠法とすべきか。
 - (2) Aにつき後見開始の審判をした場合、日本の裁判所は、いかなる国の法を準拠法としてBを後見人として選任することができるか。
 - (3) 日本の裁判所がAの後見人としてBを選任した場合、AによるXの任意認知につき後見人Bの同意は必要か。
2. Aは、その後、Xを認知することなく死亡し、Xは、Aの死亡を直ちに知った。Xは、Aの死亡後2年6月を経過した時に、検察官を被告として日本の裁判所に認知の訴えを提起した。甲国の国際私法P条が、「父による子の認知は、出生当時の父の本国法、認知の当時における父の本国法又は子の本国法若しくはその常居所地法による。父が認知前に死亡したときは、その死亡の当時におけるその本国法を父の本国法とする。」と規定しているとする、この訴えは適法か。

第1 現場における思考方法

1 設問1

小問(1)については、法の適用に関する通則法（以下、法令名略）5条の適用を示し、同条により規律される事項が後見開始の審判についての準拠法及び国際裁判管轄であることを示し、同条により、日本法が準拠法となることを示していくことになる。その際にはAの常居所地が日本であることを問題文の具体的事実を用いて明示することが必要になる。

小問(2)ではかかる問題が35条により規律されることを示すとともに、5条と35条の関係性を述べた上で、35条2項2号の規定に従い日本法の適用があることを述べることになる。

また、小問(3)では任意認知が問題になっているためこれを29条により準拠法が決定されるものであることを述べ、かかる連結に従って、甲国法が準拠法となること及び甲国法によればBの同意は不要になることを示すことになる。

2 設問2

本問では訴えの適法性が問題とされているが、日本に国際裁判管轄が認められないのであれば、訴えは不適法却下されることとなる。そのため、認知の準拠法について検討する以前の問題として、日本の国際裁判管轄が認められるか否かについても確認しておくといよい。その際は、認知の訴えが人事訴訟事件（人訴法2条2号）に当たることを指摘しつつ、人訴法3条の2以下の規定により国際裁判管轄権が認められるかを検討することになる。

その上で、認知の訴えの出訴期間を経過してしまっているのであれば、本件訴えは不適法却下されることとなるため、認知の準拠法が問題となる。この点についても「認知」の問題として29条により準拠法が指定されることになるが、設問1と異なり認知者であるAが死亡しているため、29条3項を指摘する必要がある。また、29条によれば甲国法が準拠法とされることになるが、甲国の国際私法によれば、AないしXの常居所地法として日本法が準拠法になることから、反致の可能性もある。そのため、29条のような選択的連結の場合にも反致が成立するか自説を述べる必要がある。なお、発展的な問題ではあるが、本国である甲国の国際私法も選択的連結を採用しているため、このような場合に日本法への反致を肯定してもよいかも問題となる。判決の国際的調和を図るといふ反致の趣旨を全うできるかという観点から分析を加えられるとよいが、受験生の大半は気が付くことができない問題点であるため、答案で触れなかったとしても合否には全く影響しない。

仮に反致を否定した場合は、甲国法に従うため認知の訴えは不適法となるが、この結論に関し公序則（42条）が発動しないかについて公序則の発動基準を示しながら論じる必要がある。公序則が発動すると考えた場合は、さらに適用すべき法をいかに考えるかを述べる必要がある。

第 2 重要論点

選択的連結と反致

論証 4

選択的連結と反致

A

日本の国際私法が選択的連結を採用し、そのうちのある連結点
が本国法を指定する場合で、しかも当該本国の国際私法によれば
日本法が指定されるときに、反致を認めるべきか。

① 肯定説

この点について、通則法 41 条ただし書があえて段階的連結
の場合の反致のみを否定していることからすると、その他の場
合の反致は除外しない趣旨と解され、選択的連結の場合に反致
を否定するのは解釈として困難である。

また、同条の趣旨は判決の国際的調和を図る点にあるところ、
このような場合でも反致を認めれば、判決の国際的調和が
図られ、かかる趣旨に沿うといえる。

そこで、選択的連結の場合には反致は成立すると解する。

② 否定説

この点について、仮に選択的連結の場合に反致が適用される
と解すると、要件の充足を容易にするために選択肢を広げた選
択的連結の趣旨が損なわれてしまう。

そこで、選択的連結の場合には反致は成立しないと解する。

第 3 関連判例

なし

出題趣旨

本問は、後見開始の審判及び後見人選任の準拠法の決定並びに被後見人による認知に対する後見人の同意に適用される準拠法の決定と適用を問うものである。さらに、死後認知の準拠法の決定について、いわゆる選択的連結と反致に関する論述も求めている。

設問1の小問(1)は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第5条の解釈・適用を問うものである。

設問1の小問(2)は、外国人を被後見人として日本の裁判所が後見開始の審判をした場合に、後見人の選任の準拠法が何かを問う問題であり、通則法第35条第2項第2号を特定しなければならない。

設問1の小問(3)は、被後見人が認知者として任意認知をする場合に、その後見人の同意の要否の問題に適用される準拠法の決定と適用を問うている。認知の問題として性質決定した上で、通則法第29条第1項前段と同条第2項前段との関係を明らかにして、準拠法を決定しなければならない。

設問2については、まず、死後認知の出訴期間が認知の準拠法によるべき問題であるとの前提の下に、通則法第29条第1項前段の規定の他に通則法第29条第3項の規定と結合して理解される同条第2項前段の規定が適用され得ることを指摘しなければならない。これらの規定に従えば選択的な関係にある連結基準がいずれも外国法を本国法として指示していることを確認した後に、当該外国の国際私法規定によると日本法が指定され得ることから、通則法第41条に従った反致の可能性について論ずることが求められている。

模範答案

1

第1 設問 1 小問(1)

- 1 (1) 本件では、後見開始の審判が問題になっているところ、後見開始の審判については「後見開始……の審判」に含まれ、法の適用に関する通則法（以下、法令名略）5条により準拠法が指定される。
- (2) そして、後見は、非訟事件であり合目的な判断が必要であるところ、外国法ではその制度目的を達成できないため、日本において日本法にてなされる必要がある。また、被後見人となるべき者が日本に住所等を有するか日本国籍を有する場合には日本で後見開始の審判をする必要があるし、日本との関連性も強いといえる。以上の趣旨から、被後見人等が日本に住所、居所又は国籍を有するときは、日本の裁判所に管轄を認めるとともに、日本法を準拠法とする旨定めている。
- (3) 本件では、「成年被後見人……となるべき者」たるAは、20年前から日本において生活を営んでおり、その住所が日本にあるといえる。
- 2 よって、Aの後見開始の審判については、5条により、日本の裁判所が管轄を有することとなり、日本法が同審判の準拠法となる。

第2 設問 1 小問(2)

- 1 Bを後見人として選任できるかという成年後見人の選任の問題は、行為能力の補充に関する場面である「後見等」の問題として35条による。そして、35条1項は、後見等が被後見人等の保護のための制度で人の身分及び効力に関わるものであるため、属人法によるべきとして、後見等につき被後見人等の本国法による旨定めている。
- 2 もっとも、5条により日本法に従い後見開始の審判が行われた場合、かかる行為能力の制限の問題と、後見人等の選任による行為能力の補充の問題とを、同一の法によらせることで初めて成年後見制度による保護措置の実効性を確保できる。そこ

2

- で、行為能力の制限と補充とを同一の法で連動させることで後見等による保護措置の実効性を確保すべく、35条2項2号は、5条に従い日本において後見開始の審判等を受けた外国人について、成年後見人等の選任の審判等も日本法による旨定める。
- 3 そして、本件では、Aについて後見開始の審判が日本においてなされているといえ、35条2項2号に該当する。
- 4 よって、日本の裁判所は、同項2号により、日本法を準拠法として、Bを後見人として選任することができる。

第3 設問 1 小問(3)

- 1 (1) 被後見人Aによる任意認知の際に後見人の同意が必要かの問題は、「認知」の問題として、29条2項・1項により準拠法が指定される。
- (2) そして、同各項の趣旨は、認知の場合には子の出生時と認知時で認知者の国籍が異なることもあり得るものの、これらはともに重要な連結時点と考えられる上に、なるべく認知が成立して親子関係が成立するようにして子の福祉を図ろうとする点にある。かかる趣旨から、父子関係の「認知」については、①子の出生時における父の本国（1項）、②認知時における認知者の本国又は③認知時における子の本国（2項）を連結点とする選択的連結を採用している。
- (3) 本件では①から③はすべて甲国ゆえ、準拠法は甲国法となる。
- 2 そして、甲国法では、認知について、父が被後見人であってもその後見人の同意を要しないとしているため、後見人Bの同意は不要である。

第4 設問 2

- 1 日本の裁判所に提起された死後認知の訴えが適法であるためには、日本の裁判所に国際裁判管轄権が認められることを要する。人事に関する訴えに当たる死後認知

- 3 の訴えは、人訴法の規律に服する（同法 2 条 2 号）ため、民訴法の国際裁判管轄の規定は適用されず（同法 2 9 条）、人訴法 3 条の 2 以下により管轄権の有無が決められる。

死後認知の訴えは認知の当事者である子と父以外の第三者を被告とせざるを得ず、「身分関係の当事者の一方に対する訴え」（人訴法 3 条の 2 第 1 号）に当たらないから、同号により管轄権の有無を判断することはできない。もっとも、同訴えは、認知の当事者である子 X が提起する訴えなので、「身分関係の当事者の一方からの訴え」（同 3 号）に当たる。

同号は、当該身分関係の一方当事者の死亡時の住所地が日本であると、その親族等が日本にいるなど日本に証拠が存在する可能性が高い等の理由から、当該身分関係の当事者の死亡時の住所が日本にある場合に、日本の裁判所の管轄権を肯定する。本件では、認知の当事者の「他の一方」である A は、20 年以上にわたり日本で生活をしてきたため、生活の本拠が日本にあり、A の死亡時の住所は日本にあった。よって、同号により、上記訴えにつき日本の裁判所の管轄権を肯定できる。

- 2(1) そして、死後認知の訴えの問題は認知による親子関係の成立の問題であり、29 条 2 項・1 項により準拠法が指定される。そして、29 条 2 項、1 項については前述の①②③が連結点とされるが、本件では父 A は既に死亡しているため、29 条 3 項後段により、A 死亡時の本国法が認知当時の本国法とされる。本件では、①②③の連結点はいずれも甲国であり、甲国法が準拠法となる。
- (2) もっとも、「当事者の本国法によるべき場合」（41 条本文）に当たるから、反致が成立し、日本法が適用されないか。

同条の「その国の法」とは本国の国際私法をいうところ、甲国国際私法 P 条によれば子の常居所地も連結点とされている。そして、出生以来日本で生活してき

- 4 た X の常居所地は日本といえるため、日本法が指定され得る。もっとも、甲国の国際私法は選択的連結を採用しているため、かかる場合であっても「日本法によるべき」といえるか。

そもそも、41 条の趣旨は判決の国際的調和を図る点にあるところ、仮に反致を肯定したとしても判決の国際的調和を図ることにはならない。そのため、当事者の本国法が選択的連結を採用している場合には、「日本法によるべき」といえず、反致は否定されると解する。

したがって、甲国法が準拠法となるが、甲国法①によれば死亡を知った日から 2 年以内に認知の訴えを提起しなければならず、これを徒過した本件 X の訴えは不適法となる。

- (3) もっとも、日本民法 787 条によれば、A の死亡から 3 年間以内に提起された本件訴えは出訴期間を満たし、甲国法という「外国法によるべき場合」と適用結果が異なるため、公序（42 条）が発動しないか。

この点について、公序が発動するか否かは、外国法の適用結果の異常性と事案の内国関連性との相関関係により判断されると解する。

本件では、生来日本で生活する甲国人 X の親子関係の問題であり内国関連性は比較的高い。他方、死後認知の訴え自体を認めた上で出訴期間をいかに定めるかは、法技術の問題にすぎない。また、死亡を知ってから 2 年間は出訴の機会が与えられている以上、その経過後に提訴を認めないとしても不当とはいえない。よって、適用結果が異質とはいえず公序は発動しない。よって、本件訴えは不適法である。

以上