

「場所は行為を支配する。」の原則： 法律行為の構造と国際私法

根本 洋一

〔目次〕

第1章 本稿の課題

第1節 本稿の課題

第2節 「法律行為の方式」の意味

第2章 「場所は行為を支配する。」の原則の根拠

第1節 学説

第2節 国家機関の行為の国際的非代替性

第3節 法律行為の構造と方式概念

第4節 各種の方式の機能

第5節 行為地概念と「場所は行為を支配する。」の原則

第3章 行為地法の知らない法律行為と「場所は行為を支配する。」の原則

第1節 問題の所在

第2節 学説

第3節 行為地法の知らない法律行為と「場所は行為を支配する。」の原則

第 1 章 本稿の課題

第 1 節 本稿の課題

法律行為の成立要件は実質的成立要件と方式（形式的成立要件）に分けることができる。そして、法律行為の実質的成立要件についてどの法域の法が準拠法になるかは法律行為の種類ごとに決められている。しかし、諸国の国際私法上、法律行為の方式に関しては、多種多様な法律行為を通じて横断的にふたつのルールが採用されている。すなわち、《法律行為の方式は法律行為の実質（または、成立）の準拠法による。》というルール¹⁾と、《法律行為の方式は行為地法による。》というルールである。前者のルールは方式の準拠法に関する「本則」であり、後者のルールは方式の準拠法に関する「補則」である²⁾、といわれる（後者のルールは「場所は行為を支配する locus regit actum.」の原則³⁾

1) ドイツ民法施行法 11 条 1 項は次のように規定する。

「法律行為は、その法律行為の対象となる法律関係に適用すべき法の des Rechts, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, または、その法律行為が行われる国の法の des Rechts des Staates [……], in dem es vorgenommen wird, 方式要件を満たす場合は、方式 [の点で] 有効 formgültig である。」

この規定の前段は、法律行為の方式は当該法律行為の実質の準拠法による、という趣旨である。Kegel/Schurig [2004 (H16)] S.627 (Kegel), Staudinger/Winkler von Mohrenfels [2019 (H31)] EGBGB Art 11 Rn153.

なお、1986 (S61) -8-31 までのドイツ民法施行法 11 条 1 項は次のように規定していた。

「法律行為の方式は、法律行為の対象となる法律関係の基準となる法律により判断される bestimmt sich nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind. しかし、法律行為が行われる場所の法律 der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird の遵守を以って足りる。」(Soergel-Kegel [1996 (H8)] S.493 による)

2) 根本 [2023 (R5)] 51 頁注 4 参照。

3) この原則にいう「場所」とは「法律行為の場所 (法律行為地)」の意味であり、「行為」とは「行為の方式」という意味であり、従って、「場所は行為を支配する。」とは《法律行為の方式は行為地法による。》という意味である。Savigny [1849] S.350-351 は次のようにいう。

といわれる。). 日本の国際私法もこのふたつのルールを採用している(法適用通則法10条1項, 24条3項本文⁴⁾, 34条1項は前者のルールの立法化であり, 同法10条, 24条および34条の各2項は後者のルールの立法化である。).

法律行為の方式の準拠法問題が国際私法における重要問題であることはいうまでもない。それゆえ, 法律行為の方式の準拠法に関するこのふたつのルールの実質的根拠の如何も国際私法上の重要問題である。前者のルールの実質的根拠については私は既に検討した⁵⁾ので, 本稿では, それに引き続いて, 後者のルール——「場所は行為を支配する。」の原則, すなわち, 《法律行為の方式は行為地法による。》のルール——の実質的根拠を検討する。

「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠に関する従来⁶⁾の学説の問題点は次の2点にある。

まず, 従来⁶⁾の学説は, 《法律行為の方式は行為地法による。》のルールには理論上の根拠がなく, そのルールはもっぱら実際上の理由——「場所は行為を支配する。」の原則は, 当事者が法律行為成立準拠法所属国以外の国にいても法律行為をすることを可能ならしめるために必要である, という理由——に基づいていることにつき, おおむね一致している(後出第2章第1節参照)。しかし, 「場所は行為を支配する。」の原則は, 時代と場所を越えて普遍的に採用されているルールであり⁶⁾, このような普遍的なルールに理論的根拠がないといえる

「新たに形成されたルールは *Locus regit actum* と表現され, それは, 《法律行為の方式は, それが法律行為の行われる場所の法律に適合すれば——法律関係自体の本拠 *Sitz* の存する場所の法律がたとえ別の方式を規定していたとしても——十分なものと見なされるべきである。》という意味を持つ。このルールは時と場所を越えて一致して認められている。」

4) 法適用通則法24条3項本文の立法趣旨は, 実質的には, 婚姻の成立準拠法を以って方式準拠法とするところにある。根本〔2023 (R5)〕90-93頁参照。

5) 根本〔2023 (R5)〕参照。

6) 前出注3参照。

のかという問題がある。

次に、当事者がこれからしようとしている（または、当事者が既にした）法律行為を行為地法が知らない場合には「場所は行為を支配する。」の原則をどのように適用すべきかという問題がある。この問題の解決に際しても「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠に遡って考える必要があるにもかかわらず、従来の学説によるこの問題の検討は不十分である。

従来の学説が「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠を十分には検討していないのは、従来の学説が、同原則を考えるに際して、法律行為の構造（法律行為の方式が法律行為の他の要件とどんな関係に立っているか）に遡って検討していないからである。そこで、本稿では、法律行為の構造に立ち返って、上記のふたつの問題を検討する。

なお、法律行為の方式に関しては、成立準拠法と行為地法の組み合わせの様態はさまざまである。日本の国際私法は、原則として、成立準拠法と行為地法を択一的関係に置く（法適用通則法 10 条 1 項、2 項；24 条 2 項、3 項本文；34 条 1 項、2 項）。しかし、成立準拠法のみを方式準拠法とすることもあり（同法 10 条 5 項）、行為地法のみを準拠法とすることもある（改正前法例 13 条 1 項但書、2 項）⁷⁾。しかし、本稿では、これらの組み合わせのそれぞれの様態の根拠には立ち入らない。

第 2 節 「法律行為の方式」の意味

本稿における検討に先立って、ここで、「法律行為の方式」の意味について考える。

法律行為とは、意思表示以外の要件（婚姻適齢、婚姻当事者に現に配偶者がいないこと、婚姻当事者間に近親関係がないこと、養子の父母が養子縁組に同

7) 根本〔2023 (R5)〕48 頁注 3 参照。

意していることなど)が満たされている状況で意思表示(契約にあっては、両当事者の意思表示の合致)をすれば権利変動(夫婦関係の成立、養親子関係の成立など)が生ずる、という制度である(後出第2章第3節第1款参照)。法律行為の方式とは意思表示の方式であることは明らかである⁸⁾。では、どの意思表示の方式であるか。

意思表示は2種類に分けることができる。第1のグループは権利変動原因たる意思表示(例えば、契約における申込みと承諾、あるいは、瑕疵ある意思表示を取り消す意思表示)であり、第2のグループは権利変動原因ではない意思表示(養子縁組をする場合の養子の父母による同意など)である。第1のグループは効果意思(権利変動を望む意思)の表示であるのに対して、第2のグループは他人の法律行為を側面からサポートするという性質を持つ⁹⁾。第1のグループはさらにふたつに分けることができる。ひとつは、売買契約を構成する申込みと承諾などであり、もうひとつは、取消しの意思表示(瑕疵ある意思表示を取り消す意思表示)、契約解除の意思表示、所有権放棄の意思表示、父

8) Savigny [1849] S.348は「法律行為の方式(場所は行為を支配する.)」と題する項目の冒頭で「法律行為に関してしばしば規定されている実定的な意思表示方式 die für Rechtsgeschäfte nicht selten vorgeschriebenen positiven Formen der Willenserklärung」という言葉を使う。小橋 [2009 (H21)] 265頁参照。なお、後出注45参照。

9) 我妻 [1965 (S40)] 245頁は「法律行為の分類」のひとつとして「独立行為・補助行為」の項目を立て、「独立の実質的な意義を持たない法律行為、例えば、同意・許可などを補助行為といい、そうでないものを独立行為という。」という(鳩山 [1930 (S5)] 299-300頁にも同旨の記述がある。)。我妻 [1965 (S40)] 239頁は「同意・許可なども法律行為である。」という。幾代 [1984 (S59)] 64頁には、未成年者が法律行為をする場合の法定代理人の同意に関して、「同意の意思表示」という言葉がある。ただし、幾代 [1984 (S59)] 184-190頁および『新版注釈民法(3)』[2003 (H15)] 49-53頁(平井宜雄)は、いずれも、「法律行為の種類」の項目で、独立行為と補助行為の区別を論じない。いずれにしても、法律行為に対する第三者の同意がそれ自体としては効果意思(権利変動を望む意思)の表示ではないことは明らかであろう。

母による親権者指定の協議などである。前者も後者も効果意思の表示であるが、後者は、別の意思表示（瑕疵ある意思表示など）・権利・法律関係が既に成立していることを前提とする（ただし、その関係は一様ではない。）。なお、債権契約・婚姻・任意認知・養子縁組などの法律行為の成立要件になり得るのは、第 1 のグループのうちの前者（契約の申込みと承諾など）と第 2 のグループ（第三者の同意）である。

以上のすべての意思表示に関して方式を考えることができる。しかして、第 1 のグループのうちの前者（債権契約、婚姻、協議離婚、任意認知、養子縁組などにおける効果意思の表示）は法律行為の成立要件の中核である。そこで、本稿ではこの意思表示の方式を扱う¹⁰⁾、¹¹⁾。

次に、（広義の）契約（債権契約、婚姻、協議離婚、養子縁組など）にあっては意思表示（効果意思の表示）は複数の意思表示（申込みと承諾）から構成される。契約に関しては、法は、各当事者の意思表示（申込みと承諾）がひとつの方式で行われることを要件とすることがあるし（婚姻届など）¹²⁾、また、

10) 久保〔1935 (S10)〕280-281 頁は、法律行為の方式について、「法律行為が完全なる効力を〔以下、281 頁〕有する為に参加する総ての意思表示（又は法律行為）に通じ之を一体として共同の方式を定めんとするものではなく、当該法律行為の成立の為に必要なる意思表示の総てに通じ一体としてその方式を定めんとするものである。例へば未成年者の契約の場合に於てはその契約の成立の為に必要なる申込みと承諾なる二つの意思表示につき一体として共同の方式を定めんとするものであるが、右の契約の有効なるが為に必要なる法定代理人の同意なる意思表示（法律行為）をも含めて共同の方式を要求するものではない。」という。

11) ただし、日本法は相続の限定承認と放棄に関しては裁判所による申述受理を以て方式とする（民法 924 条、938 条）ので、行政機関の行為と裁判所の行為を比較する必要上、本稿で検討する。後出注 28 参照。

12) 婚姻意思の表示は婚姻当事者間で行われる（両当事者が市町村長に対して意思表示をするのではない。）。我妻〔1961 (S36)〕41 頁は「婚姻の合意に含まれる意思表示の相手方は、相互の当事者であつて、戸籍吏でないことはいうまでもない。〔……〕。当事者が、届出という方式

各当事者の意思表示がひとつの方式で行われてもよいし意思表示ごとに（つまり、合わせてふたつの方式で）行われてもよい、とすることがある（例えば、民法 446 条 2 項¹³⁾）。前者と後者はいずれも、法律行為（契約）が成立するためには各当事者の意思表示（申込みと承諾）がどんな方式でされることが必要であるかを定めている。それゆえ、前者と後者はいずれも法律行為の方式と呼ぶことができる。本稿ではこれを検討の対象とする。

本稿では、要式行為と不要式行為のいずれの方式をも法律行為の方式として扱う¹⁴⁾。

なお、意思表示の構成要素（効果意思・表示意思・表示行為）の中で方式がどこに位置しているかも重要な問題であるが、これについては後述する（後出第 2 章第 3 節第 2 款第 2 目第 3 項参照）。

第 2 章 「場所は行為を支配する。」の原則の根拠

本章では「場所は行為を支配する。」の原則、すなわち、「行為地法に適合

に従って婚姻意思を表示してこれを合致させることによって、婚姻が成立する、と解すべきである。」という。また、後出注 94 参照。

なお、市町村長への届出の法的性質は行政手続法上の申請である。根本 [2021 (R3) b] 114 頁注 164 参照。

- 13) 保証契約に関しては、契約の締結が郵便の往復により行われる場合は申込みはその方式により行われ承諾はその方式により行われているし、両当事者が対面して契約書を作成する場合は申込みと承諾がひとつの方式で行われていると考えることができる。
- 14) 久保 [1935 (S10)] 268 頁は、要式行為であれ不要式行為であれ、「総ての法律行為は方式を有し方式なき法律行為は想像し得ない。其は表現手段を経ずして法律行為なる事実の存在すること不能なるが故である。」という。同 278-279 頁も同旨。

どんな方式で法律行為をするかを法が当事者に委ねた場合はその法律行為は不要式行為である。不要式行為とは方式を欠く（無方式で成立する）法律行為ではない。根本 [2021 (R3) a] 89-94 頁参照。

する方式は、有効とする。」(法適用通則法 10 条 2 項, 34 条 2 項, 同法 24 条 2 項も同旨) という規定の実質的根拠を検討する。

第 1 節 学説

「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠については、ドイツでも日本でも、次の 2 点で一致している。すなわち、第 1 に、「場所は行為を支配する。」の原則には理論的根拠がないこと、第 2 に、「場所は行為を支配する。」の原則は実際上の必要性に基づくルールであることである。

第 1 款 ドイツの学説

「場所は行為を支配する。」の原則の根拠については、ドイツでは、Savigny 以来、次のような説明が行われている。すなわち、《法律行為の方式について成立準拠法のみを準拠法とすれば、その国(成立準拠法所属国)以外で法律行為をすることが困難または不可能になるから、これを容易にするために「場所は行為を支配する。」が必要になる。すなわち、同原則は実際上の必要性に基づくルールである。》という説明である¹⁵⁾。しかし、最近では、次のような説

15) 次の学説は、「場所は行為を支配する。」の原則の根拠を実際上の必要性に求め、あるいは、同原則は法律行為の実質の準拠法を以って方式準拠法とするルールに対して補充的な関係に立つ、と解する。

(1) Savigny [1849] は次のようにいう。

「〔法律行為の実質の準拠法所属国とは〕全く異なる、場合によっては非常に離れた場所で法律行為が行われることがあり、この状況は大きな困難をもたらす。

法律行為が成立すべき場所では、本来基準となるべき〔法の〕場所の法律上の方式を確実に知ることは、また、たとえ知ることができてもそれを適用することはしばしば困難である。」(S.349-350)

そして、Savigny [1849] S.350 は、プロイセン法は裁判所の行為を以って遺言の方式とするのに対してフランス法は公証人の行為を以って遺言の方式とするから、フランスで病気になったプロイセン人はフランスで遺言をすることができない、という。Savigny [1849] は「場所は行為を支配する。」の原則の根拠(目的)として、法律行為

明も行われている。すなわち、《法律行為をしようとする場合には、どの国の法が法律行為成立準拠法であるかは容易には知り得ないのに対してどの国が行為地であるかは明確である（それゆえ、当事者が最も容易に知り得るのは行為

-
- をすることを時に困難にする苛酷の除去 (S.350) と法律行為の容易化 (S.358) を挙げる。
- (2) Zitelmann [1912 (T1)] は法律行為の実質の準拠法を以って方式準拠法とするルールを主たる規則 *Hauptregel* と呼び、「場所は行為を支配する。」の原則を二次的または補充的なそれ (規則) *zweite oder "subsidiäre" (Regel)* と呼ぶ (S.143)。また、「場所は行為を支配する。」の原則の根拠として、法律行為をする場合にはどの国の法が効果法であるかは判断困難なことが多いこと、効果法の定める方式を他の法域で遵守することは事実上の原因により *aus tatsächlichen Ursachen* 困難なことが多いことを挙げる (S.145)
- (3) Neubecker [1912 (T1)] SS.76-77 はドイツ民法施行法 11 条 1 項 2 文の「場所は行為を支配する。」の原則が、同条同項 1 文 (方式に関して効果法を準拠法とするルール) に対して補助的 *subsidiär* である、という。Neubecker [1912 (T1)] S.77 は、「場所は行為を支配する。」の原則の根拠は多面的であるといい、その根拠として、法律行為をする際にはどの国の法が効果法であるかをしばしば判断できないこと、効果法上の方式を事実上の理由により遵守できないことがあること (例えば、効果法が公証人による文書作成を要件とする場合において行為地に公証人がなく、または、行為地の公証人が当該法律行為の文書を作成する法律上の権限を持たないとき) を挙げる。
- (4) Lewald [1931 (S6)] S.63 は、ドイツ民法施行法 11 条 1 項 (前出注 1 参照) によれば効果法が法律行為の方式を原則として *grundsätzlich* 支配する旨、および、当事者には行為地法の方式を使う選択権が与えられているに過ぎない旨を述べる。
- (5) Raape [1931 (S6)] S.169 は、国際法的交通の容易化、法律行為成立準拠法がどの国の法であるかを知るのが困難な場合がある、当事者がその本国法の内容を知ることが困難な場合がある、本国法が宗教婚を規定しているのに対して行為地法が世俗婚を規定している場合があり、その逆の場合もある、「場所は行為を支配する。」の原則は切迫した実際上の必要性 *einem dringenden praktischen Bedürfnis* に応える、という点を根拠として挙げる。
- Raape [1961 (S36)] S.213 も概ね同様であり (ただし、公文書 *öffentliche Beurkundung* を要件とする場合の問題をも追加する。これについては後出注 103 参照)、「場所は行為を支配する。」の原則は真の救難聖人 *ein wahrer Nothelfer* であり、実質法におけると同じく国際私法においてもまた目的は法形成の導きの星 *Leitstern* であることの決定的な証拠である、という。
- (6) Wolff [1954 (S29)] は、ドイツ民法施行法 11 条 1 項 1 文は効果法を先頭に出して原則 *Grundsatz* たらしめている、という。

地法の定める方式である。) から行為地法を方式準拠法とすることは当事者の利益にかなう (行為者保護 favor gerentis). また, 行為地法上の方式により法律行為をした当事者の期待は行為地法を方式準拠法とすることにより保護される (取引保護 favor negotii) 》¹⁶⁾, という説明である.

第 2 款 日本の学説

「場所は行為を支配する。」の原則の根拠に関して, 日本を代表する国際私法学説である山田 (鐮) は次のように説明する.

「法律行為の方式を法律行為の効力の準拠法のみによらしめるときは, 法律行為の効力の準拠法所属国以外の場所でも有効な法律行為をなしえない場合が起こりうる. 行為地法の要求する方式を備えた法律行為を方式上有効とするのは, 右の支障を除くための私法的国際生活における実際上の便宜にもとづく. 当事者にとっては, 行為地法の定める方式に従うことが最も便利であり, その方式について法律的助言を受けやすい. その点で, 右の原則 [「場所は行為を支配する。」の原則] は, 国際私法上, 当事者利益を認めるものであるが, また同時に, 行為地における取引利益にも適うものである (江川英文「locus regit actum の原則の我が国際私法に於ける適用」山田三還暦 744 頁以下, 久保・国際私法論 265 頁, 折茂・各論 69 頁以下, Kegel/Schurig, S.120).」(山田 (鐮) [2004 (H16)] 285 頁. なお, 山田 (鐮) [1987 (S62)] 251 も同旨である.)

この引用文の前半は「場所は行為を支配する。」の原則の必要性を説くのに対して, 後半は「場所は行為を支配する。」の原則を基礎づける利益ないし

16) Staudinger/Winkler von Mohrenfels [2019 (H31)] EGBGB Art 11 Rn 30-31, MüKoBGB [2020 (R2)] EGBGB Art 11 Rn 1. なお, このような説明は, 部分的には, Savigny [1849], Zitelmann [1912 (T1)], Raape [1931 (S6)] にも見られる. 前出注 15 参照.

行為者保護 favor gerentis と取引保護 favor negotii については, Neuhaus [1976 (S51)] S.175, 櫻田 [2000 (H12)] 183-184 頁参照.

は政策を説く。これは、日本の学説の現状を表していると思われる。すなわち、日本の学説は、古くから現在まで、「場所は行為を支配する。」の原則の根拠が実際上の必要性にある旨を説くが、新しい学説は、これに加えて、「場所は行為を支配する。」の原則を利益衡量・政策考慮により基礎づける傾向がある¹⁷⁾。

17) 「場所は行為を支配する。」の原則（以下、この注で、「l.r.a.の原則」という。）の根拠に関して本文に述べた3点に関する日本の学説等の態度は次のとおりである。

(1) 法典調査会の法例議事速記録（第5回、1898（M31）-12-8）では、法例8条は、第7条（成立した第8条と同じ）として審議された。審議の冒頭で穂積陳重が立法趣旨を説明する。それによれば、「場所ハ行為ヲ支配スト伝フ原則〔二ハ〕一ツモ確カナ理由ハナイ〔……〕此方式ノ性質上理論上出タ規則デナクテ便宜上出タ規則デアル之ハ随意的ノモノデアラウト思ヒマス例ヘバ普魯西人ト致シマスレバ宜シイ普漏西ガ仏蘭西デ遺言ヲスル此普漏西ノ遺言ト伝フモノハ裁判所デアル主義ニナツテ居ル仏蘭西ノ裁判所デハサウ伝フコトハ出来ヌ又其管轄権モ持タナイ場合ニ於テハ遺言ノ効力ハ本国法ニ依ラナケレバ往カヌト伝フコトニ付テ矢張り其方式モ仏蘭西デ普漏西ノ方式ニ依ルト伝フコトハ出来ナイ又公正証書ヲ要スルヤウナ風ノ場合ドウシテモ種々行為ノ効力ヲ定ムル法律ニ依ルコトガ出来ナイ場合ガ出来ル〔……〕一番此点ニ於テハ是迄採り来ツタ所ノ行為地法ト伝フモノガ便利デアルマイカ又行為地法ト伝フモノノ法律ハ多クノ多数ノ場合ニ於テハ一番行為者ガ能ク知ルコトガ出来ル其他行為地法ニ伴ヒマスル種々ノ利益ガアリマスカラシテ此行為地法ト伝フモノヲ其取除ケノ準拠法致シマスレバ理論モ實際モ貫テ極都合好ク往クコトデアラウト思ヒマス」、「行為地法ハ便宜法デアリマス、ソレ故ニ原則ノ方ヲ行為ノ準拠法トシ、ソレカラ補則ノ方ヲ行為地法ト致シタノデアリマス」

この引用文は、「場所は行為を支配する。」の原則には理論上の根拠がないこと、同原則は、法律行為成立準拠法が裁判所や公証人の行為を以て方式とする場合は外国でその方式により法律行為をすることが困難または不可能である、という実際上の根拠に基づくこと、および、行為地法上の方式は当事者にとって最も容易に知り得ることを述べる。後者の2点は現在の日本の学説に継承されている理由づけである。

(2) 法例修正案理由書〔1898（M31）〕は次のようにいう。

「場所ハ行為ノ方式ヲ支配ストノ原則ハ素ト法律行為ノ方式ヲ容易ナラシムル實際上ノ便宜規定タルニ過キシテ法理上ヨリ論スルトキハ原則上法律行為ノ方式モ亦其法律

行為自体ヲ支配スル法律ニ従ハサルヘカラス〔……〕然レトモ此原則ヲ絶対的ニ強行スルトキハ往々外国ニ於テ法律行為ヲ為スコト能ハサルニ至ルノ不便アルカ故ニ實際上ノ便宜ノ為メ唯此原則ヲ強行スルコトヲ要セサル法律行為ニ限り寧ロ例外トシテ行為地法ノ方式ニ依ルコトヲ得ルコトヲ認ムルヲ以テ足レリトス」

この引用文も「場所は行為を支配する。」の原則が実際上の根拠に基づく旨を説明する。(3) 山田 (三) [1931 (S6)] 140 頁は, L.r.a. の原則は「法律行為の成立を容易ならしむるが為めに発達したる便宜規定」(139 頁) であり, 「法律行為の方式を容易ならしむる便宜規定たるに過ぎない」(140 頁) という。

(4) 山口 [1927 (S2)] 320 頁は L.r.a. の原則は「当事者ノ便利ヲ保護スル為メニ生ジタルモノナ [リ]」という。

(5) 江川 [1930 (S5)] は「場所は行為を支配する」なる原則は理論的に之を基礎づけることは極めて困難である。(744 頁) といい, この原則は「実際の理由に基く」(744 頁), 「国際生活の障害を除去するの必要から生れた」(744 頁), 「国際生活に於ける実際の必要に基く」(745 頁) という。また, 江川 [1939 (S14)] 213 頁は「実際のの不便を除去するため」といい, 江川 [1950 (S25)] 195 頁は「実際の不便を除くため」といい, 江川 [1970 (S45)] 188 頁は「実際の不便を除くため」という。

(6) 久保 [1935 (S10)] 265 頁は, L.r.a. の原則には理論的根拠はなく, 「国際私法交通を容易ならしめんとする実際上の必要乃至便宜の為にこの法則の発生を見るに至った」という。

(7) 實方 [1942 (S17)] 169-170 および實方 [1953 (S28)] 169-170 頁は L.r.a. の原則は「世界的私法交通に於ける法律行為の成立を容易ならしめんとする〔以下, 170 頁〕便宜的理由に基く」という。

(8) 齋藤 [1955 (S30)] 360 頁は, L.r.a. の原則には理論的根拠はなく, 同原則は「国際的私法生活における実際的實際的必要性」, 「実際の便宜の考慮」に基づく, という。

(9) 折茂 [1972 (S47)] 69-70 頁は従来の内外の学説を要約する形で次のようにいう。

「locus regit actum の規則の実質的根拠如何については〔……〕今日においては, つぎのごとき見方が最も有力であるとみてよい。すなわち, もともと法律行為の方式は, あくまでその形式的な成立要件なのであるから, かならずしもこれを法律行為の実質面を支配する法——法律行為自体の準拠法——に絶対的によらしめる必要はなく, また, もしもそのように厳密に法律行為自体の準拠法によらしめようとするれば, その準拠法の所属国以外において法律行〔以下, 70 頁〕為をしようとするものは, その法の求める行為の方式を履むことが, 場合によっては実際上困難となることをまぬかれないから, 渉外私的生活関係の円滑を保障し, 法律行為の成立をなるべく容易ならしめるためには,

行為地法の要求する方式を備えた法律行為は、これを一応成立したものとみとめるに如かないのである。」と。」

また、折茂〔1959 (S34)〕49-50頁参照。

(10) 山田〔録〕〔2004 (H16)〕285頁は「法律行為の方式を法律行為の効力の準拠法のみによらしめるときは、法律行為の効力の準拠法所属国以外の場所で行う有効な法律行為をなしえない場合が起こりうる。行為地法の要求する方式を備えた法律行為を方式上有効とするのは、右の支障を除くための私法的国際生活における実際上の便宜にもとづく。当事者にとっては、行為地法の定める方式に従うことが最も便利であり、その方式について法律的助言を受けやすい。その点で、右の原則は、国際私法上、当事者利益を認めるものであるが、また同時に、行為地における取引利益にも適うものである。」

(11) 溜池〔2005 (H17)〕322-323頁は「法律行為の成立を容易ならしめ、当事者の便宜を図るために、〔l.r.a.の原則〕が、諸国の国際私法上広く認められている。」という。

(12) 櫻田〔2020 (R2)〕196頁は「法律行為の成立を容易にし、当事者の便宜を図り、その期待にも沿うために、「場所は行為を支配する (locus regit actum)」という原則が古くから認められてきた。」という。

(13) 横山〔2012 (H24)〕139頁は「通則法も、その10条1項、2項(3項、4項)および34条において、実質法上の方式自由の原則を抵触法の平面に投影させている。」といい、同140頁は法適用通則法10条2項につき「行為地を連結素とすることの理由は次の3点に求められよう。第1に、行為地において利用できる法律情報へのアクセスは当事者にとり容易であるとみられるから、それだけ方式の履践が促進される。第2に、しっかりとした法律情報に基づくかぎり、方式違反を理由に法律行為の成立が事後に否定される可能性は低くなる。そして第3に、契約との関係では、通則法8条1項が定める「最も密接な関係がある地」という基準の含意する法的不確実性も回避することができる、という点である。」という。

(14) 道垣内〔2014 (H26)〕42頁は法適用通則法10条の1項と2項の関係について「実際上の便宜に配慮したものであり」という。

(15) 櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(1)(10条)231頁(神前禎)、同(2)(34条)149頁(神前禎)は、それぞれ、法適用通則法10条2項および34条2項は「当事者の便宜」を図るために設けられたという。

(16) 神前・早川・元永〔2019 (H31)〕137頁(神前禎)はl.r.a.の原則の根拠として、成立準拠法所属国以外の国で成立準拠法上の方式(特に、公的機関の関与による方式)を実行することが困難であることなどを挙げる。後出注109参照。

(17) 松岡〔2008 (H20)〕120-121頁は、l.r.a.の原則は「当事者の実際上の便宜」に基づ

第 3 款 まとめ

従来の学説が「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠として挙げる理由は、主として、国家機関の行為に関する。すなわち、法律行為の成立準拠法が国家機関の行為を以って方式とする場合¹⁸⁾は、その方式により成立準拠法所属国以外の国で法律行為をすることは困難である(または、不可能である)、という理由である。

そこで、次に、法が国家機関の行為を以って権利変動要件とする場合、その国家機関の行為を国際私法上どのように扱うべきかを考える。

第 2 節 国家機関の行為の国際的非代替性

第 1 款 国家機関の行為の国際的非代替性

「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠を検討する際に最も重要な

くとともに、方式有効性に対する当事者の期待の保護、および、国際取引の安全と円滑の確保の観点からも望ましいから、方式の性質決定に際してもこのような立法趣旨に照らして判断しなければならない、という、松岡・高杉 [2015 (H27)] 120-121 頁も同じ。櫻田・佐野・神前 [2016 (H28)] 73-74 頁 (高杉直) も同旨。

(18) 以上をまとめると、日本の学説は、当初から現在まで、「場所は行為を支配する。」の原則は、成立準拠法所属国以外の国で法律行為をすることを容易にするという、当事者の便宜ないしは実際上の便宜により基礎づけているが、最近の学説は、これに加えて、具体的な政策考慮により同原則を基礎づけているといえよう (なお、法例議事速記録にも、当事者が最も容易に知り得るのは行為地法上の方式である旨の説明がある。)

- 18) 各国の実質法上のどんな要件が法適用通則法 10 条, 24 条 2 項および 3 項ならびに 34 条にいう「方式」に該当するかという問題 (性質決定) は法適用通則法の解釈問題であり、対象となる実質規定の所属する実質法秩序が決める問題ではない。従って、本文で述べたような《法が国家機関の行為を以って法律行為の方式とする場合は》という表現は、正確には、《法が国家機関の行為を以って権利変動要件とし、その要件が法適用通則法 10 条, 24 条 2 項もしくは 3 項または 34 条にいう「方式」に該当する場合は》と表現すべきところである。しかし、前者の表現における「方式」とは日本の国際私法上の「方式」である、と考えることもできる。そこで、本稿では前者の表現を使う。

は、《或る国の法が国家機関の行為を以て権利変動要件とする場合、その国家機関とはその国の国家機関に限る。》というルールである。これを国家機関の国際的な非代替性と呼ぶことができる。それは次のことを意味する。

日本民法における「所有者」(206条)、「債権者」(415条)、「者」(732条)などの権利主体を示す語はその国籍・常居所・住所・居所を問わないし、「不動産」(369条)、「動産」(311条)といった権利客体を示す語はその所在地・登記地・登録地を問わないし、「意思表示」(176条)、「約し、約する」(555条)、「侵害した、生じた」(709条)、「婚姻」(731条)などの権利変動要件を示す語はその発生地を問わないから、世界中の人・物・事実発生は日本民法中のそれらの語に該当する¹⁹⁾。

これに対して、「登記」(177条)、「供託する」(494条)、「届け出る」(739条)、「公正証書」(969条)という語は日本の行政機関(または、公証人²⁰⁾)の関与

19) このルールは各国の国内法上のルールであろうか。

自然人については、日本には、外国人であることを要件とする実質規定(一般的に外国人であることを要件とする実質規定、あるいは、特定の外国の国民であることを要件とする実質規定)がある。例えば、航空法4条1項1号、「外国人土地法(1925(T14)年法律42号)」1条である。従って、日本民法にいう「所有者」、「債権者」、「者」などの語が国籍・常居所・住所・居所を問わず世界中の自然人を含むのは日本法が決めている事柄であるといえるし、各国の民法についても同様にいえるであろう。

20) 日本では、公証人は、法務大臣がこれを任じ、かつ、その属すべき法務局または地方法務局を指定し(公証人法11条)、公証人は法務局または地方法務局に所属する(同法10条1項)。公証人の職務執行の区域はその所属する法務局または地方法務局の管轄区域に限られる(同法17条)。公証人は法務大臣の指定した地にその役場を設けなければならない(同法18条1項)、公証人は、原則として、その役場でその職務を行う(同法18条2項本文)。公証人は法務大臣の監督を受ける(同法74条1項)。公証人の地位、任命、所属、監督などに関しては、兼子・竹下〔2002(H14)〕437-438頁、440-441頁参照。

以上の点に鑑み、日本法が公証人の行為を以て法律行為の方式とする場合(民法969条など)は、その「公証人」とは日本の公証人に限る、と解すべきであろう。なお、後出注103参照。

する行為を意味するし、「訴えを提起する」(770 条) という語は日本の裁判所に訴えを提起することを意味する。それゆえ、例えば、外国の市町村長に届け出る行為は、日本民法 739 条をいかに解釈しても、同条にいう「届け出る」に該当しない。これが国家機関の(行為の) 国際的非代替性である。

以上に述べた点は日本法に限られず、どの国の実質法に関しても同様であろう。ここから、《或る国の法が国家機関の行為を以って権利変動要件とする場合、その国家機関とはその国の国家機関に限る。》というルールを考えることができる²¹⁾。このルールはすべての国際私法学説が一致して前提としている(認めている)わけではない²²⁾。しかし、それにもかかわらず、このルールは国際私法上の基本的なルール(国際私法の基本原理)であるように思われる。

第 2 款 確認の訴え・給付の訴えにおける準拠法と国際裁判管轄

ここでは、裁判所による法的判断に関しては、どの国の法が準拠法になるかという問題の解決基準(国際私法規定)と、どの国の裁判所に国際裁判管轄が

21) 例えば、「婚姻挙行地法の定める方式」、「当事者の一方の本国法の定める方式」(山田(録)[2004 (H16)] 411 頁)とは、婚姻挙行地法(または当事者の一方の本国法)が国家機関の行為を以って方式とする場合は、《挙行地の国家機関(または当事者の一方の本国の国家機関)の関与する方式》を意味する。また、「日本法上の婚姻の方式」(山田(録)[2004 (H16)] 412 頁)とは、《日本の国家機関(日本の市町村長、日本から外国に派遣された大使・公使・領事)の関与する婚姻の方式》を意味する。

横山[2012 (H24)] 241 は「留意すべきは、当事者の本国法が婚姻の挙行についてその国の国家機関の関与を要求しているときには、日本の戸籍吏などが本国たる外国の国家機関を代行して、本国法の定める民事婚を挙行することはない、という点である。婚姻に関与する機関は、当該機関を創設し、権限を与える国の法だけに服するからである。」という。この引用文の後半は《婚姻に関与する国家機関は、その国家機関を創設する国の法がその国家機関の行為を以って婚姻の方式とする場合に限り、その行為をする。》という意味であろう。従って、この引用文は本文に掲げたルールを前提としていると思われる。

22) 後出注 103 参照。

あるかの問題の解決基準（国際裁判管轄規定）が互いに別個独立であることを見る。

法的判断とは、裁判所が、具体的事実に基づいて権利変動が生じたか否かという問題（法律問題）について、法を基準として判断する行為である。これは、確認の訴えと給付の訴えに関しては明らかに妥当する。従って、確認の訴えと給付の訴えにおいては裁判所は法的判断の主体であり、法律問題は法的判断の客体であり、法は法的判断の基準である。それゆえ、法と裁判所は互いに対置されるべき存在であり、一方が他方の構成要素であるという関係にはない。

ところで、現在の国際社会では、法も裁判所も基本的には国家単位で整備されているから、どの国の法を基準として法的判断をすべきか（準拠法の如何）という問題と、どの国の裁判所が法的判断をすることができるか（国際裁判管轄の如何）という問題が生ずる²³⁾が、上述したように、確認の訴えと給付の訴えでは法と裁判所は互いに別個独立の存在（互いに対置されるべき存在）であるから、前者の問題の解決基準（国際私法規定）と後者の問題の解決基準（国際裁判管轄規定）もまた互いに別個独立である²⁴⁾。ここから、確認の訴えと

23) Heldrich [1969 (S44)] SS.14ff. は、前者と後者を、それぞれ、法の管轄 *Rechtzustaändigkeit* および裁判所の管轄 *Gerichtszustaändigkeit* と呼び、両者の関係を検討している。

24) 池原 [1982 (S57)] 6 頁は次のようにいう。

「国際的な裁判管轄権の決定に当たっては、[……]、いかなる国（法域）の裁判機関によれば当該の渉外的な民事事件についての裁判の適正、公平、かつ能率的な運営が行われるかに配慮するのに対して、準拠法の決定に当たっては、いかなる国（法域）の実質法秩序によれば当該の渉外的な生活関係の適切な規律が行われるかに配慮するものである。したがって、いずれの場合にも、事案と国（法域）との間の関係に考慮を払うにしても、前者と後者とでは、考慮されるべき要素も、また考慮の角度も異ならざるをえない。かくして、国際的な裁判管轄権を決定する法則は、準拠法を選択するための法則とは別個、独立のものであって、仮にその決定・選択の基準（連結素）として同一の法律概念——例えば住所の如し——が用いられているとしても、その概念の内容は必ずしも同一とは限らない。」

給付の訴えでは、或る国の裁判所が外国法を基準として権利変動を判断する必要性が生ずる。

では、以上に述べたことは、形成の訴えに関しても妥当するか。行政機関の行為に関しても妥当するか。以下で見てみよう。

第 3 款 形成の訴えにおける準拠法と国際裁判管轄

形成の訴えにおいては準拠法と国際裁判管轄はどうか。

まず、確認の訴えと給付の訴えにおいては裁判所は、裁判外で発生した事実に基づいて権利変動が生じたか否か、という法律問題について実体法を基準として判断し、判決確定後は、同じ訴訟当事者間で同じ法律問題（訴訟物）について実体法を基準として判断することは禁止される。

次に、形成判決とは、裁判外で法定の事実（例えば、民法 770 条 1 項各号に該当する具体的事実）が発生した場合に形成判決をすれば権利変動が生ずる、という制度である（形成判決による権利変動の要件はこのふたつであり、それゆえ、形成判決に至るまでの手続は権利変動要件ではない。）。裁判所が形成判決をする場合は、裁判所は、まず、事実（例えば、民法 770 条 1 項各号に該当する事実）を認定した上で、《この事実と、今まさにしようとしている形成判決に基づいて権利変動が生ずるか。》という問題に関して法を基準として判断する。そして、この問題に関して肯定の回答を得た場合に裁判所は形成判決をし、これにより権利変動が生ずる。従って、形成判決は、一面では、事実（意思表示、不法行為、占有など）と同じく権利変動要件であり、他面では法的判断である。ところで、形成判決に基づいて権利変動が生じたか否かを形成判決

また、Heldrich [1969 (S44)] SS.105ff. は、国際裁判管轄規定の基礎にある諸利益と国際私法規定の基礎にある諸利益を比較検討し、その結果、国際裁判管轄規定と国際私法規定の完全な調和 eine vollständige Harmonisierung は望ましくない nicht angezeigt という (S.130)。

確定後に裁判所が実体法を基準として判断することは禁止されている²⁵⁾から、この点で、形成判決は、権利変動要件としての面を持つにもかかわらず、裁判外で発生した事実（意思表示など）と同じ扱いを受けるのではなく（確認の訴え・給付の訴えでは、裁判所は、裁判外で既に発生した事実に基づいて権利変動が生じたか否かを判断するから、形成判決が権利変動要件であることに注目すれば、形成判決により権利変動が生じたか否かについて後の裁判所は実体法を基準として判断することができるはずである。しかし、そのような制度は採用されていない。）、法的判断として、確認判決・給付判決と同じ扱いを受ける。各国の国内法において形成判決の受けるこのような取り扱いは国際私法に反映させるべきであろう。具体的には以下のとおりである。

第1に、形成の訴えにおいては、確認の訴えおよび給付の訴えにおけると同じく、裁判所は、権利変動の問題に関して法を基準として判断する——形成の訴えにおいても法と裁判所は互いに対置すべき存在である——から、形成の訴えに関しても、どの国の法を基準として判断すべきかという問題の解決基準（国際私法）とどの国の裁判所が判断し得るかという問題の解決基準（国際裁判管轄規定）は互いに別個独立である、と考える必要がある²⁶⁾。

第2に、形成判決による権利変動の要件は形成要件（例えば、民法770条1項各号に掲げる事実）と形成判決（権利変動が生ずべき旨の宣言）であるから、準拠外国法上の形成判決が日本法の知らないタイプの形成判決（例えば、別居判決）であっても日本の裁判所はその形成判決をすることができる、と解する必要がある²⁷⁾、²⁸⁾、²⁹⁾。

25) 形成判決に既判力があるか否かについては、新堂〔2019 (H31)〕212-214頁参照

26) 形成判決は権利変動要件である、という面に注目すれば、形成の訴えに関する国際裁判管轄の問題はどの国の法が準拠法になるかという問題に埋没する。後出注38参照。

27) 根本〔2022 (R4)〕104-110頁参照。

日本法の知らない形成判決はふたつに分けることができる。

ひとつは、日本法には存在しない権利変動が外国法では形成裁判により生じる、という場合であり、もうひとつは、日本法にはその種の権利変動は存在するが日本法ではその種の権利変動は形成裁判以外の方法により生じる、という場合である。前者の例は別居判決であり、後者の例は特別養子縁組制度(昭和 62 (1987) 法律 101 号, 昭和 63 (1988) 1-1 施行) 導入前の養子縁組である。

法例改正前の学説は別居に関しては離婚に関する改正前法例 16 条を類推適用すべきであると解していたが、別居判決(裁判による別居)に関しては学説はふたつに分かれていた。

第 1 は、日本の裁判所は夫の本国法を準拠法として別居判決をすることはできない、と解する説であり、次の諸説である。山口 [1910 (M43)] 237 頁:「別居モ亦離婚ト同一ノ準拠法ニ依ル故ニ」という理由を挙げる、山口 [1932 (S7)] 72 頁および山口 [1943 (S18)] 160 頁: いずれも改正前法例 16 条但書を理由とする、山田 (三) [1931 (S6)] 186 頁および山田 (三) [1934 (S9)] 630 頁: いずれも「我国に於ては別居の制度を認めざるが故に」という理由を挙げる、江川 [1937 (S12)] 346 頁:「わが国は別居の制度を認めないから」という理由を挙げる、江川 [1939 (S14)] 255 頁:「わが国は別居の制度を認めてゐないから」という理由を挙げる、江川 [1950 (S25)] 291 頁および江川 [1970 (S45)] 276 頁: いずれも「日本では別居の制度を認めていないから」という理由を挙げる、實方 [1942 (S17)] 296 頁および實方 [1953 (S28)] 296 頁: いずれも改正前法例 16 条但書を理由とする、久保 [1953 (S28)] 228-229 頁:「日本法は裁判上の別居を認めないから」という理由を挙げる。このうち、山田 (三)、江川、久保の各説は、改正前法例 16 条但書を理由とする趣旨であると思われるが、しかし、日本には別居判決をするための手続規定がないから、という趣旨に読むこともできなくはない。この点につき、折茂 [1959 (S34)] 263 頁、折茂 [1972 (S47)] 314-315 頁は江川説と久保説を前者の趣旨に理解する。しかし、山田 (録) [1987 (S62)] 380 頁、山田 (録) [2004 (H16)] 458 頁は「これまで、我が国で別居の裁判ができないとする説の根拠は、我が国に裁判上の別居の制度がないこと、および別居の裁判についての手続規定がないことであった」といい、その典拠として「江川・全書 276 頁、山口・72 頁、久保・概論 228-229 頁、實方・概論 296 頁」と示す。なお、国内法に別居裁判に関する手続規定がないことは外国法を準拠法として別居の裁判をすることの障害になるかという問題を日本で最初に取り上げたのは溜池 [1955 (S30)] 585-586 頁であると思われるが、そこで引用されているのはドイツの判例と学説である。

第 2 は、日本の裁判所は夫の本国法を準拠法として別居判決をすることができる、と解する説であり、次の諸説である。折茂 [1959 (S34)] 263 頁、折茂 [1972 (S47)] 314 頁、

澤木〔1984（S 59）〕121頁、山田（鐐）〔1987（S62）〕380頁は「夫の本国法上、別居のほかに離婚が認められている場合はともかく、少なくとも夫の本国法上別居しか認められていない場合〔……〕、日本の裁判所に別居の判決を請求することができる」と解すべきであろう。」という。また、溜池〔1955（S30）〕586頁参照。

法例改正後の学説は、日本の裁判所は外国法を準拠法として別居判決をなし得る、と解している。澤木〔1990（H2）〕128頁、山田（鐐）〔2004（H16）〕458頁：「準拠法たる外国法上、別居のほかに離婚が認められている場合はともかく、少なくとも外国法上別居しか認められていない場合〔……〕、日本の裁判所に別居の判決を請求することができる」と解すべきであろう。」、溜池〔2005（H17）〕479頁、木棚・松岡・渡辺〔2007（H19）〕224頁（木棚照一）、木棚〔2017（H29）〕212頁、櫻田〔2020（R2）〕296頁、澤木・道垣内〔2018（H30）〕109頁、奥田〔2020（R2）〕134頁、中西・北澤・横溝・林〔2022（R4）〕320頁。

養子決定（養子縁組を成立させる裁判）については、根本〔2022（R4）〕参照。

- 28) 法が裁判所の行為を以って方式とする例として、相続の限定承認・放棄の申述の裁判所による受理（民法924条、938条）を挙げることができる。ここでは、相続の限定承認・放棄の申述受理の審判に関する国際私法上の問題を検討する。

1. 申述受理審判の法的性質

(1) はじめに

相続の限定承認・放棄の申述受理の審判に関しては次の問題がある。第1は、限定承認・放棄の裁判所による申述受理審判は法律行為の方式であるかという問題であり、第2は、申述受理審判は裁判であるかという問題であり、第3は、申述受理審判の確定後に裁判所は限定承認・放棄の成否を判断し得るかという問題である。それぞれ、以下の(2)、(3)および(4)で検討する。なお、申述の受理審判の正文は「限定承認（または、放棄）の申述を受理する。」である（静岡家沼津支審昭和28（1953）-11-4国私例集1011頁（中華民国人による放棄）、神戸家審昭和35（1960）-9-14家月12巻12号101頁（北朝鮮法を本国法とする被相続人の母による限定承認）、東京家審昭和52（1977）-7-19家月30巻7号82頁（韓国人たる被相続人の子3人による限定承認）、神戸家審平成6（1994）-7-27家月47巻5号60頁（インド人たる被相続人の妻による放棄）、東京家審平成11（1999）-10-15家月52巻3号60頁（ニュー・ジーランド人たる被相続人の妻と3人の子による放棄））。申述受理審判の方式については、家事事件手続法201条7項前段、家事事件手続規則106条1項、家事審判規則（平成25（2013）-1-1廃止）106条1項、金子〔2022（R4）〕201条763-764頁参照。

(2) 限定承認・放棄の裁判所による申述受理は法律行為の方式であるか

相続の限定承認・放棄は意思表示であり (『新版注釈民法 (27)』[2013 (H25)] 922 条 541 頁 (小室直人・浦野由紀子) (限定承認), 同 938 条 614 頁 (犬伏由子) (放棄)), 申述を裁判所が受理することによりはじめて限定承認・放棄の意思表示が成立する, と考えることができる (この点は, 婚姻届の市町村長による受理によりはじめて婚姻当事者間で意思表示の合致が成立する (前出注 12 参照) のと同じであろう。). また, 申述受理審判により権利変動が生ずるのであるが (この点も, 婚姻届の市町村長による受理により夫婦関係が成立するのと同じである。), その権利変動の原因は限定承認・放棄という意思表示を構成する効果意思である (この点も婚姻届の場合と同じである。これに対して, 離婚判決・特別養子縁組成立審判にあっては裁判 (判決等) の主文で権利変動が生ずべき旨を宣言するから権利変動の原因は裁判 (判決等) である。). 以上の点に鑑み, 相続の限定承認・放棄の申述の受理審判は法律行為の方式であると解すべきであろう。次の学説は, 相続の限定承認・放棄の申述の受理審判は法律行為の方式である, と解する。澤木 [1972 (S47)] 143 頁, 澤木 [1990 (H2)] 151 頁, 石黒 [1979 (S54)] 138 頁, 山田 (鎌) [1987 (S62)] 467 頁, 山田 (鎌) [2004 (H16)] 577-578 頁, 澤木・道垣内 [2018 (H30)] 136-137 頁, 木棚・松岡 [1994 (H6)] 137 頁 (笠原俊宏), 佐野 [1996 (H8)] 253 頁 (相続放棄の申述), 木棚 [2017 (H29)] 562 頁, 奥田 [2020 (R2)] 462 頁。相続の限定承認・放棄の方式に関しては, 櫻田・道垣内 [2011 (H23)] (2) (36 条) 194 頁 (林貴美) 参照。

(3) 申述の受理審判は裁判であるか

家庭裁判所が申述受理審判をするときは申述書にその旨を記載しなければならず, その旨の記載をした時に申述受理審判はその効力を生ずる。家事事件手続法 201 条 7 項。審判は即時抗告の期間の満了前には確定しない (家事事件手続法 74 条 3 項)。申述受理審判に対しては即時抗告をすることができない (同条 9 項参照) から, 申述受理審判は効力発生と同時に確定すると解される。金子 [2022 (R4)] 74 条 318 頁参照。「審判の確定とは, 審判について通常の不服申立ての手段が尽きた状態をいう」(金子 [2022 (R4)] 74 条 318 頁) といわれる。家事審判法につき, 山田 (恒) [2002 (H14)] 324 頁は「我が国の家事審判法には, 相続放棄の申述を受理する審判の無効を争う手続の定めはない。」という。これに対して, 市町村長がした受理に方式要件の欠缺があるか否かについては, 理論的には, 裁判所は審理し得ると解される (実際には民法 742 条 2 号ただし書きが働く。). 『新版注釈民法 (21)』[1989 (S64)] 742 条 307 頁 (沼正也) は民法 742 条 2 号ただし書きにつき「第 739 条第 2 項に掲げる条件を欠くだけであるとき [……] こうした届出が受理されてしまったときには本号但書に規定せられているような瑕疵が治癒されて完全有効な婚姻となるという理論的根拠はあいにくありえない。ひとえに安

易な便宜的立法と評するほかない（西欧の立法例では、婚姻取消原因等とするのが一般であるといってよい）」という。

申述受理審判事件において、裁判所は、具体的事実（申述人の真意など）を認定し——ただし、どんな要件が満たされているかを判断すべきかについては争いがあるようである（『新版注釈民法（27）』〔2013（H25）〕560頁（924条、限定承認、小室直人・浦野由紀子）、同625-626頁（938条、放棄、犬伏由子）、秋武・片岡〔2021（R3）〕（201条）797-799頁（中井彩子）、家事審判法につき、斎藤・菊池〔1992（H4）〕270-271頁（9条1項甲類26号、限定承認、稲田龍樹）、同280頁（9条1項甲類26号、放棄、稲田龍樹）、竹田〔1989（S64）〕50-52頁、62頁参照）。——、いままさにしようとしている申述受理審判をすれば相続の限定承認または放棄の効力が生ずるか否かについて法を基準として判断し、これにつき肯定の回答を得た場合には申述受理審判をし——これにより、申述受理という、法律行為（相続の限定承認または放棄）の方式が創設される——、この審判が確定すれば「通常の不服申立ての手段が尽きた状態」（金子〔2022（R4）〕74条318頁）に入るのであるから、申述受理審判は裁判であるといえよう（なお、申述受理審判の法的性質については争いがあるようである。例えば、『新版注釈民法（27）』〔2013（H25）〕938条625頁（犬伏由子）は非裁判説、裁判説、準裁判説を紹介し、「準裁判説が通説とされている。」という。しかし、本稿は民事訴訟法学における学説の対立に立ち入るものではない。）、従って、日本の国内法上、相続の限定承認・放棄の申述受理の審判は裁判（裁判所による法的判断）として扱われるから、国際私法上は、日本の裁判所は、外国法上の同じ行為（相続の限定承認・放棄の申述の裁判所による受理）をなし得るだけでなく、それ以外の法律行為についても、外国法が裁判所による申述受理を以て法律行為の方式としている場合はそれをなし得る、と解すべきであろう。

（4）申述受理審判の確定後に裁判所は限定承認・放棄の成否を判断し得るか

申述受理審判が確定しても、（別の）裁判所は、限定承認・放棄の成否を判断し得るか。これについては、「限定承認および相続の放棄またはその取消しの申述の受理の審判は、それぞれの有効無効を実質的に判断してこれを確定するものではなく、意思表示を受領し、それが相続人の真意に基づくものであることを公証する作用を果たすものであると解されている。」（金子〔2022（R4）〕201条763頁）、「限定承認の申述受理の審判は、前提となる限定承認の要件を備えているものと判断して一応その旨を公証するものである。既判力はないので、要件を欠く不適法な申述であれば、仮に受理審判があっても限定承認としての効力はない。最終的には民事訴訟で確定される。」（斎藤・菊池〔1992（H4）〕9条1項甲類26号271頁（稲田龍樹）。相続放棄の申述受理の審判につき、同9条1項甲類29号281頁（稲田龍樹）もおおむね同旨。）といわれる。また、相続放棄の

申述受理審判につき、『新版注釈民法 (27)』[2013 (H25)] 938 条 625 頁 (犬伏由子) 参照。申述受理審判後に (別の) 裁判所が相続の限定承認・放棄の成否を判断し得るのは、申述受理審判は申述の受理という法律行為方式を創設するに過ぎないからであろう (この点は、市町村長が婚姻届を受理した後に裁判所が婚姻の実質的成立要件の欠缺に基づいて婚姻の成否を判断し得ると同じであろう。申述受理審判と異なり、離婚判決・特別養子縁組成立審判にあっては裁判 (判決等) を原因として権利変動が生じる。特別養子縁組成立審判の確定後に特別養子縁組の成立要件の欠缺を主張して特別養子縁組の成立を争うことができるかについては、『新版注釈民法 (24)』[1994 (H6)] 817 条の 2, 598-599 頁 (大森政輔) 参照)。涉外事件では、申述受理審判後に (別の) 裁判所が限定承認または放棄が成立しなかった旨を判断した判例が 2 件ある (いずれも相続放棄の事案である。)

最 (1) 判平成 15 (2003) -6-12 民集 57 卷 6 号 640 頁の第 1 審判決である東京地判平成 13 (2001) -5-31 は、1994 (H6) -11-9 に死亡した韓国人 A (第 2 次世界大戦前からの日本居住者) の妻 B と子 5 人 (C~G) が東京家裁に 1995 (H7) 年 2 月 (B, C, G) と 7 月 (D, E, F) に相続放棄の申述をし、東京家裁がそれぞれ同年 3 月と 8 月に受理審判をした事案につき、「G が東京家庭裁判所に対してした相続放棄の申述によって有効に相続放棄の効力が生ずるとは認められない。」と判示した。その控訴審判決である東京高判平成 14 (2002) -3-5 は「相続人 B-G は東京家庭裁判所に対しても相続放棄の申述を申し立てることができ、その場合における申述の方式については、我が国の方式によれば足りることになる (法例 8 条 2 項)。[……], G, B, C, D, E, F が行った東京家庭裁判所に対する相続放棄の申述は法律行為の方式としては有効というべきである。」と判示した上で、「G, B, C, D, E, F の各行為が韓国民法 [……] に規定する法定単純承認事由に該当することが明らかである。[……]. G, B, C, D, E, F については、いずれも相続放棄の効力を認めることができないというべきである。」と判示した。

東京地判平成 23 (2011) -6-7 判タ 1368 号 233 頁は、韓国法を本国法とする A が 2000 (H12) -12-3 に死亡し、その子 Y4 が名古屋家裁豊橋支部に相続放棄の申述をし、2011 (H23) -3-25 に受理された事案につき、「Y4 が、A に関する相続開始のあったことを知った日から 3 か月以内に相続放棄をしたとは認められない。従って、Y4 による相続放棄はその効力を生じない。」と判示した。

2. 法律行為の方式としての申述受理審判

相続の限定承認については日本法も韓国法も裁判所への申述を以って方式とする。このように、或る法律行為に関して成立準拠法も行為地法 (日本法) も裁判所の行為を以って方式とする場合はどうか。

(1) まず、或る法律行為に関して成立準拠法が裁判所の行為を以って方式とする場合は、その法律行為に関して日本法が何（行政機関への届出、公証人の公証など）を以って方式とするかを問わず、日本の裁判所は成立準拠法を方式準拠法としてその行為をなし得る（法適用通則法 10 条 1 項、24 条 3 項本文、34 条 1 項）と解すべきであろう。東京家審昭和 52（1977）-7-19（本注前出 1（1）参照）は、永く日本に居住した韓国人 1976（S51）-4-8 に韓国で死亡した。）の子 3 人（いずれも韓国人であるが永く日本に居住している。）が 1976（S51）-6-4 に東京家裁に相続の限定承認の申述をし、かつ、相続財産管理人の選任を求めた事案に関して、「韓国法を適用して限定承認の申述（届出）を受理しうるものと解するのが相当である。」と判示して限定承認の申述を受理した。法律行為（限定承認）の成立準拠法である韓国法を以って方式準拠法としたものと解される（山田（録）〔2004（H16）〕577-578 頁参照）。この判例は「日本の裁判所は韓国の裁判所を代行して受理審判をする」といった言葉を使わない点で高く評価すべきであろう（後出注 31 を付した本文参照）。また、神戸家審平成 6（1994）年（放棄。本注前出 1（1）参照）および東京家審平成 11（1999）年（限定承認。本注前出 1（1）参照）は相続の限定承認・放棄の方式に関して日本法を法律行為成立準拠法の資格で準拠法としたと見られる。

(2) 次に、或る法律行為に関して、成立準拠法が何（書面の作成、行政機関への届出、裁判所への届出など）を以って方式とするかを問わず、その法律行為に関する日本法上の方式が裁判所の行為である場合には、「場所は行為を支配する。」の原則（法適用通則法 10 条 2 項、24 条 2 項、34 条 2 項）により、日本の裁判所はその行為をなし得る、と解すべきである（石黒〔1979（S54）〕138 頁が東京地判昭和 52（1977）年（本注前出 1（1）参照）につき「本件における〔……〕「代替」の基礎づけは、法例 8 条 2 項本文に求められるべきであろう」というのはその意味であろう。）。判例としては、東京高判平成 14（2002）年（本注前出 1（4））は、相続準拠法が韓国法である事案につき東京地裁がした相続放棄申述受理審判について法例 8 条 2 項を基準として判断し、「G, B, C, D, E, F が行った東京家庭裁判所に対する相続放棄の申述は法律行為の方式としては有効というべきである。」と判示した。

3. 申述受理審判事件の国際裁判管轄

相続の限定承認・放棄の受理に関する国際裁判管轄規定（家事事件手続法 3 条の 11 第 1 項）は、日本の裁判所が外国法を法律行為（限定承認・放棄）成立準拠法として受理審判をする場合（法適用通則法 10 条 1 項）だけでなく、日本の裁判所が日本法を行為地法として受理審判をする場合（法適用通則法 10 条 2 項）にも適用されると思われる。それゆえ、後者の場合は、行為地（行為地概念については後出第 5 節第 1 款参照）が日本であるだけでは日本の裁判所は相続の限定承認・放棄の申述を受理することはできな

第 3 に、形成判決に至る手続は権利変動要件ではないから、権利変動（離婚、養子縁組など）の準拠法が形成裁判（形成判決等）を以て権利変動要件とする場合、日本の裁判所は、準拠法の定める手続に従って形成裁判をする必要はな

いこととなる(石黒〔1979 (S54)〕138 頁, 山田(恒) 2002 (H14) 323 頁, 奥田〔2020 (R2)〕462 頁. また、塚場〔1979 (S54)〕286 頁参照). 前者のタイプの判例として、神戸家審平成 6 (1994) 年(本注前出 1 (1) 参照)および東京家審平成 11 (1999) 年(本注前出 1 (1) 参照)は、いずれも、まず、限定承認・放棄の受理審判に関する日本の国際裁判管轄を検討し、これにつき肯定の結論を得た後に、日本法を法律行為成立準拠法の資格で方式準拠法とした。後者のタイプの判例として、東京高判平成 14 (2002) 年(本注前出 1 (4) 参照)は、相続準拠法が韓国法である事案につき東京家裁がした相続放棄申述受理審判について、まず、受理審判に関する日本の国際裁判管轄を検討し、これを肯定した後に、日本法を行為地法(法例 8 条 2 項)の資格で方式準拠法とした。相続の限定承認・放棄の受理審判の国際裁判管轄については、また、澤木・道垣内〔2018 (H30)〕136-137 頁, 木棚〔2017 (H29)〕562 頁参照。相続遺言事件の国際裁判管轄に関する並行理論については、後出注 38 参照。家事事件手続法 3 条の 11 第 1 項については、金子〔2022 (R4)〕3 条の 11, 39-42 頁, 秋武・片岡〔2021 (R3)〕(3 条の 11) 41-43 頁参照。

4. 国家機関の国際的代替性の問題

横山〔2012 (H24)〕303 頁は「日本に居住する外国人たる相続人が限定承認または相続放棄の申述を日本の家庭裁判所にたいしてした場合に、日本の家庭裁判所が相続準拠法たる外国法の想定する機関に相当するか否かつまり代替可能性の問題は相続準拠法の規律する問題である。」という(この説は国際裁判管轄を論じているわけではない。しかし、この説の説くところは並行理論(緩和された並行)に類似する。後出注 38 参照)。しかし、本稿の本文で既に述べたように、「相続準拠法たる外国法の想定する機関」が行政機関であるか裁判所であるかにより相異なる扱いが必要であるし、行政機関であれ裁判所であれ、そもそも国家機関には国際的代替性はない、と考えるべきである(前出注 21, および、後出注 31 を付した本文参照)。なお、横山〔2012 (H24)〕303 頁は、相続の限定承認・放棄の申述受理審判は法律行為の方式ではない、と考えているようである。

- 29) これに対して、Savigny〔1849〕S.350(前出注 3 参照)は、プロイセン法は裁判所の行為を以て遺言の方式とするのに対してフランス法は公証人の行為を以て遺言の方式とするから、フランスで病気になるプロイセン人はフランスで遺言をすることができない、といい、ここから、「場所は行為を支配する。」の原則の必要性を説く。

い（すなわち、「手続は法廷地法による。」の原則に基づき日本法の定める手続に従って形成裁判をすれば足りる。）³⁰⁾。

第4に、日本の裁判所は、外国法を適用して形成判決（その種類の形成判決を日本法が知っているか否かを問わない。）をする場合には、法律問題につき外国法を基準として判断する法的判断者として振る舞うのであり、外国法上の権利変動要件である「裁判所」の「形成判決」に「日本の裁判所」の「形成判決」が該当するのではないし、日本の裁判所が外国裁判所の形成判決を「代行」するのでもない³¹⁾。この意味で、日本の裁判所が外国法を準拠法として形成判決をするのは、《或る国の法が国家機関の行為を以って権利変動要件とする場合、その国家機関とはその国の国家機関に限る。》というルール——このルールは権利変動要件としての国家機関行為に関するルールであるに過ぎない——の例外ではないと解される。

第4款 行政機関の行為に関する準拠法と国際管轄

次に、行政機関の行為（市町村長による届出受理など）を見る。

第1目 行政機関の行為に関する準拠法と国際管轄の一体性³²⁾

30) 形成裁判に至る手続を以って権利変動要件と考えれば、日本の裁判所は外国法を準拠法として形成裁判（形成判決等）をすることはできなくなる。後出注38参照。

31) 根本〔2022（R4）〕128-129頁参照。

なお、根本〔2022（R4）〕106頁では、日本の裁判所が外国法を準拠法として形成裁判をなし得ることを裁判所の「国際代替性」と呼んだが、これは正確な表現ではない（日本の裁判所は外国の裁判所に代替して形成裁判をするわけではない。）ので、本文のように改める。

32) 法が国家機関の行為を以って方式とする場合の準拠法と国際裁判管轄の関係に関しては、横山〔1997（H9）〕74-75頁、77-79頁、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕（2）（24条）22-24頁（横溝大）参照。

行政機関が法律行為の方式に関与する場合は、行政機関は、まず、事実（当事者の年齢など）を認定した上で、《この事実と、今まさにしようとしている行為（届出の受理など）に基づいて権利変動が生ずるか。》という問題に関して法を基準として判断する（行政機関が方式に関与する際の要件審査の実質的根拠については、後出第 4 節第 2 款第 1 目参照）。そして、この問題に関して肯定の回答を得た場合に行政機関はその行為をし、これにより権利変動が生ずる。この点で、行政機関による法的判断は、形成の訴えにおける裁判所による法的判断と同じく、一面では権利変動要件であり、他面では法的判断である。しかし、行政機関の行為（届出受理など）に基づいて権利変動が生じたか否かは裁判所の事後審査に服するから、この点で、行政機関の行為は通常的事実（意思表示、不法行為、占有など）と同じである（確認の訴え・給付の訴えでは、裁判所は、裁判外で既に発生した事実に基づいて権利変動が生じたか否かを判断するから）。各国の国内法において行政機関の行為の受けるこのような取り扱いは国際私法に反映させるべきであろう。

さて、現在の国際社会では、裁判所と同じく行政機関もまた基本的には国家単位で整備されている（日本では戸籍事務に関しては市町村長は法務大臣を頂点する行政組織を構成している。戸籍法 3 条 1 項、戸籍法施行規則 82 条³³⁾）。そこで、各国の行政機関の総体の国際管轄を考えることができる。では、裁判所の国際裁判管轄の解決基準（国際裁判管轄規定）と国際私法規定が互いに別個独立であるのと同じく、各国の行政機関の総体の国際管轄の基準と国際私法規定は別個独立であろうか。すなわち、行政機関の国際管轄に関して、国際私法規定とは別の解決基準を（解釈により、または、立法により）設けることができるであろうか。

33) 平成 11 (1999) 年法律 87 号による改正前の戸籍法 3 条および平成 6 (1994) 年法務省令 51 号による改正前の戸籍法施行規則 71 条 (現 82 条) につき、青木・大森 [1982 (S57)] 29 頁, 33 頁参照。

この答えは否である。なぜなら、裁判所は法を基準として法的判断をするから訴訟要件としての国際裁判管轄が必要になるのに対して、行政機関の行為はそれ自身が権利変動の要件（＝裁判外で発生する通常的事実と同じ）であるから、裁判所が法的判断をするために必要な訴訟要件としての国際裁判管轄と同じ意味で、行政機関が行為（届出受理など）をするために必要な国際管轄を考えることはできないからである。

この点について、国際私法の意味を考えよう。いま、事案を単純化するために、諸国の国際私法が統一されているものと仮定する。その国際私法の下で或る法律行為につき日本法が方式準拠法になる場合において、日本法が市町村長による届出受理を以ってその法律行為の方式とするとき（つまり、その法律行為が婚姻、協議離婚などであるとき）は、日本の市町村長は届出を受理することができる（＝日本の市町村長が届出を受理すれば権利変動が生ずる。）のに対して、外国の市町村長は受理し得ない（＝外国の市町村長が届出を受理しても権利変動は生じない。）³⁴⁾。ここでは国際私法規定が行政機関の国際管轄を定めているように見えるが、その実体は、どの国の法が方式準拠法になるかを定める国際私法規定と、《或る国の法が国家機関の行為を以って権利変動要件とする場合、その国家機関とはその国の国家機関に限る。》という各国実質法上のルールの結果であり、要するに、何（＝どの国の行政機関の行為）が方式準拠法上の方式に該当するかという要件該当性の問題であるに過ぎない。

これについては次の3点が重要である。

第1に、国際私法には、上記のように、各国の行政機関の事務分配を定めているという面があるから、この事務分配を行政機関の国際管轄と呼ぶことができなくはない。そして、そのように呼ぶとすれば、行政機関に関しては国際管轄の問題は準拠法の問題に埋没しているといえる。また、仮にこれを行政機関

34) 前出注 21 参照。

の国際管轄と呼ぶとしても、それはどの国の行政機関の行為が準拠法上の権利変動要件たる行政機関行為に該当するか (何が権利変動要件に該当するか) の問題であり、裁判所の国際裁判管轄が訴訟要件の問題であるのとは異なる³⁵⁾。

第 2 に、私法上の権利変動要件としての行政機関の行為 (市町村長による届出受理など) に関しては、どの国の行政機関が国際管轄を持つかという問題はどの国の法が準拠法になるかという問題の一環であるから、両者を互いに異なる基準で定めることは許されない。例えば、行政機関の権限の範囲を、国際私法とは別の法により、解釈により、または、立法により、何らかの要素 (当事者の国籍・常居所・住所・居所など) を基準として、定めることは許されない。従って、まず、法適用通則法 10 条 1 項, 24 条 3 項本文, 34 条 1 項により日本法が (法律行為の成立準拠法としての資格で) 方式準拠法になる (そして、日本法によれば当該法律行為の方式が市町村長による届出受理である) 場合は、日本の市町村長には届出受理の権限があり、この権限を、解釈により、または、立法により、変更する (拡張と縮小のいずれも) ことは許されない³⁶⁾。次に、

35) 国内規模における事務分配についても同様である。すなわち、戸籍法 25 条は日本国内のどの市町村で届出をすることができるかを定めるから、日本国内の市町村長間の事務分配 (従って、市町村長の管轄) を定めているといえるが、同条は権利変動要件を定めているのであり、この点で、裁判所の土地管轄規定 (民事訴訟法 4 条以下) が訴訟要件を定めているのとは異なる。根本 [2021 (R3) b] 21-22 頁参照。

36) 例えば、外国人夫婦の協議離婚において離婚準拠法 (法適用通則法 27 条本文, 25 条) が日本法である場合は、たとえ夫婦いずれも外国にいても、日本の市町村長は協議離婚の届出を受理し得ると解すべきである。根本 [2021 (R3) b] 20 頁注 23, 30 頁注 55 参照。

なお、法適用通則法により定まる日本の市町村長の届出受理権限を、立法または解釈により、当事者の国籍・常居所・住所・居所などを基準として、拡張することは無意味である。なぜなら、その場合は、日本の市町村長には届出受理権限があるにもかかわらず方式準拠法が外国法であるから、日本の市町村長が仮に届出を受理しても準拠法上の方式に該当しないからである。

同法 10 条 2 項, 24 条 2 項, 34 条 2 項により日本法が（行為地法としての資格で）方式準拠法になる場合も同じである^{37), 38)}。

37) 後出注 100 参照。

38) 形成判決には、形成判決は権利変動要件であるという面と、形成判決は法的判断であるという面がある。形成判決の前者の面を重視して形成の訴えに関する国際裁判管轄を考えることもできなくはない。ドイツにおける並行理論がこれである。

(1) 並行理論の内容のひとつは、《形成の訴えに関しては、準拠法がドイツ法であればドイツに国際裁判管轄があり、準拠法が外国法であればドイツに国際裁判管轄はない。》という命題である (Neuhaus [1976 (S51)] S.428 はこれを厳格な並行 ein strenger Gleichlauf, der strikte Gleichlauf と呼ぶ.)。

まず、この命題は、形成判決は権利変動要件である、という思想（形成判決をする裁判所を以って行政機関と同視する思想）から導くことができる。例えば、實方 [1953 (S28)] は「相続・遺言事件と国家機関の関与」(399 頁) に関して、「相続遺産事件に就いて人の死亡後為さる可き手段手続は其の本国法に依つて定められるのであり、日本の国家機関は原則として日本実質相続法の要求する手段手続の実現に対してのみ協力すべきである。謂はば、国家機関の活動は日本相続法の適用に依存するものと見て差支ない。従って、原則として、被相続人・遺言者が日本人であって其の準拠法が日本法である場合に日本国家機関が管轄権を有するものと解する。」(400 頁) という。實方 [1942 (S17)] 399 頁, 400 頁も同じ。この引用文は、行政機関と裁判所を一括して論じ、裁判所の行為を以って行政機関の行為と同じく権利変動要件と考えている。しかし、形成判決は権利変動要件としてではなく法的判断として扱うべきである（前出第 3 款）から、この理由づけを採ることはできない。

次に、この命題については、形成判決にあっては実体法と手続法が密接な関係に立っている、という理由が挙げられることがある。Neuhaus (1976 (S51)] S.428 は厳格な並行は過去のものである、といい、この理由づけを批判して、「その際、人は、実体法と手続法との密接な関係を den engen Zusammenhang zwischen materiellem und Verfahrensrecht 指摘した。両者間の密接な関係は裁判所に対して法廷地法を適用することのみを許す、というのである。」という。Neuhaus の批判するこの理由づけは、《形成判決に至るまでの手続もまた形成判決による権利変動の要件である。しかして「手続は法廷地法による。」の原則があるからドイツの裁判所は準拠法所属国の手続法の定める手続を実施することはできない。》という趣旨であると思われる。しかし、形成判決に至るまでの手続は形成判決による権利変動の要件ではない（前出第 3 款）から、この理由づけを採ることはできない。

第 3 に、国際私法は各国の国内法である (また、その内容は互いに一致しているとは限らない)。この結果、同一の行政機関行為であっても、その国際管

(2) 並行理論のもうひとつの内容は、《形成の訴えについては、準拠法がドイツ法であればドイツに国際裁判管轄がある。準拠法が外国法であれば、ドイツの裁判所が形成判決をすることにその準拠法が同意 Zustimmung していれば、その形成の訴えに関してドイツに国際裁判管轄がある。》という命題である (Neuhaus [1976 (S51)] S.428 はこれを緩和された並行 der gemäßigte Gleichlauf と呼ぶ)。緩和された並行の理由として、Neuhaus [1976 (S51)] は、実質に関して基準となる法 das materiell maßgebende Recht は、何 (時間の経過などの事実、意思表示、形成判決など) を以って権利変動要件とするかを定める自由を持つ、といい (S.430)、これに続けて、「同様に、法は、法律効果を、裁判官の関与またはその他の公務員の関与に結び付ける場合は、外国の裁判官、戸籍事務担当者、公証人などもまた当該効果を生じさせることができるか、それとも、国内の裁判官等に限るか、を決めることができる、と解する必要がある。Ebenso sollte dieses Recht dann, wenn es eine Rechtsfolge an die Mitwirkung des Richters oder einer sonstigen Amtsperson bindet, selbst entscheiden können, ob auch ein fremder Richter, Standesbeamter, Notar usw. die betreffende Wirkung auslösen kann oder allein ein einheimischer.」(SS430-431) という。また、Neuhaus [1976 (S51)] S.430 Fußn 1165 は、裁判所は、権利の存否を認識する活動をする場合には実質法の上 über dem materiellen Recht にあり、形成行為をする場合は実質法の下 unter dem materiellen Recht にある、という (形成裁判をする裁判所が法と対置すべき存在なのか、法の構成要素であるのか——換言すれば、法の外にあるのか、法の中にあるのか——については、前出第 3 款参照)。以上によれば、Neuhaus が、第 1 に、形成判決を以って、行政機関の行為と同じく、権利変動要件として扱っていること、第 2 に、或る国の法が国家機関の行為を以って権利変動要件とする場合は他国の国家機関がそれに該当するか否かは法解釈の問題である、と考えていることがわかる。第 1 点については、形成判決は確認判決・給付判決と同じく法的判断として扱うべきであるし (前出第 3 款参照)、第 2 点については、或る国の法が国家機関の行為を以って権利変動要件とする場合は、その法をいかに解釈しても、他国の国家機関がそれに該当することはあり得ない、と考えるべきである (前出第 1 款参照)。従って、緩和された並行を採ることはできない。

(3) 並行理論に関しては次の文献がある。澤木敬郎「並行の原則」『国際法辞典』[1975 (S50)] 604 頁、舛場 [1980 (S55)], 舛場 [1996 (H8)], 根本洋一「並行の原則」『国際関係法辞典』[1995 (H7)] 695-696 頁、根本洋一「並行の原則」『国際関係法辞典』[2005 (H17)] 771 頁。

轄の基準となる国際私法は判断者に依じて異なる。まず、或る国の行政機関が今まさに方式への関与行為をしようとする場合にその行政機関に方式関与権限があるか否か（＝その国の法が方式準拠法になるか否か）を判断する際にはその行政機関はその国の国際私法を適用する。これに対して、或る国の行政機関が既に行った行為が有効な方式であるか否かを（その国の、または、別の国の）裁判所が判断する場合には、行政機関に国際管轄があったか（＝どの国の法が方式準拠法だったか）を判断する際には裁判所は法廷地国際私法（裁判所の所属する国の国際私法）を適用する³⁹⁾。

第2目 国際私法が決める行政機関の関与権限（国際管轄）の意味

以上に述べたとおり、どの国の行政機関の行為が法律行為の方式に関与し得るか（或る国の行政機関の総体の権限）という問題はどの国の法が方式準拠法であるかという問題の一環である。しかし、ここでいう権限とは国際私法の観点からの権限である。すなわち、日本の行政機関（市町村長など）が法律行為の方式に現実に関与するためには、日本の国際私法により日本法が方式準拠法になることに加えて別の要件を満たす必要がある。例えば、届書の記載事項（戸

39) 外国でその国の行政機関の関与する方式でした法律行為に関して日本の裁判所が方式の有効性を判断した判例として、東京地判平成16(2004)-1-30判時1854号51頁（判批、山田恒久・ジュリスト1290号144頁〔2005(H17)〕、江泉芳信・ジュリスト1291号(2004(H16)年度重要判例解説)298頁〔2005(H17)〕）がある。事実は次のとおりである。日本人女Aとフランス人男Bが1999(H11)-11-20に「パリ第3区区役所に婚姻届を提出し」、フランスで婚姻生活を営み、2001(H13)-2-8に子Cが生まれ、2001(H13)-6-27にAがCを連れて日本に帰国し、2002(H14)年にAがBを被告として離婚、Cの親権者指定、および、慰謝料を求めて訴えを提起した。判旨は、「パリ第3区区役所に婚姻届けを提出し」たことにより婚姻が成立したものと認め、離婚請求を認容した。判旨は本件婚姻の方式に関して国際私法規定を引用していないが、本件で当事者が実行した方式は改正法例13条2項（婚姻挙行地法）と3項本文（当事者の一方の本国法）のいずれによってもフランス法により有効である。

籍法 29 条) である。そして、最も重要な要件は、市役所・町村役場に出頭することを要するか否かである。戸籍法 27 条は「届出は、書面又は口頭でこれを行うことができる。」と規定するが、諸国の法制度上は、むしろ、市役所・町村役場に出頭することを要件とする法制が多いと思われる⁴⁰⁾。

或る国が、法適用通則法 34 条 1 項のように、法律行為成立準拠法を以って方式準拠法とする国際私法規定を持ち、その規定によりその国の法が方式準拠法になる場合において、その国の法が行政機関の行為を以って当該法律行為の方式とし、また、その方式が行政機関への出頭を要件とするときは、当事者がその国にいないければ、その国の行政機関は法律行為の方式に関与することはできない。これに対して、或る国が、法適用通則法 34 条 2 項のように、行為地法(行為地概念については、後出第 5 節第 1 款参照)を以って方式準拠法とする国際私法規定を持ち、行為地がその国であるためにその規定によりその国の法が方式準拠法になる場合において、その国の法が行政機関の行為を以って当該法律行為の方式とし、また、その方式が行政機関への出頭を要件とするときは、当事者がその国の行政機関の関与する方式により法律行為をすることに支障はないであろう。

しかし、「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠は後に検討することとして(後出第 5 節第 2 款第 2 目参照)、次に、行政機関の義務を検討する。

第 3 目 行政機関の方式関与義務と国際私法

第 1 項 方式実行の可能性

方式は、私人の行為(書面の作成、証人の立会、私人間の儀式など)、行政機関の行為(市町村長による届出受理など)、裁判所の行為(相続放棄の申述

40) 後出注 62 参照。

の受理など)、宗教機関の行為などに分けることができるが、この中で、私人の行為と行政機関の行為の間には大きな違いがある。すなわち、私人の行為は、これを実行しようとする意思が当事者にある限り（そして、必要な物的・人的資源を当事者が調達すれば）実行することができる⁴¹⁾。そして、この種的方式を実行した場合は、それが有効な方式であるか否かは裁判所の事後的判断に委ねられる。

これに対して、行政機関の行為たる方式は当事者が望めば実行できるというわけではない。なぜなら、行政機関所属国の国際私法がその国の法を方式準拠法としない場合は行政機関は方式には関与しないからである。しかし、行政機関の関与行為は、たとえ当事者が望んでも、これを受けることができないことがある、という点は大きな問題ではない。なぜなら、行政機関所属国の国際私法がその国の法を方式準拠法としない場合は、たとえ行政機関がその国の国際私法を無視して方式に関与したとしても、その後、《その方式によっては権利変動は生じなかった。》旨の判断をその国において（例えば、裁判所などで）されるからである。

従って、当事者にとって重要な問題は、或る国の国際私法によりその国の法が方式準拠法になる場合において（そして、その国の法が、当該法律行為について、行政機関の行為を以って方式とすれば）、当事者がその国の行政機関に対して方式への関与を求めたとき、行政機関には方式関与義務があるのか、という点である。この点を次に検討する。

41) Raape [1931 (S6)] S.165 は「法律行為を支配する国の外で方式規定を満たすことは、私的な方式 eine private Form が問題になる場合は、容易である。私署証書遺言 ein privates Testament を作成しようとするドイツ人にとって、それに関するドイツ民法 2231 条の規定の遵守は、彼がその規定を知っている限り、スイスにおいてはドイツにおけるより大きな苦勞をもたらすものではない。」という。

第 2 項 行政機関の方式関与義務

或る国の国際私法がその国の法を方式準拠法とする場合（そして、その国の法が当該法律行為に関して行政機関の行為を以って方式とすれば）、その国の行政機関には方式に関与する義務があるか、という問題は、一般的には、行政機関はその権限内の行為をする義務を負うか、という問題であると思われる。しかし、本稿では行政機関の行為一般について検討する余裕はないので、私法上の法律行為の方式たる行為（市町村長による届出受理など）の義務の問題に限定するほかはない。この点については、法律行為の当事者が日本の（或る地の）市町村長に対して創設的届出の受理を求めた場合において、その市町村長にその届出を受理する権限があれば、その市町村長には創設的届出を受理する義務がある、と解すべきであり⁴²⁾、個々の市町村長に関して権限の範囲と義務の範囲が同じであれば、日本の市町村長の総体に関しても、権限の範囲と義務の範囲は同じである、と解すべきであろう。それゆえ、まず、法適用通則法 10 条 1 項、24 条 3 項本文、34 条 1 項により日本法が（法律行為の成立準拠法としての資格で）方式準拠法になる場合は⁴³⁾、日本の市町村長の総体には届出受理の義務があり、次に、同法 10 条 2 項、24 条 2 項、34 条 2 項により日本法が（行為地法としての資格で）方式準拠法になる場合も同じである。そして、私法上の法律行為の方式に関しては、どの国でも、行政機関の権限の範囲と義務のそれは一致する、と解することができるであろう。従って、或る国の国際私法が「場所は行為を支配する。」の原則を採用している場合において、その

42) 青木・大森 [1982 (S57)] 全訂戸籍法 133 頁 (戸籍法 15 条) は「届出等が適法な場合には、市町村長はこれを受理すべき義務があり、もし受理しないときは、届出人等は家庭裁判所に対する不服申立によって争いうるし (118 条 [引用者注: 現 122 条])、また正当な理由がなく受理を拒んだ場合には、市町村長に対し制裁を科する規定が定められている (122 条 [引用者注: 現 139 条] 1 号).」という。

43) これに加えて、戸籍法の規定する要件を満たすことが必要である。例えば、届書の記載事項 (同法 29 条)、届出の方法 (同法 27 条により、書面または口頭) である。

国の法が行政機関の行為を以って当該法律行為の方式とし、また、その方式が行政機関への出頭を要件とするときは、その国にいる者（行為地概念については、後出第5節第1款参照）は、その国の行政機関の関与する方式の実行を望めば——あたかもそれが私人間の行為たる方式（書面の作成など）⁴⁴⁾であるかの如く——、必ずこれを実行することができることとなる。

それでは、「場所は行為を支配する。」の原則は、法律行為成立準拠法を以って方式準拠法とする国際私法規定に対して補充的・二次的性質を持つルール（本則に対する補則）であろうか。この点を次に検討する。

第3節 法律行為の構造と方式概念

「場所は行為を支配する。」の原則、すなわち、「行為地法に適合する方式は、有効とする。」（法適用通則法10条2項、34条2項、同法24条2項も同旨）という規定の実質的根拠は何かという問題は、「方式」に関して「行為地法」を準拠法とする実質的根拠は何か、という問題である。従って、この問題を検討するためには、「方式」および「行為地」の意味を明らかにすることが必要になる。そのためには、法律行為による権利変動に関して、方式は他の要件とどんな関係に立っているか（法律行為の構造）を考えることが必要になる。

第1款 意思表示における表示行為と方式

法律行為とは、意思表示以外の要件（当事者が婚姻適齢に達している、婚姻当事者間に近親関係がない、婚姻当事者のいずれにも現に配偶者がいない、養子の父母による養子縁組への同意が得られている、など）が満たされている状況で意思表示（効果意思の表示）が行われれば効果意思（権利変動を望む意思）のとおり権利変動（夫婦関係の成立、養親子関係の成立）が生ずる、という

44) 前出注41参照。

制度である⁴⁵⁾。法律行為の成立要件の中核は意思表示（効果意思の表示、例えば、契約の申込みと承諾）である（前出第 1 章第 2 節参照）。意思表示（効果意思の表示）の特色は、第 1 に、（意思表示以外の要件がすべて満たされている状況で）意思表示をすれば権利変動が生ずる——意思表示は法律行為による権利変動の要件であるだけでなくその原因でもある——という点、第 2 に、法律行為によりどんな権利変動が生ずるかは意思表示（を構成する効果意思）が決めるという点にある。そこで、国際私法で法律行為をどのように扱うべきかを考える際には意思表示の構造を考えることが重要である。

意思表示の構成要素は、第 1 に効果意思（権利変動を望む意思）であり、第 2 に表示意思であり、第 3 に表示行為である。すなわち、或る者が効果意思を持ち、かつ、表示意思を伴って表示行為をすれば意思表示が成立する⁴⁶⁾。

表示行為の例は、対面する相手方に発語すること、書面に文字を記載して郵送することである⁴⁷⁾。表示行為にはどんな特色があるか。

45) 我妻 [1965 (S40)] 238 頁は「法律行為 [……] とは、意思表示を要素とする私法上の法律要件である。」という。幾代 [1984 (S59)] 183 頁は「法律行為 [……] とは、一個または数個の意思表示 [……] を不可欠の要素とする法律要件であり、法がその意思表示の内容に従って私法上の効果を生ぜしめるものである [……].」という。要するに、法律行為は意思表示とそれ以外の要件から構成されるから、法律行為と（一個または数個の）意思表示は同義ではない。我妻 [1965 (S40)] 238 頁、幾代 [1984 (S59)] 183-184 頁、『新版注釈民法 (3)』[2003 (H15)] 36-38 頁（平井宜雄）参照。なお、『新版注釈民法 (3)』[2003 (H15)] 36 頁（平井宜雄）は「意思表示理論の大成者サヴィニーは、意思表示と法律行為とを同じ意味だと解したようであり」という。前出注 8 参照。

46) 我妻 [1965 (S40)] 239-242 頁、幾代 [1984 (S59)] 236-237 頁、『新版注釈民法 (3)』[2003 (H15)] 38-42 頁（平井宜雄）。ただし、我妻 [1965 (S40)] 241-242 頁、『新版注釈民法 (3)』[2003 (H15)] 41 頁（平井宜雄）は、結論において、意思表示の構成要素から表示意思を除く。幾代 [1984 (S59)] 237 頁は表示意思を以って意思表示の構成要素とすることに疑問を示す。

47) 我妻 [1965 (S40)] 239-240 頁、幾代 [1984 (S59)] 236 頁、『新版注釈民法 (3)』[2003 (H15)] 39 頁（平井宜雄）参照。

表示行為が人の行為である以上はこれを客観的要素と主観的要素に分けることができる。表示行為の客観的要素は身体の動静である。表示行為の主観的要素は表示行為の客観的要素に対応する意思（表示行為の客観的要素を実行しようとする意思）であり、例えば、「ただ届出をしようという意思」である⁴⁸⁾。

しかし、これらの客観的要素と主観的要素があれば、表示行為の外形が人の行為として行われたとはいえるが、表示行為が行われたとはいえない（例えば、ただ届出をしよう、という意思を伴って届出をした場合は婚姻届があったとはいえない）。すなわち、表示行為が成立するためには、客観的行為（届け出る行為など）をする際に、《この客観的行為を方法・手段として利用して効果意思を表示しよう。》という意思が存在することが必要である。これが表示意思である⁴⁹⁾（表示意思とは、客観的行為に対応する意思（例えば、ただ届出をしよう、という意思）ではないし、また、単に一般的な《効果意思を表示しよう。》という意思でもない）。表示意思を伴って客観的行為をすれば、それは表示行為である⁵⁰⁾。

ところで、表示意思とは《この客観的行為を方法・手段として利用して効果

48) 鳩山〔1930 (S5)〕345-346頁は「表示ハ人ノ行為ナリ。身体ノ動静ト之ヲ惹起コスベキ意思トヲ要ス。此意〔以下、346頁〕思ヲ行為意思 (Handlungswille) ト謂フ。行為意思ナクバ行為ニアラズ故ニ固ヨリ表示行為ニアラズ。例ハバ睡眠中ノ挙動、抵抗スベカラザル強制ニ因ル挙動ノ如シ。」という。ただし、後出注52参照。

身分行為に関して、「ただ届出をしようとする意思」が成立することについては、根本〔2021 (R3) a〕82頁注62参照。

49) 鳩山〔1930 (S5)〕342-343頁は「表示意思〔……〕トハ効果意思ト表示行為ヲ連絡スル心理作用ヲ謂フ。」という。幾代〔1984 (S59)〕は「内心的効果意思を外部へ発表しようとする意思、つまり、「いまなそうとする表示行為が一定の効果意思の表明として他人に理解されるであろう」という意識を、表示意思ということがある。いわば、内心的効果意思と表示行為とを心理的に媒介する意思ないし意識である。」という。ただし、前出注46参照。

50) 根本〔2021 (R3) a〕82-85頁参照。

意思を表示しよう。》という意思であるから、表示意思が存在すれば、客観的行為に対応する意思（例えば、ただ届出をしよう、という意思）もまた必ず存在する。この結果、表示意思を以て意思表示の構成要素とするのであれば、客観的行為に対応する意思を以て独立の構成要素とする必要性はなく、表示行為の客観的要素のみを考えれば足りる。^{51), 52)}。しかして、表示行為の客観的要素が方式である^{53), 54)}。従って、或る要件が方式であるか否か（性質決定）

51) 例えば、婚姻の無断届出の場合は、「ただ届出をしようとする意思」（表示行為に対応する主観的要素）はないが、それだけでなく、《届出により婚姻意思を表示しよう。》という意思（表示意思）がない。根本 [2021 (R3) a] 110 頁注 91 参照。

また、仮装婚姻（偽装婚姻）の場合は、「ただ届出をしようとする意思」はあるが、しかし、婚姻意思（婚姻の効果意思）がないから、婚姻意思の不存在を問題にすれば足りる。根本 [2021 (R3) a] 111 頁注 94 参照。

52) 『新版注釈民法 (3)』[2003 (H15)] 41-42 頁（平井宜雄）は「行為意思 (Handlungswille) の存在を要求する学説は、今日わが国の学説ではほとんど見当たらないようであるが(古くは、鳩山 346, 川名 166 がこれを要求した)、これは心理学的「意思」概念が要求するところであって、[以下、42 頁] 少なくともわが国ではなんらの法技術的意義を有しない概念として斥けられるべきであろう。」という。平井説については、前出注 46 参照。

53) 鳩山 [1910 (M43)] 40 頁は「要式行為 (Formelles Rg.) 無式行為 (Formloses Rg.) ノ區別ハ表示行為ニ付テ法定ノ方式アリヤ否ヤノ点ニ存ス之アルモノヲ要式行為ト云ヒ之ナキモノヲ無式行為ト云フ」という（この引用文は齋藤 [1955 (S30)] 362-363 頁に引用されている。).

なお、鳩山 [1930 (S5)] 297 頁、我妻 [1965 (S40)] 244-245 頁、幾代 [1984 (S59)] 190 頁、『新版注釈民法 (3)』[2003 (H15)] 52 頁（平井宜雄）は、いずれも、要式行為と不要式行為の區別は「意思表示が〔……〕一定の方式」(我妻 [1965 (S40)] 245 頁は「意思表示が〔……〕一定の形式」とする) に従ってなされることを必要とするか否かによる區別である、とする。

以上の学説は、方式とは表示行為の客観的要素である、という趣旨であると思われる。

54) 日本の国際私法学説による方式の定義を見るに、山口 [1927 (S2)] 325 頁は「意思表示ノ方法ト此方法ヲ構成スル事実」と定義し、江川 [1930 (S5)] 748 頁は「行為者の意思を外部に表す方式」と定義し、久保 [1935 (S10)] 268 頁は「法律行為 (意思表示) の表現手段又は外部方面」と定義し、同 278 頁は「意思表示の法定の方法」と定義し、實

はその要件が表示行為の客観的要素であるか否かにより決まる、と考えるべきであろう⁵⁵⁾。

方〔1942 (S17)〕166頁は「法律行為自体の法定の表示方法、即ち、法律要件としての法律行為を有効ならしむるが為に特に法律によりて限定せられた意思表示の表現方法」(實方〔1953 (S28)〕166頁も同じ)と定義し、齋藤〔1955 (S30)〕363頁は「わが民法上法律行為の方式を次のように定義することができるであろう。「方式とは法律行為が有効に成立するために法が要求する意思の表示方法である」と〔……〕。そしてこの民法上の方式概念が、そのままの形ではなく若干の修正を要するとはいえ、同時に国際私法上の方式概念すなわち法例第8条にいう方式概念の中核となる〔……〕。」といい、折茂〔1959 (S34)〕55頁は「法律行為の外面的形式としての意思表示の表現方法」(折茂〔1972 (S47)〕74頁も同じ)と定義し、山田(録)〔1987 (S62)〕249頁は「法律行為において当事者がその意思を表現すべき方法ないしは法律行為の外部的形式」(山田(録)〔1993 (H5)〕255頁、山田(録)〔2003 (H15)〕281頁、山田(録)〔2004 (H16)〕283頁も同じ)と定義し、溜池〔2005 (H17)〕319頁は「法律行為が有効に成立するために必要とされる外部的形式としての意思表示の表現方法」と定義し、櫻田〔2020 (R2)〕195頁は「有効な法律行為が成立するために必要な意思表示の外部的表现方法、外部から認識可能な形式的成立要件」と定義する。以上によれば、日本の国際私法学説は、法律行為の方式とは表示行為の客観的要素である、と解していると思われる。

従来国際私法学説も、或る要件が方式であるかの性質決定に際して、その要件が表示行為の客観的要素であるか否かを基準としていると思われる。

- (1) 口頭・書面について、後出注63に掲げた文献参照
- (2) 証人・立会人について、後出注68に掲げた文献参照
- (3) 物権行為の成立要件としての物権変動の登記が方式であるか否かについて、後出注98に掲げた文献参照

55) 方式の性質決定の基準として、或る事実が表示行為の客観的要素であるか否かという基準に加えて(または、それに代えて)別の基準を提唱する学説がある。

- (1) 山田(録)は次のようにいう。

「わが法例八条によれば、法律行為の方式は、本則として法律行為の実質の準拠法により、補則として行為地法による。したがって、問題は、法律行為の準拠法のうちからとくに方式のみをとり出して行為地法によらしめるのに、国際私法的利益衡量的問題としてどれほどの効用を期待できるかという点に存するのであり、方式の法律関係性質決定も、その観点から合目的になされるべきであろう。」(山田(録)〔1987 (S62)〕249頁、山田(録)〔2004 (H16)〕283頁)

第 2 款 意思表示と方式の関係

次に、方式を、国際私法上、どのように扱うべきかが問題になる。この問題を検討するためには、意思表示と方式の間には実質法上どんな関係があるかを考える必要がある。

まず、方式は意思表示の構成要素であろうか⁵⁶⁾。事実にあつては、或る事実の全体と部分を考えることができるから、部分は全体の構成要素である。法が事実を以て要件とする場合は、権利変動の有無は、具体的事実がその要件

「贈与における書面の要否、遺言における証人の立会の必要性等は、行為地法の判断に委ねても差支えない問題であるから、方式として性質決定されるべきである。」(山田(録) [1987 (S62)] 249 頁, 山田(録) [2004 (H16)] 283 頁)

(2) 横山は次のようにいう。

「法律行為の構成要素である意思表示を外部的に表象するものか方式といえる。けれども、実質法上、方式が履践されないと法律行為の拘束力が否定されるかまたは弱められるという意味において法律行為の形式と実質とは牽連関係にたつ。そのために、法律行為の方式と実質との境界線は抵触法上かならずしもはっきりとしていない。通則法上、方式については行為地が連結素の 1 つとされていること、選択的連結という方法が採用されていることそして消費者契約には特則がおかれていることに留意して、ある法律要件が方式か否かを性質決定しなければならない。また、法律行為の実質を規律する準拠法秩序の下では成立が否定され、そのために成立を肯定することが当該法秩序との間で判決の国際的不調和を導くとしてもなお、その有効な成立を政策的に維持すべきかという視点も重要である。」(横山 [2012 (H24)] 139-140 頁)

「法律情報への容易なアクセスを当事者に確保し、かつ、その成立を妨げないようにすべき問題が、34 条の「方式」に分類されよう。逆に、法律行為の実質を規律する準拠法秩序との間において判決の国際的調和の実現が重要とみられる問題については、国境を越えた身分関係の法的安定性のゆえに、これを方式として性質決定すべきではない。」(横山 [2012 (H24)] 145 頁)

56) 我妻 [1965 (S40)] 239-242 頁は「意思表示の要素」として、表示行為、効果意思、および、表示意思を検討し、最終的に、「表示意思を意思表示の要素のうちに加えない。」(242 頁) という。前出注 45 参照。この考え方に立てば、方式——本稿の立場では方式とは表示行為の客観的要素である——は意思表示の「要素」である、と考えることも不可能ではない。

に該当するかという判断により行われる。この場合は、要件に該当する具体的事実の全体と部分を考えることができる。

しかし、意思表示と方式の関係は、このような、全体と部分の関係ではない。なぜなら、意思表示が成立したか否かの判断は、具体的事実が「意思表示」という要件に該当する、という、具体的事実の要件該当性の判断ではないからである。

法律行為の成否の判断に際しては、《当事者がどんな客観的行為（書面の作成、市町村長による届出受理、公証人による公正証書作成など）をすれば意思表示が成立するか。》という問題が生じる。これが方式の問題である（前出第1款参照）。従って、それらの客観的行為（書面の作成など）と意思表示の成立は要件と効果の関係に立つ（なお、意思表示の成立には方式以外に効果意思と表示意思が必要である。）。

この《当事者がどんな客観的行為をすれば意思表示が成立するか。》という問題（方式の問題）と意思表示の成立は要件と効果の関係に立つから、方式の問題は、法律行為の成立（意思表示と意思表示以外のすべての要件が満たされること）により権利変動が生じるための前提問題である。簡単にいえば、方式は法律行為の成立（による権利変動）の前提問題である。そこで、この観点から方式の特色を考える⁵⁷⁾。

第1に、方式（形式的成立要件）は実質的成立要件と並ぶ要件であるか。

法律行為の実質的成立要件は、意思表示、婚姻当事者の年齢、婚姻当事者間に一定の近親関係がないこと、養子の父母が養子縁組に同意していることなどである。法律行為が成立するためにはこれらの実質的成立要件のすべてが満たされることが必要であり、それゆえ、或る実質的成立要件の不存在は法律行為の成立を直接に妨げる。すなわち、或る実質的成立要件の不存在は別の実質的成立要件の不存在をもたらさない（個々の実質的成立要件の存否は互いに独立

57) 以下の叙述については、根本〔2023 (R5)〕72-73頁参照。

している.)。

これに対して、方式は意思表示の成立要件であるから、意思表示が成立する場合には方式は必ず成立している。そして、方式の不成立は直接的には意思表示の不成立をもたらす、その結果、間接的に、法律行為の不成立をもたらす(このように、意思表示の成立は方式の成立に依存している.)。従って、意思表示(および、婚姻当事者の年齢など)を以って法律行為の成立要件とするのであれば、方式を以って意思表示と並ぶ要件とする必要はない。それゆえ、法適用通則法 10 条 1 項、24 条 1 項、および、34 条 1 項における法律行為の「成立」という語は方式を含まない、と解する必要がある^{58), 59)}。

第 2 に、方式が成立すれば(そして、効果意思と表示意思もあれば)意思表示が成立する。すなわち、方式の成立は意思表示の成立をもたらす原動力である(これに対して、効果意思と表示意思は意思表示の成立の必要条件であるに過ぎない.)。しかも、方式には意思表示の成立をもたらす以外の役割はない。法律行為の方式は意思表示の方法・手段である⁶⁰⁾、といわれるのはこの意味であろう。

第 3 に、方式の成立と意思表示の成立は要件と効果の関係に立つが、意思表示(の成立)は法律行為による権利変動の要件であるから、意思表示の成立は権利変動ではない⁶¹⁾。ところで、国際私法(法適用通則法 10 条、24 条 2 項、3 項、34 条)は、《当事者がどんな客観的行為をすれば意思表示が成立するか。》

58) 根本 [2023 (R5)] 73 頁注 39 参照。

59) 表示意思の国際私法上の位置づけも検討の余地があろう(根本 [2021 (R3) a] 109 頁は表示意思を以って法律行為の実質的成立要件と解した.)。

60) 法律行為の方式とは意思表示の方法である、と解する学説については、根本 [2021 (R3) a] 108-109 頁参照。

61) 法適用通則法 10 条 2 項、24 条 3 項本文、34 条 2 項は「[……] 法に適合する方式は、有効とする。」と規定する。方式が有効である、というのは、方式が成立する、という意味であり、権利変動が生ずることを意味するわけではないといえよう。

という問題（方式の問題）を送致の対象とする。これは、要件と効果の問題であれば権利変動の問題でなくても——権利変動の前提問題であれば——国際私法による送致の対象になることを示す例であるといえよう。

第4節 各種の方式の機能

方式は、口頭の合意、書面の作成、市町村長による届出受理など、多種多様である。そこで、方式にはどのような機能・役割があるかを見てみよう⁶²⁾。

62) 方式の役割を考えるために、いくつかの国の婚姻の方式を以下に掲げる。

1. ドイツ民法は次のように定める。戸籍事務担当者 *Standesbeamte* は、婚姻当事者に対して、互いに婚姻することを望むか否かを、ひとりずつ、質問する (1312条1文)。婚姻当事者は、戸籍事務担当者の前で、互いに婚姻することを望む旨を表示する *erklären* (1310条1項1文)。婚姻当事者は、この表示を、自ら、かつ、互いの前で、しなければならない (1311条)。戸籍事務担当者は、当事者が肯定の回答をした場合は、ふたりが今や法律により適法に結ばれた夫婦である旨を宣言する *aussprechen* (1312条1文)。婚姻締結は、婚姻当事者が望めば、ひとりまたはふたりの証人の立会いの下に、することができる (1312条2文)。

婚姻当事者の希望により証人が立ち会う場合は、証人は婚姻が挙行されている間、立ち会う必要がある。Staudinger/Lönig [2023 (R5)] BGB § 1312 Rn13。証人の立会いは婚姻挙行の祝典性 *Feierlichkeit* を深める。証人が関与するか否かは婚姻の効力を左右しないから、未成年者・行為無能力者も証人になることができる。MüKoBGB [2022 (R4)] Wellenhofer BGB § 1312 Rn.2。

婚姻の挙行は公開されない。Staudinger/Lönig [2023 (R5)] BGB § 1312 Rn10。通常は、証人以外にも参列が許されるが、誰に参列を認めるかは戸籍事務担当者が婚姻当事者と相談して決める。Staudinger/Lönig [2023 (R5)] BGB § 1312 Rn10。

婚姻挙行の核心は戸籍事務担当者から各当事者への質問と各当事者による肯定の回答であり、これにより婚姻が成立し、戸籍事務担当者による(婚姻成立の)宣言 *Ausspruch* は単に宣言的な意味 *lediglich deklaratorische Bedeutung* を持つに過ぎず、宣言の前に当事者の一方が死亡しても婚姻は有効である。MüKoBGB [2022 (R4)] Wellenhofer BGB § 1312 Rn.1。同旨、Staudinger/Lönig [2023 (R5)] BGB § 1312 Rn17。婚姻意思の表示が誰と誰の間で行われるかについては、後出注 94 参照。

ドイツの戸籍法 *Personenstandsgesetz* によれば、婚姻当事者はその一方の住所または

常居所の戸籍役場 Standesamt に、婚姻を予定している旨を届け出る (22 条 1 項 1 文)。婚姻予定の届出を受けた戸籍役場は婚姻障害の有無を審査し (13 条 1 項 1 文)、審査の結果、婚姻障害がなければ、戸籍役場は婚姻当事者に、婚姻することができる旨の通知をする (13 条 4 項 1 文)。この通知の後に、婚姻することなく 6 か月を経過すれば、再度、婚姻予定の届出をして要件の審査を受けなければならない (13 条 4 項 3 文)。

2. スイス民法は次のように定める。

戸籍役場 Zivilstandsamt は婚姻挙行に先立つ準備手続で要件を審査する (民法 99 条 1 項。婚姻は準備手続終了の通知を受けた時から 3 か月以内に挙行しなければならない。100 条)。婚姻締結は、公開で、かつ、成年にして事理弁識能力のある 2 人の証人の立会いの下で、行われる (102 条 1 項)。戸籍事務担当者 Zivilstandsbeamtin, Zivilstandsbeamte は、婚約者に対して、互いに婚姻することを望むか否かを、ひとりずつ、質問する (102 条 2 項)。婚約者が肯定の回答をした場合は、婚姻は婚約者双方の同意 Zustimmung により締結されたものと宣言される wird [……] erklärt (102 条 3 項)。

婚姻に立ち会う証人には婚姻挙行との関係では証明の機能 Beweisfunktion がなく、証人の立会いは婚姻挙行の祝典性 Feierlichkeit を深めるために必要とされている。BSK ZGB I [2022 (R4)] Michel Montini/Cora Graf-Geiser/Art 102 Rn 2a.

婚姻は、出頭した婚姻当事者による戸籍事務担当者の面前における一致した意思表示 die übereinstimmende Willenserklärungen により成立し、戸籍事務担当者による婚姻成立宣言は単に宣言的な意味しか持たない。BSK ZGB I [2022 (R4)] Michel Montini/Cora Graf-Geiser/Art 102 Rn 3.

3. 中華民国民法 (同国親族法は、1930 (S5) -12-26 国民政府制定公布、1931 (S6) -5-5 施行) の制定時の規定は次のとおりである。

「982 条 婚姻は、公開の儀式および 2 人以上の証人を有することを要する。」

1985 (S60) 年の改正によりこの規定に第 2 項が追加されたが、2007 (H19) 年に 982 条は全面的に改正され、儀式婚は廃止された。同条の改正経過については、根本 [2021 (R3) a] 6 頁注 4 参照。

中華民国民法 982 条の要件として、婚姻の儀式の主宰者は不要である。奥田 [1997 (H9)] 458 頁。同条にいう「公開の儀式」とは「公然と行われ、一般不特定人が見ることができるもの」と解されているといわれる。奥田 [1997 (H9)] 460 頁。「証人」とは、「たしかに結婚の儀式が行われたか否かではなく、当事者双方に婚姻の真意があるか否かを確認するものとされている」(奥田 [1995 (H7) 135 頁]) といわれることもあり、また、「〔儀式〕の場に居合わせて、儀式を見なければならないが、それを証明する責任を負えば足りるとされている」(奥田 [1997 (H9)] 460 頁) といわれることもある。

第1款 方式と証拠

方式には、法律行為をしたことを証明するための証拠として利用できるものが少なくない。

第1目 口頭と書面⁶³⁾

口頭で合意をすることは方式の例である。ただし、両当事者が、証人・立会人の立会いなく、口頭で合意した場合は、通常は、その証拠は残らない。

書面の作成は方式の代表例である。書面を作成する行為は、効果意思を言語で表現し、その言語を文字の形で書面に記載する行為であるから、表示行為の

4. 中華人民共和国民法は次のように定める。

「1049条（婚姻の登記）結婚をしようとする男女双方は、自ら婚姻登記機関に出頭して結婚登記を行わなければならない。この法律の規定に適合する場合は、登記を許可し、結婚証を発給する、結婚証の取得と同時に夫妻関係は確立する。結婚登記を行っていない場合は、登記を補完しなければならない。」

同国の「婚姻登記条例」7条は「婚姻登記機関は、結婚登記を行う当事者が提出した証明書・証明資料に対して審査を行い、かつ関連状況を尋問しなければならない。[……].」と規定する。

5. 韓国民法は次のように定める。

「812条（婚姻の成立）①婚姻は、家族関係の登録等に関する法律に定めるところにより、届出することによって、その効力を生ずる。

②前項の届出は、当事者双方及び成年者である証人2人の連署した書面でしなければならない。

「813条（婚姻届出の審査）婚姻の届出は、その婚姻が第807条乃至第810条及び第812条2項の規定その他法令に違反しない場合には、これを受理しなければならない。」

63) 次の学説は、口頭・書面は方式である、と解する。實方〔1942（S17）〕166頁（贈与の書面性）、實方〔1953（S28）〕166頁（贈与の書面性）、齋藤〔1955（S30）〕363頁（贈与の書面性）、折茂〔1959（S34）〕55頁（口頭、書面）、折茂〔1972（S47）〕74頁（口頭、書面）、山田（録）〔1987（S62）〕249頁（贈与の書面性）、山田（録）〔2004（H16）〕283頁（贈与の書面性）、溜池〔2005（H17）〕319頁（口頭、書面）、櫻田〔2020（R2）〕195頁（口頭、書面）。

典型であり、方式の典型である。また、作成された書面は法律行為をしたことの証拠になり得る。結局、書面を作成する行為は、要式行為（遺言など）であると不要式行為（売買契約など）であるとを問わず、方式であり、また、法律行為の証拠を作る行為でもある⁶⁴⁾。

ところで、何が法律行為の方式であるかという問題と、既にした法律行為を何により証明することができるかという問題は互いに別問題である⁶⁵⁾。例えば、日本法では、書面の作成を要件とする要式行為（保証契約、遺言、手形・小切手など）にあっても、通常の民事訴訟では、法律行為をしたことの証明は書証によってする必要があるわけではない（ただし、手形訴訟・小切手訴訟においては証拠調べは書証に限定される。民事訴訟法 352 条 1 項、367 条 2 項参照）⁶⁶⁾、⁶⁷⁾。要するに、法律行為の成立に書面の作成が必要であるか否かは、

64) 書面を自筆（手書き）で作成する行為も、同様に、表示行為であり、また、証拠の作成であるところ、前者の点で方式である。次の学説は書面を自筆で作成することは方式である、と解する。齋藤 [1955 (S30)] 363 頁（遺言の自筆性）。

65) 山田（録）[2004 (H16)] 283 頁は「単なる証拠方法たる方式もここで問題とする方式ではない。」という。

66) 手形訴訟および小切手訴訟（民事訴訟法 350 条、367 条。における証拠調べの特則に関しては、新堂 [2019 (H31)] 907 頁参照。

67) これに関連する問題として、山田（録）[2004 (H16)] 283-284 頁注 1 は「5000 フランを超える契約については、書証のみを許し人証を排斥する趣旨のフランス民法 1341 条の規定、10 ポンド以上の価格を有する物品の売買は書面によらなければ訴訟によって強制しえないと定めるイギリスの 1893 年の動産売買法 (Sale of Goods Act) [……] のような規定は、いずれも一見、訴訟法上の規定のようであるが、国際私法上これを方式に属するものと考えてよいであろう。Kegel/Schurig, S. 553f 講座 II (齋藤) 363 頁参照。」という。齋藤 [1955 (S30)] 363 頁も同旨。櫻田・道垣内 [2011 (H23)] (1) (10 条) 239 頁（神前禎）は「[これらの規定は] 実質的には契約の成立に書面を要求したものと解されるのであり、この点は方式の問題とみることができる。」という。これに対して、奥田 [2019 (H31)] 82 頁注 30 は「これらの規定は、契約の成立自体を否定するわけではないから、むしろ訴訟法上の証拠方法に関するものと解される。」という。

これらの規定は、法律行為の成立には書面の作成を要しなくても法律行為の証明

国際私法上、方式の問題であるのに対して、既にした法律行為を裁判手続において何により証明することができるかという問題は、国際私法上、方式の問題ではない。

法律行為の証拠としての役割を果たすのは書面には限られない。証人・立会人がその例であるし、また、国家機関の行為（市町村長による届出受理など）を以って法律行為の方式とすれば、法律行為をしたことの証明が極めて容易になる（後出第4款第1目参照）。そこで、次に、証人・立会人を見る。

第2目 証人・立会人^{68), 69)}

第1項 第三者による立会い

当事者が（口頭で、または、書面で）法律行為をする際に第三者が立ち会っ

には書証または書面を要する、という趣旨に理解することも不可能ではないと思われるが、書面の作成を以って方式とする趣旨（および、証拠方法を定める趣旨）に理解するのが自然であろう。

68) 次の学説は、証人・立会人の要否は国際私法上の方式である、と解する。實方〔1942（S17）〕166頁（遺言の際の証人の立会い）、實方〔1953（S28）〕166頁（遺言の際の証人の立会い）、齋藤〔1955（S30）〕363頁（遺言の際の証人の立会い）、折茂〔1959（S34）〕55頁（証人の立会い）、折茂〔1972（S47）〕74頁（証人の立会い）、山田（録）〔1987（S62）〕249頁（遺言の際の証人の立会い）、山田（録）〔2004（H16）〕283頁（遺言の際の証人の立会い）、溜池〔2005（H17）〕319頁（証人の立会い）、櫻田〔1994（H6）〕181頁（証人の立会い）、櫻田〔2020（R2）〕195頁（証人の立会い）、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕(1)（10条）239頁（神前禎）（証人の立会い）。

69) 証人・立会人の例は次のとおりである。

(1) 市町村長への届出に必要な証人

民法739条2項にいう証人について、『新版注釈民法（21）』（739条）252頁（大原長和・二宮孝富）〔1989（S64）〕は「手続に成年の証人2人以上の協力を要することにしたことは、当事者に婚姻意思のあることを確認する意味であろうが、実際においてどれほどの意義を持つかは疑問であろう。」（『注釈民法（20）』〔1966（S41）〕（739条）241頁（大原長和）も同旨）という。

た場合は、法が第三者の立会いを要件とするか否かを問わず、その第三者は、法律行為に立ち会った際に経験した事実を法律行為後の裁判で証言することができる。書面作成による法律行為に第三者が立ち会う場合はふたつの証拠方法

青木・大森〔1982 (S57)〕(33 条) 224 頁は婚姻、協議上の離婚、縁組および協議上の離縁の届出に必要な証人につき次のようにいう。

「いずれも当事者の意思が確実なことを担保しようとするためにほかならない。したがって証人は、当該届出が当事者双方の意思に基づきなされることを確認すべき義務があり、それを怠ったため、偽造の届書に署名押印し、戸籍の原本に不実の記載がなされたときは、損害賠償責任を負う(高松高判昭和 37・2・8 下民集 13 巻 1 号 45 頁).」

(2) 遺言の証人と立会人

民法 974 条は遺言の証人・立会人の欠格事由を定める。そして、民法は、「証人〔……〕の立会い」(969 条 1 項, 976 条 1 項, 979 条 1 項), 「医師〔……〕の立会い」(973 条 1 項), 「警察官〔……〕及び証人〔……〕の立会い」(977 条), 「船長又は事務員〔……〕及び証人〔……〕の立会い」(978 条)という言葉を使う。そこで、証人と立会人の区別が問題になる。これについて、『新版注釈民法 (28)』〔1988 (S63)〕(974 条) 121-122 頁(久貴忠彦)は次のようにいう。

「医師・警察官・船長・事務員等は単なる立会人であり、これに対して証人は、証人たる立会人である、とみるべきであろう。そして、本条にいう、証人と区別しての立会人とは、上述の医師その他の、証人ではない単なる立会人を指すのであり、他方、証人は、立ち会う者ではあるが立会人とは呼ばずにこれと区別して証人なる語で呼ばれているわけである(中川 = 泉 440)。

ところで、証人と立会人とは本質的にどのような違いがあるのであろうか。通説によれば、「証人とは、作られた遺言が真実に成立したこと、即ち遺言者の真意に出たものであることを証明する人である。従って遺言の内容を関知している者」(中川・大要 276)であり、これに対して、「立会人というのは、遺言作成の場に居合わせる者というだけの意味で、遺言の内容には関係をもたず、ただ遺言の作成を目撃したというだけの者である。」(同条)と説かれる。〔……〕。私見によれば、「証人も立会人も、ともに、遺言者が何者の不当な干渉・介入もなしに自由な意思にもとづいて遺言をする状況(場)を確保すべき任務を負って立ち会う者」であり、「証人とは、遺言者からの要請にもとづいて立ち会う者であり、立会人とは、自らの職務(警察官、船長、事務員、医師)にもとづいて立ち会う者」〔……〕〔以下、122 頁〕とみるのが妥当と思われる。」

(3) ドイツ法上の、婚姻締結に立ち会う証人の役割については、前出注 62 参照。

(4) 中華民国法上のかつての儀式婚における証人の役割については、前出注 62 参照。

(書面、証人) が作られることになるのに対して、口頭の合意による法律行為に第三者が立ち会う場合はひとつの証拠方法(証人)しか作られない(すなわち、書面の作成には、書面の作成により意思表示をするという面と意思表示の証拠を作るという面があるのに対して、意思表示(口頭、または、書面)の場合における第三者の立会いには証拠作りの意味しかない)。意思表示の場合における第三者の立会いは、意思表示の場合における当事者と第三者の共同行為であるから、法が第三者の立会いを要件とするか否かを問わず、方式と解すべきであろう。

第2項 第三者による要件審査

法は、証人・立会人が法律行為の成立の場で法律行為の成立に関与すべき旨を定めることがある。

まず、公正証書遺言または死亡危急時遺言に関して証人は公証人等による筆記の正確なことを承認した後、署名・押印し(民法969条4項、976条1項)、船舶遭難者の遺言に関して証人は遺言の趣旨を筆記して署名・押印し(民法979条3項)、伝染病隔離者または在船者遺言に関して証人は遺言書に署名・押印し(民法980条)、秘密証書遺言では遺言者が公証人と証人の前に封書を提出して自己の遺言書である旨の申述し、証人は封紙に署名・押印する(民法970条3項、4項)。また、一般的に、遺言に立ち会う証人は遺言が遺言者の真意に出たことを証明する⁷⁰⁾、といわれる。次に、民法973条は、成年被後見人の遺言の場合について、医師2人以上の立会いを要件とし(同条1項)、「遺言者が遺言をする時において精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く状態になかった旨を遺言書に付記して、これに署名し、印を押さなければならない。」(同条2項)と規定する。従って、これらの証人・立会人の役割は、遺言の成立要件のうちの一定の事実の認定である⁷¹⁾。

70) 前出注69(2)参照。

これらの証人・立会人の役割は、遺言作成の場に立ち会うこと（前出第 1 項参照）にとどまるわけではない。これらの証人・立会人は、遺言作成の場で、必要な事実が存在するか否かを判断し、その結果、存在する旨の結論に至った場合に、その旨の証言を遺言書への署名・押印の形でするとともに、必要な事実が存在しない旨の結論に至った場合は遺言書への署名・押印を拒否し、その結果、遺言者は遺言を作成することはできなくなる⁷²⁾。ここでは、証人・立会人が単に立ち会うことのみが要件なのではなく、証人・立会人が事実の存否を判断することもまた要件に組み込まれている。証人・立会人による立会いと署名・押印は人の身体の動静であるからこれらが方式であることは明らかである。しかし、証人・立会人による事実の存否の判断は人の精神活動である。そこで、方式の実行の過程で行われる要件審査は方式に属するののか、という問題を次に検討する。

第 2 款 方式と要件審査

第 1 目 方式実行の際の要件審査

一般的には、無効または取り消し得る法律行為が成立することは望ましくないから方式実行の際には要件審査をすることが望ましい、といえよう。そこで、方式実行の際の要件審査⁷³⁾を考える。

71) 遺言の証人・立会人の資格要件（民法 974 条）に鑑みると、遺言の証人・立会人の役割（前出注 69 (2) 参照）は、事実（遺言者の事理弁識能力の有無、筆記が正確か否かなど）を認識するところであり、その事実が遺言成立要件を満たしているか否かという法的判断をするところにあるわけではないように思われる。

72) 婚姻届等を書面でする場合の証人の署名についても同じことが妥当するであろう。前出注 69 (1) 参照。

73) 要件審査はふたつの行為から構成される。ひとつは、どんな要件（の充足・非充足）を判断すべきかという問題であり、すなわち、要件審査の対象は何か（例えば、当事者の婚姻意思の存否を確認すべきか）という問題である。これは、具体的事実が法の定める

日本法では、方式実行の際の要件審査として最も重要なのは、市町村長が届出を受理する際の要件審査である。日本民法 740 条は「婚姻の届出は、その婚姻が第 731 条から第 736 条まで及び前条第 2 項の規定その他の法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ、受理することができない。」と規定する⁷⁴⁾。この規定の特色は次の点にある。第 1 に、審査の対象は法律行為の実質的成立要件と方式の全部である⁷⁵⁾。この審査は、過去に発生した(または、現在存在する)事実の要件該当性の判断であるにとどまらず、《現在存在する事実と、今まさにしようとしている届出受理により、法により、権利変動は生ずるか。》というように、市町村長がこれからしようとしている行為の要件該当性の判断である(それゆえ、届け出られた法律行為の方式は届出(の受理)であるか、という問題もまた審査対象である。)。第 2 に、民法 740 条によれば、市町村長が届出を受理すべきか否かは、市町村長による審査結果(「〔……〕の

要件に該当するか否かの判断である。もうひとつは要件審査の手続である。すなわち、いつ、どんな証拠方法を取り調べることができるか(例えば、婚姻意思の有無について当事者に質問することができるか)などの問題である。本稿で要件審査という場合は前者の問題を指す。

74) 民法 740 条に関して『注釈民法 (20)』(740 条) 256 頁(大原長和) [1966 (S41)] は次のようにいう。

「本条は、戸籍事務担当者が婚姻届出を受理するにあたって、婚姻成立の実質的要件(731-737) および形式的要件(739, その他の法令)を充たしているかどうかを審査したあとでなければ受理してはならない、と規定した行政官吏にたいする行為規範としての性格をもつものである。

婚姻成立の要件が法定されている以上、それは当然なことである〔……〕。」

なお、『新版注釈民法 (21)』(740 条) 281 頁(大原長和) [1989 (S64)] では、上記引用文の「行政官吏にたいする行為規範としての性格をもつ」という文言が削られている。

この他、公正証書遺言の作成の際には、公証人は、方式が法の定めに従っているか否かを確認しなければならない(民法 969 条 5 号)。

75) 届出受理の際の審査の対象については、『新版注釈民法 (21)』(740 条) 282-283 頁(大原長和) [1989 (S64)] 参照。

規定に違反しないことを認めた」か否か) により決まる。しかし、例えば、市町村長が或る実質的成立要件が満たされているものと判断して届出を受理した場合、その後、婚姻無効の訴えまたは婚姻取消の訴えが裁判所で審理されるときは、市町村長の判断は裁判所を拘束するわけではない(市町村長が要件欠缺の判断をして届出を受理しない場合も市町村長の判断は裁判所を拘束するわけではない)。それゆえ、民法 740 条における届出受理の要件は、《実質的成立要件と方式要件が満たされていることを市町村長が認めたこと》ではなく、《実質的成立要件と方式要件が満たされていること》であろう⁷⁶⁾。

日本民法 740 条の立法趣旨は何か。いま、仮に、婚姻が当事者間での書面の作成により成立するという立法、または、習俗上の儀式の挙行により成立するという立法を採用したと仮定する。この仮定の下では、当事者は婚姻の実質的成立要件の充足を十分に検討しないで婚姻することがあり得るから、婚姻の成否は事後的な裁判所による判断に委ねられることとなる。これは社会に混乱を招くであろう。ところで、国家機関が無効または取り消し得る行為をしてはならないのは当然のことであるから、国家機関が何らかの行為をする際には必ず要件審査をするといえよう。そこで、婚姻等の方式を国家機関が担当する、と

76) 韓国民法 813 条は「婚姻の届出は、その婚姻が第 807 条乃至第 810 条及び第 812 条 2 項の規定その他法令に違反しない場合には、これを受理しなければならない。」と規定する(前出注 62 参照)。これは、客観的事実の存否を以って届出受理の要件とする規定である。従って、日本民法 740 条が「〔……〕の規定に違反しないことを認めた後でなければ」という文言を使うのは、市町村長による要件審査の必要性を強調するためであろう。

なお、金(疇)・金(相)[2007 (H19)] 213 頁は韓国民法 813 条につき「戸籍公務員〔……〕は、申告された婚姻が〔……〕に違反していないことを認定した後でなければ、受理してはならない。」という。

付言すれば、日本法とも韓国法とも異なり、実質的成立要件の充足を届出受理の要件としない立法も考えられないわけではない。このような立法の下では、届出受理により成立した婚姻の実質的成立要件が満たされているか否かは婚姻成立後の裁判(婚姻無効訴訟、婚姻取消訴訟など)に委ねられることとなる。

いう制度を採用すれば、その国家機関は方式実行の際に必ず要件審査をすることとなり、上記の仮定の下におけるような社会的混乱は生じない。従って、市町村長が届出受理の際に要件審査をすることの法的根拠は市町村長が国家機関であるという点に求めるべきであり⁷⁷⁾、また、国家機関の関与（市町村長による届出受理）を以って婚姻等の方式とした政策的根拠のひとつ⁷⁸⁾は、無効または取り消し得る婚姻等が成立することを防止する必要性に求めるべきであり⁷⁹⁾、民法740条はこの政策的根拠を明文化した規定であろう。

以上に述べたところから、届出受理の際の要件審査については次のように考えることができる。第1に、民法740条の要件である、法は、事実——実質的成立要件（当事者の年齢など）、および、方式（書面による婚姻届の場合は、当事者双方と成年の証人2人以上が署名した届書による届出、民法739条2項、を市町村長が受理すること、同条1項）——が存在すれば権利変動（夫婦関係の成立など）が生ずる旨を定めている。民法740条の定める届出受理の要件はこれらの実質的成立要件と方式であり、すなわち、同条は他の規定が定める実質的成立要件と方式（形式的成立要件）に対して新たな要件を何も追加していない。⁸⁰⁾ 従って、民法740条と婚姻の成立要件を定める諸規定（実質的成

77) 前出注74参照。

78) もうひとつの政策的根拠は身分関係の公示である。後出第4款第1目参照。

79) 『新版注釈民法(21)』（前注731-741条）181頁（上野雅和）〔1989（S64）〕は日本法上の届出の特色に関して、「婚姻成立手続は、重婚、近親婚、不適齢婚など婚姻障害事由がないことを、事前に審査し、不適法婚の成立を防止するものであった。」という。また、同187頁（上野雅和）は「近代国家における婚姻成立の方式として国家機関の関与する法律婚主義がすぐれていることは、一般に認められているといつてよい。わが民法の届出も、婚姻成立の時期を明確にし、要件違反の婚姻を防止して、一夫一婦制の婚姻秩序の維持に役立つなどの利点のあることは、否定しえない。」という。

80) 韓国民法813条（前出注62、注76参照）も届出受理の要件を定めているが、同条の定める要件は他の規定が既に定めている実質的成立要件および方式（形式的成立要件）である。

立要件を定める規定と方式を定める規定) とはその存在の段階を互いに異にするというべきであり, 従って, 民法 740 条は実質的成立要件に関する規定でもないし方式に関する規定でもないというべきであろう。第 2 に, 民法 740 条の効果である。同条によれば, 実質的成立要件と方式要件の充足・不充足(または, その点に関する市町村長の判断結果) は届出受理の可否を左右する(しかし, このことから逆に, それらが方式(形式的成立要件)になるわけでもないし, 実質的成立要件になるわけでもない。)。第 3 に, 市町村長による要件審査は届出受理の際に行われる。結局, 民法 740 条は, 国際私法上, 実質的成立要件(の規定)でもないし方式(の規定)でもないが, 同条が届出受理の要件を定めている点に鑑み——同条は方式(の規定)と性質決定することはできないにもかかわらず——, 方式の準拠法による, と考えるべきであろう^{81), 82)}。

第 2 目 方式実行に先立つ要件審査

方式実行に先立って要件審査をすることもある。

韓国法では, 協議離婚は届出の受理により成立するが, 届出に先立って家庭法院が離婚意思を確認する必要がある⁸³⁾。この制度は, 離婚当事者の申立て

81) 遺言の証人・立会人および婚姻届等の証人による事実の確認(前出注 69 参照)も, 同様に, 方式ではないにもかかわらず方式準拠法による, と解すべきであろう。

82) 日本民法上, 遺言の証人および婚姻届等の証人の役割は方式の実行に立ち会って事実の存否を確認するとともに, 事実を確認した場合は署名等をするところであり(前出第 1 款第 2 目第 2 項参照), この行為は方式実行を進めるための要件である。この点で, これらの証人は証拠方法としての証人(民事訴訟法 190 条など)ではないといえよう(これらの証人が方式実行に立ち会った際に経験した事実を法律行為成立後の裁判で証言するのは別問題である。)

83) 韓国民法は 1977 年の改正(1977(S52)-12-31 法律 3051 号, 公布後 1 年が経過した日から施行(附則 1 項))により夫婦の離婚意思を家庭法院が確認する制度を設けた。すなわち, 同法 836 条 1 項は「協議上の離婚は家庭法院の確認を受け家族関係の登録等に関する法律の定めるところにより届出をすることによって, その効力を生ずる。」と規定する。また, 同法 836 条の 2(2007(H19)-12-21 法律 8720 号, 公布後 6 か月が経過し

に基づき、離婚意思の存否に関して事前審査をする制度である。この制度は、離婚意思がないにもかかわらず離婚届があったために協議離婚が成立する、ということ防止する趣旨に出る^{84) 85)}。

た日から施行（附則1条）第2項参照。

韓国の「家族関係の登録等に関する法律」75条2項は、協議離婚の届出は家庭法院の確認書の謄本を添付してしなければならない、と規定する。青木〔1997（H9）〕9頁は「戸籍公務員は、家庭法院による離婚の意思確認がなされていない離婚申告は、当然、受け付けない。」という。韓国家庭法院による離婚意思の確認については、金（疇）・金（相）〔2007（H19）〕319-320頁参照。

84) 青木〔1997（H9）〕7頁は、家庭法院による確認の制度の導入の目的は「追出し離婚の防止のほかに、軽率な離婚の防止」などである、という。

85) 韓国家庭法院による離婚意思確認の性質決定に関する日本の戸籍実務と学説は以下のとおりである。

1. 戸籍実務

昭和53（1978）-12-15付け法務省民2第6678号法務局長、地方法務局長あて民事局第2課長依命通知（民月34卷1号187頁〔1979（S54）〕）は「〔韓国民法836条1項の〕家庭法院〔……〕の確認は、法例上、協議離婚の方式に属するものと解されるので、改正法施行後において、夫が韓国人である夫婦につき右の確認を得ることなく協議離婚の届出がなされた場合、従来どおりこれを受理して差し支えない」と述べた。

この通知は現在に至るも変更されていない。ただし、平成16（2004）-9-8法務省民事局民事第1課補佐官事務連絡（戸時575号37頁〔2004（H16）〕）につき、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕（2）（27条）56頁（青木清）、奥田〔2020（R2）〕165-166頁参照。

2. 学説

（1）青木〔1997（H9）〕11頁は「一般に、意思の存否に関する問題はそれぞれの法律行為の実質の問題とされ実質的成立要件の準拠法によるべきものであると考えられるのに対し、方式の問題として問われる内容は、そうした意思が存在する場合にそれをどのような方法で表現するのか、ということであろう。このような理解を前提にすれば、韓国離婚法上の家庭法院の意思の確認は、ここにいう「方式」の範疇には含まれないものように思われる。なぜなら、家庭法院の確認手続の狙いは、協議離婚をするという意味がそもそも当事者にあるのか否かという意思の存否を問うことにあるからである。」という。これは、家庭法院による離婚意思確認が要件審査であり、従って、審査の対象たる事実とは存在の平面を異にする精神活動であることを指摘するものであろう。

韓国家庭法院による離婚意思確認は、単なる事実認定ではなく、事実としての当事者の意思が権利変動要件たる離婚意思に該当する、という法的判断であると思われる⁸⁶⁾。従って、韓国法上の離婚意思確認は、届出受理に先立って

なお、青木〔1997 (H9)〕14 頁は「協議離婚における韓国家庭法院の確認を、わが国際私法上、離婚の実質的成立要件の問題と性質決定した場合、わが国としてはこれのように対応すべきことになるのか考えてみたい。」というが、青木〔1997 (H9)〕は、韓国家庭法院による離婚意思確認は実質的成立要件と性質決定すべきである、と明言しているわけではないようである。

(2) 次の学説は家庭法院による離婚意思確認を実質的成立要件と性質決定する。溜池〔1995 (H7)〕443 頁、溜池〔1999 (H11)〕443 頁、溜池〔2005 (H17)〕467-468 頁、笠原〔1995 (H7)〕133 頁：「韓国法における家庭法院による離婚意思確認が離婚申請のための前提条件として離婚の実体をなしている[……].」, 山田 (録)〔2003 (H15)〕443 頁、山田 (録)〔2004 (H16)〕445 頁、木棚・松岡・渡辺〔2007 (H19)〕223 頁 (木棚照一)：「韓国の家庭法院の確認は、離婚意思の実質の確認の手続であるから、理論的にみれば、韓国の領事による確認手続を経て、家庭法院の確認を受けるか、日本の家庭裁判所におけるそれに代わる手続たとえば離婚調停が必要と考えられる。」, 櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(2) (27 条) 55 頁 (青木清)：「家庭法院の確認 [……] は内心にある意思をいかに外部に表明するかという方式の問題ではなく、法が意図した離婚制度の適正なる運用を実現するための条件といえ、離婚の実質に関わる問題である。」,

(3) 横山〔2012 (H24)〕145 頁は「韓国民法 836 条の規定による [……] 離婚意思の確認は通則法 34 条にいわゆる方式ではなく、27 条の規定により包摂される離婚の方法と見るべきである。」という。

(4) 奥田〔2020 (R2)〕165 頁は「離婚意思の存在自体は、実質的な成立要件であるが、意思確認は、離婚意思を表示するための方式にすぎない。」という。奥田〔2015 (H27)〕154-155 頁も方式と性質決定する。

- 86) 韓国の「家族関係の登録等に関する規則」74 条 1 項は「家庭法院は [……] 夫婦の双方を出頭させてその陳述を聴取し、離婚意思 [……] を確認しなければならない。」と規定する。また、同規則 78 条 1 項は「家庭法院は、夫婦双方の離婚意思等を確認したときは確認書を作成しなければならず[……].」と規定し、同条 2 項 4 号は、確認書には「離婚意思を確認した旨」を記載しなければならない、と規定する。これらの規定によれば、家庭法院は、当事者の意思が協議離婚の要件たる離婚意思に該当する旨を確認する (要件該当性の判断をする) ものと思われる。

行われる点、および、離婚意思に限って要件の充足・不充足を判断する点で日本民法 740 条による要件審査と異なるが、要件の充足・不充足（または、その点に関する審査結果）が届出受理の可否を左右する、という点では日本民法 740 条による要件審査と同じである。従って、韓国の家庭法院による離婚意思確認は、日本の国際私法上、実質的成立要件でも方式でもないが、方式準拠法による、と考えるべきであろう。

第 3 款 方式の公開実行

法律行為をすること（方式の実行）自体を公開（不特定多数の者が方式実行に参加することを認めること）すべき旨を定める法制がある。まず、国家機関（戸籍事務担当者）または宗教機関（聖職者）の面前で当事者が口頭で意思表示をする方式⁸⁷⁾は公開に適しており、それゆえ、公開すべき旨を定める立法は少なくない。西欧諸国の民事婚がこの例である⁸⁸⁾。私人間の儀式（国家機

この点につき、青木 [1997 (H9)] 8 頁は「裁判所の役割は、当事者の意思を確認しそれを証明することにとどまる」という。また、金（疇）・金（相）[2007 (H19)] 319 頁参照。

87) ただし、これは方式であるから、意思表示の発信と到達は婚姻当事者間で互いに行われる、と考えるべきである。ドイツ法につき、後出注 94 参照。

88) 西欧諸国の民事婚の形態が宗教機関による儀式婚の形態に近いことは、『新版注釈民法 (21)』(739 条) 247-248 頁（大原長和・二宮孝富）[1989 (S64)] が次のように述べる。

「婚姻成立の方法として最も一般的なものは儀式である。そして、儀式に列席した者はその婚姻の証人とみなされる。このような婚姻を儀式婚と呼ぶが、ヨーロッパでは中世キリスト教会の権威の確立とともに、その一種とみられる宗教上の儀式を婚姻成立の要件とする宗教婚が発生した。そしてこれは 16 世紀のトレントの宗教会議が婚姻を秘蹟 (sacrament) とすることにより確立したとされている。

フランス革命後、いわゆる「婚姻の還俗化」が行われ、近代国家が国民の婚姻を管掌するようになると、国家は、国家の定めた一定の法律上の手続す〔以下、248 頁〕なわち登録によって婚姻が成立する、いわゆる法律婚を確立するに至った。フランス革命憲法が、「法律は婚姻を市民的契約としてのみ認める」(1791 年 9 月 3 日憲 7) と宣言した

関も宗教機関も関与しない儀式)も公開可能であり、私人間の公開の儀式を以って方式とする法制もある⁸⁹⁾。これに対して、国家機関への登録または届出(特に、書面による届出を認める場合)は公開には適さない⁹⁰⁾。当事者のみの間で、口頭で、または、書面の作成により、法律行為をする場合も、その方式の実行は公開には適さないであろう。

西欧諸国の民事婚の参加者は、婚姻当事者、戸籍事務担当者(儀式の主宰者)、証人、儀式の参列者(当事者と主宰者により儀式への参列を認められた者)、お

ことは、その点で画期的意義をもったのである。法律婚は、原則として、なんらの儀式をも必要とするものではない。しかし、実際上は、欧米においてはキリスト教の影響が強いので、宗教上の儀式と結びついて行われることが多い。」

『新版注釈民法(21)』[1989(S64)](婚姻、前注)153-154頁(青山道夫・有地亨)は国家機関の行為のみを婚姻の方式とする立法を「婚姻に厳格な民事的性格を与える立法」と呼び、これをふたつに分ける。第1は「婚姻をなすべき者は戸籍取扱吏の面前で挙式し、戸籍取扱吏が婚姻意思を確認して登録するという方式」であり、その方式を採用する国として、フランス、ベルギー、スイス、オランダ、ドイツ、南アメリカのいくつかの国、および、韓国を挙げる。第2に、「社会主義国家は純粋形態の民事婚方式を採用しており」といい、その特色として、「登録をもって唯一の婚姻の形式的成立要件とし、登録の場合には当事者の出頭が要求されたが、挙式・公告などは法律上必要としない。」といい、その方式を採用する国として、東欧のいくつかの国と中華人民共和国を挙げる。

なお、上記引用文から理解し得るように、「民事婚」の語は、最広義では、国家機関の行為(戸籍事務担当者の面前での口頭での婚姻意思の表示、国家機関への登録、国家機関による届出受理など)を以って方式とする婚姻——宗教機関の行為を以って方式とするのでもなく、慣習上または習俗的儀式を以って方式とするのでもなく、事実上の夫婦生活に基づいて法律上の婚姻の成立を認めるのでもない——の意味に使われているといえよう。

89) かつての中華民国法について、前出注 62 参照。

90) 日本法は、書面による届出(届出人またはその使者が市役所・町村役場に出頭して届け出る場合)および口頭による届出のいずれの場合も届出を公開(不特定多数の者の立会いを認めること)していないと解される。戸籍法 27 条および 37 条につき、青木・大森 [1982(S57)] 209-210 頁(27 条)、230-232 頁(37 条)参照。

よび、不特定多数の参加者に分けることができる⁹¹⁾。そこで、儀式を公開する（不特定多数の者の参加を認める）ことの目的が問題になる。儀式の公開の目的は、主として、法律行為が行われたことを人々に知らせること（法律行為の公示、後出第4款第1目参照）にあると思われるが、また、方式実行を公開すれば参加者は証人になることができるし（証拠の作成、前出第1款第2目第1項参照）、さらに、法が認めれば、参加者が法律行為の要件欠缺を理由として異議申立てをして方式実行を中止に追い込むこともできるであろう（要件審査、前出第1款第2目第2項参照）。なお、これらの目的は、不特定多数の参加者だけでなく、儀式への参列を認められた特定の者に関しても妥当するであろう^{92)、93)}。

方式の公開実行は、国際私法上、方式の問題か。西欧諸国の民事婚にあっては婚姻当事者が戸籍事務担当者の面前で婚姻意思を口頭で表示するから、これにより意思表示が成立すると考えることができ⁹⁴⁾、それゆえ、意思表示の成立自体には第三者（証人、特定の参列者、不特定多数の参加者）の立会いは必

91) 儀式を非公開にしつつも特定の者に儀式への参列を認める法制度がある。前出注62で挙げたドイツ法である。なお、中華民国法上の儀式婚には儀式の主宰者は設けられない。前出注62参照。

92) 儀式の参列者が法律行為の証人になることについては、前出注88参照。

93) なお、本文に挙げた公開の目的は国家機関の行為を以って方式とすれば確かかつ容易に達成することができるので、現代社会では方式実行を公開する必要性は大きくないであろう。

94) ドイツでは、「(受領を要する)表示は婚姻当事者間で行われるのであり、戸籍事務担当者に対してではない。戸籍事務担当者には必要的証人の機能があるに過ぎない。」といわれる。MüKoBGB/Wellenhofer, 9.Aufl. [2022 (R4)] BGB § 1310 Rn.5。また、「婚姻は、それゆえ、主権的行為 Hoheitsakt により成立するのではなく、戸籍事務担当者に対する表示 Erklärungen gegenüber dem Standesbeamten により成立するのでもなく、[1310条]第1項に従って行われる婚約者間の合意 Konsens der Verlobten により成立する。」といわれる。Staudinger/Lönig [2023 (R5)] BGB § 1310 Rn 18。なお、日本法上の市町村長への届出の場合について、前出注12参照。日本法とドイツ法（ただし、改正前の規定）の比較について、我妻 [1961 (S36)] 46頁注1参照。

要ではない。しかし、意思表示の成立の場に《誰が立ち会う必要があるか。》は、意思表示の場における当事者と第三者の共同行為の問題であるから方式の問題であり（証人・立会人につき、前出第 1 款第 2 目第 1 項参照）、それゆえ、意思表示の成立の場に《誰でも立ち会うことができるか。》（＝公開すべきか否か）もまた方式の問題というべきであろう⁹⁵⁾。

第 4 款 法律行為の公示

法律行為は当事者間の権利義務関係を変動させるに過ぎない。しかし、法律行為の種類によっては、法律行為の成立は社会の構成員に影響を与えるから、このような法律行為に関しては、法律行為が行われたことを公示する（すなわち、社会の構成員が知ろうと思えば知ることができるようにする）ことが必要になる。このような法律行為の例は身分行為と物権行為である。

第 1 目 方式と公示

国家機関の行為（市町村長による届出受理など）を以って法律行為の方式とする場合は、国家機関は、成立した法律行為に関する情報（当事者名、法律行為の種類、法律行為をした年月日など）をすべて入手するから、法律行為が行われたことの証明——法律行為の公示——はその国家機関により確実にかつ容易に行われる。一般的には、法律行為の方式を担当する者がその法律行為の公示をも担当すれば法律行為の成立と公示が連動するし、両者を国家機関が担当すれば両者間の連動は確実にかつ容易になる。国家機関の行為を以って方式とすることの大きな目的のひとつはここにあろう⁹⁶⁾（もうひとつの大きな目的

95) 公開すべきか否かが方式であるかについて言及する学説は日本には見当たらない。

96) 『新版注釈民法 (21)』（前注 731-741 条）182 頁（上野雅和）〔1989 (S64)〕は日本法上の届出の特色に関して次のようにいう。

「婚姻は、当事者にとっても、そして国にとっても、重要な法律上の効果を生ずる行為

は、無効または取り消し得る法律行為が成立することの可及的防止である。前出第2款第1目参照。).

なお、既に行われた法律行為の公示（日本法では、戸籍謄本等の交付請求、戸籍法10条以下、届書等の閲覧等の請求など、戸籍法48条）は法律行為の方式ではない。

第2目 登記と公示

法律行為の公示のもうひとつの方法は、法律行為をしたことを国家機関に登記・登録することを以って法律行為の成立要件とする方法である。物権行為の成立要件としての登記はこの例である⁹⁷⁾。この制度にあつては、まず、当事

であるから、婚姻が成立したら直ちに公簿に登録して、必要に応じて、これを婚姻の証明として利用できるようになっていなければならないとされた。戸籍への届出は、一定の事実を書面に記載して、一定の場所に備え、常時これを継続的に公示しているという点で、身分登録として最もすぐれた公示方法であるといえるであろう。婚姻存否の証拠方法としての登録の役割を届出による戸籍簿記載が果していることは、明らかである。」

97) 法適用通則法10条5項によれば、目的物が不動産であれ動産であれ、物権行為の方式に関しては「場所は行為を支配する。」の原則は妥当しない。すなわち、法適用通則法によれば、物権行為の方式は同法10条1項により物権行為の成立の準拠法（同法13条2項の定める実質法）のみに送致される。このため、物権行為の方式と実質的成立要件を区別する実益に乏しいが、両者の区別は理論的には重要である。そこで、ドイツ法上の物権行為に関する規定を見る。

ドイツ法では、土地所有権の譲渡 *Übertragung* には両当事者の合意 *Einigung* と土地登記簿への登記 *die Eintragung* [……] *in das Grundbuch* が必要である（ドイツ民法873条1項）。土地所有権譲渡の合意 *Einigung*（これを *Auflassung* という。）は両当事者が公証人の面前で表示する *erklärt werden*（同法925条1項1文、2文）。ドイツ法では、土地については、「登記という明瞭な形式が履踐されないうちは、当事者間においても、物権の変動を生じない。」（我妻・有泉〔1983（S58）〕52頁）、土地については、「登記なしには、意思表示に基づく物権変動の効果は絶対に生じないのであるから、すべての第三者に対して法律関係を明瞭画一ならしめる。」（我妻・有泉〔1983（S58）〕51頁）といわれる。以上に見たとおり、ドイツ法では土地所有権譲渡の合意は要式行為である（我

者が意思表示 (物権変動を望む効果意思を表示する行為) をその方式に従って行い——これにより物権行為が一応成立する——その物権行為に基づく物権変動を登記すれば、これにより初めて物権行為が成立し、同時に物権変動が生ずる。従って、この制度にあっては、第 1 に、物権変動の登記は (物権行為の中核たる) 意思表示の方式ではない。第 2 に、この制度の趣旨は、登記をしない物権行為の成立は認めない、というところにあるから、登記の有無は、望ましい法律行為と望ましくない法律行為を選別する機能を持つ (登記は、この点で、婚姻適齢などの実質的成立要件と同じ機能を持つ。)。従って、物権行為の成立要件としての登記は物権行為の方式ではなく実質的成立要件と解すべきであろう⁹⁸⁾ (通常の実質的成立要件 (婚姻適齢など) は意思表示の時点に存在す

妻・有泉・同 52 頁参照) のに対して、日本法 (民法 176 条) 上は物権行為は不要式行為である (我妻・有泉・同 56-57 頁, 『新版注釈民法 (6)』[2009 (H21)] (176 条) 234-235 頁 (山本進一) 参照)。

動産所有権の譲渡 Übertragung には、所有者が目的物を譲受人に引渡し übergibt, 両当事者が所有権が移転すべき übergehen soll 旨を合意する einig sind が必要である (ドイツ民法 929 条 1 文)。動産物権変動の合意は不要式行為である (我妻・有泉 [1983 (S58)] 53 頁)。引渡しは、現実の引渡しだけでなく、簡易の引渡し (929 条 2 文)、占有改定 (930 条)、および、返還請求権の譲渡 (931 条) でもよい (我妻・有泉 [1983 (S58)] 50-51 頁)。

ドイツ法における物権変動については、また、『新版注釈民法 (6)』[2009 (H21)] (物権編序説) 46-61 頁 (山田晟・石田剛)、同 (176 条) 227-228 頁 (山本進一) 参照。

98) 物権変動の登記・引渡し (物権変動の成立要件または対抗要件) が物権行為の方式であるか否かに関する学説は次のとおりである。

1. 次の学説は、物権変動の登記・引渡しは、成立要件と対抗要件のいずれも、物権行為の方式であると解する。山口 [1927 (S2)] 325-326 頁、山田 (三) [1931 (S6)] 141 頁、江川 [1930 (S5)] 748 頁、754 頁、江川 [1939 (S14)] 215 頁、江川 [1950 (S25)] 194 頁、197 頁、江川 [1970 (S45)] 186 頁、189 頁、久保 [1935 (S10)] 279-280 頁 (久保は物権変動の登記・引渡しを以て方式と解することを「方式概念の拡張」と呼ぶ。)、實方 [1942 (S17)] 167 頁、實方 [1953 (S28)] 167 頁、齋藤 [1955 (S30)] 363-364 頁。最近の学説では、木棚・松岡・渡辺 [2007 (H19)] 153 頁 (松岡博)、松岡 [2008 (H20)]

119頁および松岡・高杉〔2015（H27）〕119頁は「不動産に関する物権的法律行為における登記」を以って法律行為の方式と解する。神前・早川・元永〔2019（H31）〕138頁（神前禎）は「実質的成立要件の準拠法上要求される登記」を以って物権行為の方式と解する。

2. 次の学説は、物権行為の対抗要件を物権行為の方式と解することに疑問を呈する。

木棚〔1976（S51）〕226頁は「〔法律行為の方式とは〕法律行為の成立要件にかかわる外部的形式と解し、物権行為の対抗要件は、法例8条の「方式」に含まれないと解することはできないであろうか。〔……〕。法例8条2項但書は、登記や引渡などを物権行為の成立要件とする国、たとえば西ドイツに所在する物をわが国で処分する場合に関する規定とみることができるからである。」

3. 次の学説は、物権変動の登記・引渡しは、成立要件と対抗要件のいずれも、物権行為の方式ではないと解する。

早田〔1979（S54）〕272頁は「登記・引渡のごとき要件は、対抗要件に限らず、成立要件にしても、単なる意思表示の表現方法でなく、取引保護のための公示方法にほかならない。法例8条にいう「方式」とは基本的には法律行為の外部的形式、すなわち意思表示の表現方法を意味するものである以上、この種の公示方法をここにいう「方式」に含ませるのは適当でない。」という。

山田（録）〔2004（H16）〕283頁は「物権的法律行為の場合における〔……〕登記・引渡しのごとき要件は、対抗要件に限らず、成立要件にしても、単なる意思の表現方法でなく、取引保護のための公示方法にほかならないから、法例8条1項にいう方式に含ませるのは適当でない（昭53重判（早田）272頁、溜池・講義311頁、Niboyet, Traité, IV, p.284.）」という（山田（録）〔1987（S62）〕249-250頁も同旨）。

4. 次の学説は、物権変動の対抗要件たる登記・引渡しは物権行為の実質であると解する。

溜池〔2005（H17）〕326頁は「物権行為の対抗要件たる登記や引渡も方式の問題と解さないうで、実質の問題と解して、法例10条に従って目的物の所在地法によるべきである。」という。

櫻田〔2020（R2）〕198頁は「物権行為の対抗要件である登記や引き渡しの必要性の問題は〔……〕実質の問題と考えられる」という。

5. 次の学説は、物権変動の登記・引渡しは、成立要件と対抗要件のいずれも、物権行為の実質的成立要件であると解する。

奥田〔2019（H31）〕191頁は「物権行為における登記や引渡しも、実質法上、効力要件とされているのか、それとも対抗要件にすぎないのかを問わず、国際私法上は、実質的成立要件とされ、目的物の所在地法による（山田・国際私法283頁、溜池・講義326頁）」という。

る必要があるのに対して、成立要件たる登記は意思表示の後に行う必要がある点に特色がある.)。

第 5 節 行為地概念と「場所は行為を支配する。」の原則

本節では、まず、国際私法上の行為地概念を考えて (第 1 款)、次に、「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠を検討する (第 2 款)。

第 1 款 国際私法上の行為地概念

法律行為とは、意思表示以外の実質的成立要件 (婚姻適齢、当事者間の近親関係、養親子間の年齢差、当事者の親族の同意など) が満たされている状況で当事者が意思表示 (効果意思の表示) をすれば効果意思 (権利変動を望む意思) のとおりの権利変動が生ずる、という制度である。従って、法律行為の成立はいくつかの層ないしは段階に分けることができる。すなわち、第 1 は、意思表示と意思表示以外の要件がすべて満たされて法律行為が成立する段階であり、第 2 は、効果意思・表示意思・表示行為が成立して意思表示が成立する段階であり、第 3 は、表示行為が成立する段階であり、第 4 は、方式が成立する段階である。このうち、行為地の基準になり得る行為は、意思表示という行為、および、方式実行という行為である。では、そのいずれを以って行為地決定基準とすべきか。

法律行為による権利変動が生ずるためには意思表示 (効果意思の表示) も方式の実行も不可欠な要件である。しかし、法律行為によりどんな権利変動が生ずるかは効果意思が決めるし、効果意思の表示 (意思表示) があって初めて権利変動が生ずるから、意思表示は法律行為による権利変動の原因である (前出第 3 節第 1 款参照)。そして、方式は表示行為が成立するための前提問題であるに過ぎない (前出第 3 節第 2 款第 2 目第 3 項参照)。従って、行為地とは方式を実行する地ではなく意思表示をする地の意味に解すべきである。では、意思表示をする地とはどの地であろうか。

意思表示とは効果意思の伝達である。効果意思は表意者の精神活動であるか

ら、効果意思の伝達とは、表意者が相手方に何らかの物質（書面など）を交付することではなく、表意者と相手方の間で行われる共同の精神活動である。従って、伝達行為の構成要素は、伝達の主体（表意者と相手方）および伝達の客体（表意者の効果意思）である。このうち、伝達の客体（対象）の所在地を以って伝達行為地、すなわち、意思表示地と解すべきであろう。かくして、行為地とは法律行為の時点に法律行為の当事者の身体が存在する地である、と解すべきであろう^{99), 100)}。

99) 根本〔2021 (R3) b〕111頁参照。

100) 例えば、外国人が日本法上の方式により身分行為（婚姻、離婚、認知、養子縁組など）をする目的で日本に入国して、その日のうちに日本のいずれかの市役所・町村役場に出頭して届出の受理を求めた場合は、行為地は日本であるから、実質的成立要件が満たされている限り、市町村長は届出を受理すべきであろう。

なお、これとの関係で2点検討する。

第1は、法律回避論との関係である。すなわち、各国の国際私法が「場所は行為を支配する。」の原則を採用している現状で、或る国にいる当事者が、別の国の方式により法律行為をする意図で国際的移動をして法律行為をした場合、「場所は行為を支配する。」の原則を適用すべきか、という問題である。

旧法例（明治23（1890）-10-7法律97号、明治31（1898）-6-21法律10号により同日廃止）10条は「要式ノ合意又ハ行為ト雖モ之ヲ為ス国ノ方式ニ従フトキハ方式上有効トス但故意ヲ以テ日本法律ヲ脱シタルトキハ此限ニ在ラス」と規定していた。しかし、法例（明治31（1898）年法律10号）にも法適用通則法にも法律回避に関する規定はない。

「場所は行為を支配する。」の原則に法律回避論を適用すべきかに関する日本の学説は次のとおりである。

まず、山口〔1927 (S2)〕331-333頁は、日本法上の方式を回避する目的で外国に赴き法律行為をした場合および外国法上の方式を回避する目的で日本に赴いて法律行為をした場合は「場所は行為を支配する。」の原則を適用すべきではない、といい、或る外国法上の方式を回避する目的で別の外国に赴いて法律行為をした場合は行為地がこの法律行為に「場所は行為を支配する。」の原則を適用するか否かにより日本の態度を決めるべきである、といい、「旧法例第10条但書〔……〕ハ適当ナル規定ニシテ現行法例ニ之ヲ欠クハ自明ノ理ナルガ為メナリト解スベシ」（同・332頁）という。

これに対して、次の学説は、「場所は行為を支配する。」の原則の適用上、法律回避

第 2 款 「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠

以上のとおり、法適用通則法 10 条 2 項, 24 条 2 項および 34 条 2 項にいう「行為地・挙行地」とは、法律行為の時点に法律行為の当事者の身体が存在する地

の意図を考慮すべきではない、とする。

齋藤 [1928 (S3)] 1033-1034 頁, 江川 [1930 (S5)] 775-778 頁, 江川 [1939 (S14)] 214-215 頁, 江川 [1950 (S25)] 196-197 頁, 江川 [1970 (S45)] 188-189 頁, 久保 [1935 (S10)] 293-296 頁, 久保 [1953 (S28)] 144-145 頁, 實方 [1942 (S17)] 170 頁, 實方 [1953 (S28)] 170 頁, 折茂 [1959 (S34)] 59-60 頁, 折茂 [1972 (S47)] 78-79 頁, 山田 (鑛) [1987 (S62)] 253 頁, 山田 (鑛) [2004 (H16)] 287 頁, 櫻田・道垣内 [2011 (H23)] (1) (10 条) 248 頁 (神前禎)。

本稿では法律回避論一般 (詳しくは, 池原 [1973 (S48)] 280-287 頁, 山田 (鑛) [2004 (H16)] 155-158 頁, 溜池 [2005 (H17)] 196-205 頁参照) に立ち入る余裕はないので, 「場所は行為を支配する。」の原則に関する法律回避に限定して考える。法律行為をしようとする場合, 注意深い当事者は, 実質的成立要件が満たされているか, および, どんな方式を実行すればよいかを事前に判断するし, その前提として, どの法域の法が実質的成立要件と方式の準拠法になるかを事前に判断するであろう。この場合, 「場所は行為を支配する。」の原則を知っている当事者が方式の成立を意図して特定の地に赴いて法律行為をすることはなんら批難すべきことではないと思われる。齋藤 [1928 (S3)] 1034 頁, 江川 [1930 (S5)] 777 頁, 齋藤 [1955 (S30)] 370 頁, 折茂 [1959 (S34)] 59-60 頁, 折茂 [1972 (S47)] 79 頁参照。従って, 「場所は行為を支配する。」の原則の適用上, 法律回避の意図を考慮すべきではないと思われる。

第 2 は, 日本を行為地とする身分行為に関しては日本の市町村長の総体は届出受理の権限・義務を持つのであるが (届出受理の義務については, 前出第 2 節第 4 款第 3 目第 2 項参照), 次の段階の問題として, 日本のどの市役所・町村役場で届出をすることができるかという問題がある。これは, 届出地 (戸籍法 25 条) の解釈の問題である。戸籍法 25 条にいう「届出人の所在地」の意味について, 青木・大森 [1982 (S57)] 205 頁は「「所在地」とは, 住所地・居所地のみならず一時の滞在地も含み (明治 32・11・15 回答 1986 号), 本籍地の内外を問わない (大正 10・5・20 回答 2115 号)。届出人の所在地は, 届出当時を標準として定まり, また, 婚姻・縁組など一の届出につき数人の届出人がある場合は, そのいずれの所在地でも届出ができる (明治 32・8・2 回答 1371 号)」という。「一時の滞在地」の意味は必ずしも明らかではないが, 当事者が市役所・町村役場に出頭して婚姻届等の受理を求めた場合はその地は「届出人の所在地」である, と解すべきであろう。

という意味に理解すべきである。そこで、次に、「場所は行為を支配する。」の原則、すなわち、「行為地法に適合する方式は、有効とする。」（法適用通則法10条2項、34条2項）というルールの実質的根拠を考える。

法律行為とは、意思表示以外の要件が満たされている状況で当事者が意思表示（効果意思の表示）をすれば効果意思のとおり権利変動が生ずるという制度である。従って、国際私法は、人が、どの法域にいても、法律行為をしたいと考えれば直ちに意思表示をすることができるように保障する必要がある。この目的のためには国際私法は方式に関してどの法域の法を準拠法とすることが必要か。

それを考えるためには、各国の国際私法が法律行為の成立準拠法のみを以って方式準拠法としている、と仮定して、この仮定の下では当事者の行動がどのような影響を受けるかを考える必要がある。

第1目 成立準拠法のみを以って方式準拠法とする場合

ここでは、各国の国際私法が法律行為の成立準拠法のみを以って方式準拠法としている、と仮定する。

第1項 私人の行為

まず、成立準拠法が私人の行為（口頭の合意、書面の作成、私人間の儀式など）を以って方式とする場合は、当事者は世界中のどこにいても——必要な人的または物的資源を調達しさえすれば——事実の問題として方式を実行することができる¹⁰¹⁾し、かく実行した方式は、上記の仮定の下では、どの国においても有効な方式であると判断される。それゆえ、成立準拠法が私人の行為を以って方式とする場合は「場所は行為を支配する。」の原則は必要ない。

101) 前出注41参照。

第 2 項 行政機関の行為

これに対して、成立準拠法が行政機関の行為（市町村長による届出受理、公証人による公正証書の作成¹⁰²⁾など）を以って方式とする場合（前出第 2 節第 4 款参照）は、当事者は世界中どこにいても成立準拠法上の方式により法律行為をすることができる、というわけではない。

まず、成立準拠法が行政機関の行為を以って権利変動要件とする場合はその行政機関とは成立準拠法所属国の行政機関に限られるから、行為地の行政機関の方式関与を受けて法律行為をすることはできない（成立準拠法上の行政機関の行為と行為地の行政機関の行為がたとえいかに互いに類似していても、行為地の行政機関の行為が成立準拠法上の要件たる行政機関行為に該当する、という解釈をすることはできないから。）¹⁰³⁾。

102) 前出注 20 参照。

103) しかし、行為地の行政機関または公証人の方式関与と行為が成立準拠法上の方式たる行政機関または公証人の行為に該当し得る旨を説く学説がある。

1. ドイツの学説

(1) Habicht [1907 (M40)] S.88 は、行為地法が遺言の作成につきドイツ民法のように 2 人の公証人の関与を要件とするのに対して相続準拠法が単に公正証書を要件とする場合は、ドイツで 1 人の公証人により作成された遺言（の方式）は当時のドイツ民法施行法 11 条 1 項 1 文（前出注 1 参照）により有効である、という。この引用文は、行為地の公証人の作成した公正証書が法律行為成立準拠法の要件（公証人の作成した公正証書）に該当する（ことがあり得る）という趣旨であろう。

(2) Raape [1931 (S6)] S.165 は、「私的な方式」に関する叙述（前出注 41 参照）に引き続いて次のようにいう。

「これに対して、方式規定が行政機関または公務員の einer Behörde oder eines Beamten 関与を必要とする場合は困難な問題が生ずる。」といい、イタリア (Raape によればイタリアは相続放棄を認めないから、Raape 説（後出注 114 参照）によれば行為地法上の方式によることはできないと思われる。）でドイツ人間で相続放棄契約をする場合の方式に関して、イタリアの行政機関による文書作成 Beurkundung を以ってドイツ法における公文書 eine öffentliche Urkunde と同等である gleichkomme と考えることができるかという問題を検討する。Raape [1961 (S36)] S.215 は、「外国の公文書官

Urkundsbeamte を以ってドイツのそれと同視する gleichstellen ことができるかという問題」（後出注 114 参照）は国際私法上の問題ではなく——「場所は行為を支配する。」の原則とは関係がなく——実質法上の問題である、という。

(3) Wolff [1954 (S29)] S.128 は、公的機関（裁判所、公証人、戸籍事務担当者など）の関与 Mitwirkung öffentlicher Behörden はしばしば方式である、といい、「効果法がかような公的機関 solche obrigkeitliche Mitwirkung を要件とする場合は、そこからは、効果法がその国の官庁の関与 eine Mitwirkung der heimischen Behörden を要求しているとはいえない。むしろ、当事者は、たいていの場合、行為地で am Abschlußorte、対応する外国の官庁の関与 die Mitwirkung entsprechender ausländischer Behörden を受けることができる。」という。そして、この問題は特に公文書の作成 Aufnahme “öffentlicher Urkunde” に関して重要である、といい、そこで、外国の公証人による文書作成と認証 Beurkundung und Beglaubigung がドイツの公証人によるそれと等価 gleichwertig であるかという問題が生じ、この問題には、一般的に肯定の回答をしたり、あるいは、否定の回答をしたりすることはできない、という。

(4) Kegel/Schurig [2004 (H16)] S.633 (Kegel) は、法律行為成立準拠法が公文書官の関与 Mitwirkung öffentlicher Urkundspersonen を以って方式とする場合に外国の公文書官の行為がそれに該当するかという問題を調整 Angleichung の問題として検討する。Soergel-Kegel [1996 (H8)] Art11 Rn35 は、「外国の公務員 ausländische Amtspersonen は（自国の外交官や領事とは別に）、そして、外国の公務員により、その所属する国の法に従って、文書作成のために für die Beurkundung 行われた手続 Verfahren は、そもそも、あるいは、どの程度、意味を持つのか、という問題がしばしば生ずる。通常はこれに対しては肯定の回答をすべきであろう。」という。

(5) Staudinger/Winkler von Mohrenfels [2019 (H31)] EGBGB Art 11 は、行為地の公証人の行為が法律行為成立準拠法上の方式である公証人の行為に該当する場合はある、と解する。後出注 114 (8) 参照。

2. 日本の学説

(1) 江川 [1930 (S5)] 744-745 頁は「或る法律行為の準拠法が当事者の本国法である場合、その行為地に於ては当事者の本国法の要求する方式に依ることを得ない場合がある。即ち当事者の本国法が行為の方式として公証人又は身分取扱吏等の如き一定の機関の干与すべきことを命じている場合には、此の如き機関の存在せざる国に於て当事者はかかる法律行為を為し得ざることとなる。又此の如き制度を認むる国に於〔以下、745 頁〕も当事者は外国人たるの故を以て立会の請求を拒絶せらるることあるべく、又仮令立会しても其の作成する公正証書等は外国の法律によって作成せられたものに過

ぎぬから当事者の本国に於ては自国法の要求する方式を具備したものと認めざる場合が生ずる。」という。この引用文は、成立準拠法が「公証人又は身分取扱吏等」の行為を以て方式とする場合は外国の「公証人又は身分取扱吏等」の行為は成立準拠法上のそれには該当しない、と述べているわけではないので、行為地の「公証人又は身分取扱吏等」の行為が成立準拠法上のそれに該当することがある旨を述べているように読めなくもない。

(2) 公証人に関しては次の学説がある。

齋藤 [1955 (S30)] 360 頁は「たとえば方式については常に本国法に依るべしとし、当該本国法がその目的とする行為に対して公証人の干渉を要求する場合を考えるとときには、本国を遠く離れたかような制度の存しない国において有効にその行為を成立せしめ得ないことは容易に想像されるところである」という。

澤木 [1990 (H2)] 184-185 頁は「法律行為の方式の問題とは、法律行為が有効に成立するために要求される行為の外部的形式であるが、親族法上の法律行為の方式をも含めて、それは国際私法上特別な取扱がなされてきた。すなわち、公正証書によって遺言を作成することが命じられていても、公証人制度のない国ではその要求をみたすことができないというような事情があるからである。」という。

澤木・道垣内 [2018 (H30)] 197 頁は「契約の準拠法上、公正証書によるという方式が要求されている場合、公証人制度のない国ではそのような方式を具備することができず、その契約を成立させることができないということになる」という。

松岡 [2008 (H20)] 120 頁は「方式について厳格に成立の準拠法によるべきことを要求するとすれば、その準拠法所属国以外の国で法律行為をしようとするれば、たとえば公証人制度のない国で公正証書を作成しなければならない場合などのように、当事者はこれに従うことができないか、あるいはこれによることが実際上きわめて困難な場合が生じることは避けがたい」という。松岡・高杉 [2015 (H27)] 120 頁も同じ。櫻田・佐野・神前 [2016 (H28)] 73 頁 (高杉直) は「法律行為の成立の準拠法に適合した方式を常に要求する場合、その法の方式を履践することが困難なこともある。例えば準拠法によれば公正証書の作成が要求されているのに対して、当事者が法律行為を行おうとする国には公証人制度がない場合である。」という。

いずれの学説も、行為地の公証人の行為は成立準拠法上の要件たる公証人行為に該当することがあり得ることを前提とするように読める。

(3) 山田 (録) は協議別居に関してその準拠法が行政機関の行為を以て方式とする場合は行為地が日本であれば日本の市町村長はそれを代行し得る、という。後出注 116 参照。

(4) 相続の限定承認・放棄の申述の受理に関して、前出注 28 (の第 4 項) 参照。

そこで、残された方法は、行為地において成立準拠法所属国の行政機関（市町村長、大使・公使・領事など）の関与を受けて法律行為の方式を実行する方法である。しかし、これは容易ではない。第1に、成立準拠法がその国内行政機関（市役所・町村役場など）への当事者の出頭を方式の要件とする場合（西欧諸国の民事婚など）は、外国にいる者はこの方式により法律行為をすることはできない。第2に、成立準拠法が領事婚の制度を持つ場合には、外国にいる者は、成立準拠法上の方式により法律行為をすることができる。しかし、領事婚を当事者双方が自国民である場合に限る国¹⁰⁴⁾が少なくない。また、或る国が或る国に派遣する大使・公使・領事の数（分布）は派遣国内の行政機関（市役所・町村役場など）の数（分布）には遠く及ばないし¹⁰⁵⁾、さらに、どの国とどの国の間でも大使・公使・領事の派遣が行われているわけでもない¹⁰⁶⁾。

104) 日本民法741条と801条は領事婚と領事縁組につき当事者双方が日本人である場合に限る旨を定める。この結果、例えば、日本人夫婦AとBが外国人Cを外国（Cの本国であるか否かを問わない）で養子とする場合、養子縁組の成立の準拠法は日本法である（法適用通則法31条1項前段）から日本法上の方式により養子縁組をすることができる（同法34条1項）。しかし、日本民法801条は領事縁組を日本人間の養子縁組に限定しているので、行為地（行為地の概念については、前出第1款参照）に駐在する日本の大使・公使・領事はこの養子縁組届を受理することはできない。なお、付言すれば、この事例では、成立準拠法としての日本法上の方式により法律行為をすることができる。この方法により養親夫婦の本籍地（戸籍法25条1項は事件本人の本籍地で届け出ることができる旨を定める。）で養子縁組届をすることはできる。婚姻届等の国際郵送をめぐる諸問題については、根本〔2021（R3）b〕参照。

105) 「在外公館の名称及び位置並びに在外公館に勤務する外務公務員の給与に関する法律」（昭和27（1952）法律93）別表第1によれば、日本がアメリカ合衆国に設置している在外公館の数は、大使館1（首都ワシントン）および総領事館14（ワシントン以外の都市）である。

106) 外務省のウェブサイトによれば、日本に大使館を設置している国は、2023（R5）年3月末の時点で、157か国である（欧州連合代表部を含む。）。<https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/world.html>（2023（R5）-7-19閲覧）

以上に述べたとおり、法律行為成立準拠法が行政機関（市町村長、大使・公使・領事など）の行為を以って方式とする場合は、外国にいる者が成立準拠法上の方式により法律行為をすることは、通常は困難であり、不可能なこともある^{107), 108), 109)}。

第 2 目 行為地法を以って方式準拠法とする場合

107) 法律行為成立準拠法が宗教機関の行為を以って方式とする場合は、その宗教に属する機関（聖職者）が行為地になれば、成立準拠法上の方式により法律行為をすることができる。宗教機関は国家から外国に派遣されるわけではないから、宗教機関の行為（たる方式）は私人の行為（たる方式）に近い。しかし、成立準拠法の定める宗教に属する宗教機関が行為地になれば成立準拠法上の方式をすることはできないから、この点では宗教機関は行政機関に類似する。

1. 行為地法上の方式としての宗教婚を有効な方式と認めた事案は次のとおりである（いずれも根拠規定を示していないが、改正前法例 13 条 1 項但書により有効な方式と判断したものである。）。

(1) 昭和 33 (1958) -10-29 付民事甲第 2076 号民事局長回答 (昭和 33 (1958) -8-27 付戸第 948 号福島地方務局長照会) (1943 (S18) -6-20 に日本人男とフィリピン人女がフィリピンでローマ・カトリックの方式で婚姻し、昭和 33 (1958) までに福島県信夫郡信夫村長に報告的届出をした事案につき、受理し得る旨回答した。)

(2) 昭和 53 (1978) -12-27 付け法務省民 2 第 6795 号民事局第 2 課長電信回答 (昭和 53 (1978) -12-9 付け戸第 756 号仙台法務局長照会) (1978 (S53) -11-3 に日本人男と中国 (香港) 人女が香港でローマ・カトリックの方式で婚姻し、昭和 53 (1978) -11-13 に宮城県桃生郡河南町長に報告的届出をした事案につき、受理し得る旨回答した。)

2. 改正法例は婚姻の方式に関して本国法と行為地法の択一的連結を採用したが、本国法上の方式としての宗教婚を有効な方式と認めた事案は見当たらない。

108) 或る法律行為に関して成立準拠法が裁判所の行為を以って方式とする場合は、その法律行為に関する日本法上の方式が裁判所の行為ではないときでも、日本の裁判所は、日本に国際裁判管轄があれば、成立準拠法上の方式をすることができる、と解すべきであろう。前出注 28 の 2 (1) と 3 の項目参照。

109) 神前・早川・元永 [2019 (H31)] 137 頁 (神前禎) が「実質的成立要件の準拠法上、方式について公的機関の関与が必要とされている場合にはそのような方式を当該国以外の国において充足することは極めて困難である。」というのは本文の趣旨をいうものと解される。

次に、各国の国際私法が行為地法を以って方式準拠法としている（成立準拠法を以って方式準拠法としているか否かを問わない）、と仮定する。この仮定の下では、上述した状況（前出第1目参照）はどのように変化するか。

或る国が或る種類の法律行為（婚姻、養子縁組など）に関して行政機関の行為を以って方式とする（しかも、当事者が行政機関に出頭することを要件とする。）とともに、「場所は行為を支配する。」の原則を採用している場合は、当事者の身体が法律行為時にその国に存在するときには、その国の行政機関は当事者の求めがあれば法律行為の方式に関与する義務を負う（前出第2節第4款第3目第2項参照）。この結果、当事者は、法律行為時にその身体が存在する国で、事実の問題としてその国の方式により法律行為をすることができるし、また、このようにして行った方式は、「場所は行為を支配する。」の原則を持つすべての国において有効な方式であると判断される。「場所は行為を支配する。」の原則の存在意義はここにある。

「場所は行為を支配する。」の原則は、このように、当事者がどの国にいる場合でも法律行為をすることを可能にするから、これを実際上の根拠と呼ぶことは可能である¹¹⁰⁾。では、「場所は行為を支配する。」の原則には理論上の根拠はないのか。

法律行為とは、意思表示以外の要件（婚姻適齢など）が満たされている状況で当事者が意思表示をすれば権利変動が生ずる、という制度であり、簡単にいえば、《当事者がどこにいても、意思表示をすれば、権利変動が生ずる。》という制度である。「場所は行為を支配する。」の原則は、法律行為の持つ実質法上のこのような特色を国際私法に反映させたルールであると思われる¹¹¹⁾。この

110) 前出注 15, 17 に引用した文献を参照。

111) 櫻田・道垣内〔2011（H23）〕(2)（34条）160-161頁（神前禎）は、「〔法適用通則法34条〕2項の趣旨は、当事者がその所在地法上の方式を遵守すれば足りるとすることにより、当事者が他国に赴くことなく法律行為を有効に成立させること〔以下、161頁〕とができるという点にあったと思われる。」という。神前・早川・元永〔2019（H31）〕139頁（神

点で、「場所は行為を支配する。」の原則は、法律行為成立準拠法を以って方式準拠法とするルール（法適用通則法 10 条 1 項, 24 条 3 項本文, 34 条 1 項）¹¹²⁾ に対して補充的・二次的意味を持つルール（本則に対する補則）ではなく、それ自体固有の理論的根拠を持つルールであると考えらるべきであろう。

第 3 章 行為地法の知らない法律行為と「場所は行為を支配する。」の原則

本章では、「場所は行為を支配する。」の原則に関連する問題として、行為地法の知らない法律行為に関しては同原則をどのように適用すべきかを考える。

第 1 節 問題の所在

この問題の現れ方は、法律行為の種類と方式の種類に応じて異なる。

第 1 款 法律行為の種類

まず、法律行為の種類について、法適用通則法 10 条 5 項は物権行為に関しては「場所は行為を支配する。」の原則を適用しないので、物権行為に関しては、行為地法の知らない法律行為に対する「場所は行為を支配する。」の原則の適用の問題は理論上生じない。債権行為はどうか。債権が人の行為を目的とする以上は、人の行為であれば、どんな行為であれ——実質法上の公序良俗（日本では、民法 90 条）に反する場合を除き——債権の目的となることのできるから、債権行為に関しては、行為地法の知らない法律行為に対する「場所は行為を支配する。」の原則の適用の問題は実際上生じないと思われる。結局、この問題が生ずるのは親族法または相続法上の法律行為に関してであろう。

前項）も同旨。

112) 前出注 5 参照。

第2款 方式の種類

次に、方式（成立準拠法上の方式）の種類について。

行為地法の知らない法律行為については「場所は行為を支配する。」の原則は適用されない、と解する立場では、当事者は成立準拠法上の方式で法律行為をするほかはない。しかし、ここから生ずる問題は、方式（成立準拠法上の方式）の種類に応じて相異なる。

まず、法律行為成立準拠法が私人の行為を以って方式とする場合は、当事者はその方式をどの国においても実行することができる（前出第2章第2節第4款第3目第1項、第2章第5節第2款第1目第1項参照）。しかし、この場合に、行為地法の知らない法律行為に関しては「場所は行為を支配する。」の原則は適用されないという解釈をすれば、行為地法の知らない法律行為に関しては方式に関する択一的連結（成立準拠法と行為地法の択一的連結）は行われないうこととなる（当事者は成立準拠法上の方式により法律行為をするほかはない）。

次に、法律行為成立準拠法が行政機関の行為を以って方式とする場合は外国にいる当事者が成立準拠法上の方式を実行することは困難または不可能である（前出第2章第5節第2款第1目第2項参照）から、この場合に、行為地法の知らない法律行為に関しては「場所は行為を支配する。」の原則は適用されないという解釈をすれば、当事者が行為地法の知らない法律行為をすることは困難または不可能になる¹¹³⁾。

113) 行為地法の知らない法律行為の成立準拠法が宗教機関の行為を以って方式とする場合において、その宗教に属する宗教機関（聖職者）が行為地にないときはどうか。行為地法の知らない法律行為に関しては「場所は行為を支配する。」の原則は適用されないという解釈をすれば、このときは、当事者がその法律行為をすることは不可能になる。前出注107参照。

これに対して、法律行為成立準拠法が裁判所の行為を以って方式とする場合は、たとえその法律行為を日本法が知らないときであっても、日本の裁判所はその行為をすることができる、と解すべきであろう。前出注28を付した本文、および、前出注28の2(1)参照。

第 2 節 学説

第 1 款 ドイツの学説

行為地法の知らない法律行為に関して「場所は行為を支配する。」の原則が適用されるかという問題に関しては、ドイツの学説は、伝統的に、行為地法の知らない法律行為に関しては行為地法上の方式により法律行為をすることはできない(否定説)、と解している。ただし、法律行為成立準拠法が公文書作成ないしは公証人の行為を以って方式とする場合は行為地の公務員または公証人の行為が成立準拠法上の方式に該当することがある、と解する説が古くから存在する¹¹⁴⁾。この結果、行為地法の知らない法律行為であっても、行為地の公

114) ドイツの学説は以下のとおりである。

(1) Habicht [1907 (M40)] S.89 は、行為地法上の方式により法律行為をするためには行為地法が少なくとも当該法律行為と同種 *gleichartig* の行為を知っていることが必要である旨、および、行為地法が、法律に別段の定めなき場合は方式自由とする、という原則を採用していても「場所は行為を支配する。」の原則を適用し得ない旨を述べる。なお、前出注 103 参照。

(2) Neubecker [1912 (T1)] S.78 は「場所は行為を支配する。」の原則を適用するためには当該法律行為が行為地法に知られていることが必要である、という、否定説である。

(3) Frankenstein [1926 (T15)] S.551 は、「場所は行為を支配する。」の原則により行為地法を適用するための自明の要件は、行為地法がそもそも当該種類の法律行為 *ein Rechtsgeschäft dieser Art* を知っていることである、といい (S.78)、行為地法が当該法律行為を知らない場合は、行為地法がその行為を以って不要式行為としているものと解すべきではないし、行為地法中の一般的な方式規定を適用することもできない、という (S.552)。

(4) Lewald [1931 (S6)] SS.68-69 は否定説を採る。成立準拠法上の法律行為を行為地法が知っているか否かの基準としては、効果法上の法律行為と行為地法上の法律行為の間の法技術的な名称の同一性 *Gleichheit* ではなく、問題となっている法律行為の類型 *Geschäftstypus* [と行為地法上の法律行為との間] の機能的意味の同一性 *Gleichheit* である、という (S.69)。

(5) Raape [1931 (S6)] SS.181-182 は、当該法律行為を行為地法が知らない場合には行為地法上当該法律行為には方式を要しないものと解釈することは許されないし、これは行為地法が、法律に別段の定めなき場合は方式自由とする、という原則を採用し

ていても同じである、といい (S.181)、ただし、当該法律行為と行為地法上の法律行為が本質的に同じであれば足りる *Es muß genügen, daß die Dinge sich im wesentlichen gleichen*, という (S.182)。Raape [1961 (S36)] S.215 は、ドイツ人間でイタリア (Raape によればイタリア法は相続放棄契約を知らない。) の公証人により相続放棄契約を締結する例を挙げ、この場合は効果法 *lex causae* の方式規定すなわちドイツのそれのみが準拠法たり得る、という (そして、Raape は、この場合は外国の公文書官 *Urkundsbeamte* を以ってドイツのそれと同視する *gleichstellen* ことができるかという問題が生ずる、という。前出注 103 参照)。

(6) Wolff [1954 (S29)] は、効果法上の法律行為を行為地法が知らない場合は効果法上の方式により法律行為をすることが不可避になる、といい (S.127)、その場合は無方式で *formlos* 法律行為をすることができるものと解すべきではない、という (S.127 Fußn 4)。否定説である。なお、前出注 103 参照。

(7) Soergel-Kegel [1996 (H8)] Art.11 Rn.19 は、行為地法が当該法律行為を知らない場合は行為地法は準拠法にはならない *ausscheiden*, といい、そのような場合には方式自由 *Formfreiheit* の原則が妥当するということもできない、といい、それゆえドイツ人はイタリアで相続契約を無方式で *formlos* ではなく、公証人によりすることができる、という。Kegel/Schurig [2004 (H16)] S.630 (Kegel) も同旨。また、前出注 103 参照。

(8) Staudinger/Winkler von Mohrenfels [2019 (H31)] EGBGB Art. 11 は、「11 条 1 項第 2 選択肢の適用は、問題になっている法律行為が行為地法に知られていることを一般的に要件とする。効果法と行為地法の択一性 *Alternativität* は、同一の法律行為 *ein und dasselbe Rechtsgeschäft* が問題になる場合にものみ妥当する。この要件が満たされているか否かは性質決定の問題 *eine Frage der Qualifikation* である。」(Rn.185) といい (これについては本稿後出第 3 節第 1 款参照)、「性質決定が、行為地法が当該法律行為を知らない、という結論を導く場合は、原則として、関連する方式規定の欠缺となる (いわゆる規範の空白 *Normenleere*)。[……]。ただし、行為地法が明示的な方式規定を用意している場合はそれによる。」Rn. 191)、「行為地法が、その知らない法律行為について特別の方式規定を用意していない場合は、行為地で方式自由により *formfrei* その法律行為をすることはできない。当該種類の法律行為を行為地法が導入したとすれば行為地法はどんな方式を選ぶであろうか、と問うべきではない。なぜなら、11 条 1 項第 2 選択肢は実際に規定されている方式に送致するのであり、仮定的な方式に送致するのではないからである。それゆえ、当事者が行為地法中の最も厳格な方式を遵守したとしても十分ではない。むしろ、行為地法への送致は虚空を突いているのであり *geht [……] ins Leere*, 効果法のみを準拠法とすべきである。」(Rn. 192) という。そして、

務員または公証人の関与により法律行為をすることができる場合があり得る。

第 2 款 日本の学説

日本の学説は、行為地法の知らない法律行為に関しては「場所は行為を支配する。」の原則を適用することはできない (否定説)、とする点で一致している。この説によれば、日本法の知らない法律行為は、行為地が日本である場合は、成立準拠法上の方式でのみ、することができる (前出第 1 節第 2 款参照)¹¹⁵⁾。

効果法が公証人による文書作成を以って方式とする場合はその文書作成が、外国で、その外国の公証人によってもまたすることができるかを問うべきである (Rn 192) という。

(9) MüKoBGB/Spellenberg [2020 (R2)] EGBGB Art 11 Rn 150 は、当該法律行為を行為地法が知らない場合は法律行為の準拠法のみが方式準拠法になり、方式自由の原則によったり、行為地法中の最も厳格な方式によったりすることは許されない、といい、また、「例えば、方式自由の原則を採ったり annehmen, 最も厳しい行為地の方式を持って来たり heranziehen することは許されない。あの外国法がその行為を仮に知っていればどんな方式を規定するであろうかを問うことは十分な根拠のない思弁であろう。」という。

115) 次の学説は、行為地法の知らない法律行為を行為地法上の方式によりすることはできない、と述べる。

(1) 山口弘一

協議別居の方式に関して山口 [1932 (S7)] 71-72 頁は「協議を為す当時に於ける夫の本国法が、協議に因る別居を許すときは、其協議は日本に於て之を認む。協議を為す地が夫の本国なると第三国なると日本なるとを問はざるなり。協議上の別居の方式は法例第 8 条に依る。但し日本に於て為す協議上の別居の方式に付ては、法例第 8 条第 2 項に云ふ「行為地法」たる日本の法律を適用する能はず。〔以下、72 頁〕日本の法律には別居の規定なければなり。故に法例第 8 条第 1 項に云ふ「法律行為の効力を定むる法律」即ち協議の当時における夫の本国法に依るものとす。」という。山口 [1943 (S18)] 159-160 頁も同じ。

(2) 久保岩太郎

法律行為の方式一般に関して久保 [1935 (S10)] 291-292 頁は「行為地法 (方式の補則) の遵守の為には常にその行為地法が問題となれる行為を認め居ることを必要と

する、例へば相続契約又は養子縁組を認めざる国が行為地なる場合にはか〔以下、292頁〕かる行為については行為地法の方式に依らんと欲するも方式を遵守することは理論上不可能である。かゝる場合に行為地法はかゝる行為を認め居らず従つてその方式規定はないから方式を要せざるものと論ずる者あれば其は正当ではない（Habicht, S.89, Frankenstein, I, S.551, Lewald, SS.68, 69, Raape, S.181）。然し乍らかゝる行為を認め居るものと認むべきか否かについては往々著しく困難を感じる事があらう。問題の行為と行為地に於ける或る行為とが同一又は少くとも類似の行為なるか否かを決定するに当りては問題の行為と行為地に於ける或る行為の本質効果及び機能を中心として相対比し、訴訟地法の立場より之を判定すべく、行為の名称のみに捉はれざることを要する。」という。なお、久保〔1932（S7）〕50頁は、字句の相違を除いて、この引用文と同じである。しかし、この引用文の末尾に久保〔1932（S7）〕は後注を付し「之れ亦法性決定の一場合である。」と述べているが（久保〔1932（S7）〕57頁注53）、久保〔1935（S10）〕にはその言葉はない。

協議別居の方式に関して久保〔1953（S28）〕229頁は「外国人は夫の本国法に従ひわが国に於ても協議上の別居をなし得る。尤も協議の方式は本国法に従ふことを要する。日本法は別居を認めてゐないからわが国法の方式に依る方法はあり得ない。」という。

(3) 齋藤武生

齋藤〔1955（S30）〕375頁は「行為地法が問題たる法律行為の方式を知らないときは、行為地法は適用し得ないことは勿論であつて、その場合に行為地法がかかる行為を知らないのは方式を要しないものと解してはならない（久保・前掲291頁以下、Frankenstein, aa.O. S.551, Lewald, aa.O. S.68）。もつとも実際問題として行為地法が当該行為を認めているか否かを解決するには困難な場合が多いであろうが、行為の名称のみにとらわれることなく合目的に解決すべきである。」という。

(4) 三浦〔1987（S62）〕129頁（三浦正人）は「夫の本国法が協議上の別居を認めているばあい、わが国でこれを認めることに問題はない。そのばあい、別居の方式は法例8条による。もつとも、別居地である日本の法に定めがないので、別居の準拠法たる夫の本国法の定める方式によるほかはない。」という。

(5) 神前禎

法律行為の方式一般に関して櫻田・道垣内〔2011（H23）〕(2)（34条）161頁（神前禎）は「行為地法の適用については、行為地法が、当該法律行為の制度をそもそも有していない場合も考えられる。たとえば、養子縁組の方式が問題となったが、行為地法上そもそも養子縁組制度が認められていない場合がありうる。そのような場合には行為地法上の方式によることは不可能となり、成立の準拠法のみによることとなる。」という。

次に、日本では、否定説（行為地法の知らない法律行為に関しては成立準拠法上の方式によってのみ法律行為をすることができる、と解する説）の中には、協議離婚に関しては、その成立準拠法が行政機関の行為を以って方式とする場合は日本の行政機関がそれを代行し得る¹¹⁶⁾、と解する説（代行説）がある。

(6) 溜池良夫

なお、溜池〔1955 (S30)〕585 頁は「問題となるのは、別居の準拠法、即ち別居原因発生当時の夫の本国法が別居を認める場合、わが国において別居をなしうるかの点である。まず、協議上の別居は、これを認めるに差支ないであろう(久保・概論 299 頁, 山口・研究 139 頁)。わが国において離婚禁止の本国法の適用を認めることが公序に反しない以上、その緩和的制度たる別居を認めることが公序に反するとはいえないであろう。」という。溜池〔2005 (H17)〕479 頁も同旨。これは、行為地が日本である場合に日本法上の方式により協議別居をすることができるか否かについて述べていないと思われる。

116) 法律行為の方式一般に関して山田（録）〔2004 (H16)〕287 は「行為地法が、問題となる法律行為を知らない場合には、その法律行為の方式についてはもっぱら法例 8 条 1 項により法律行為の効力を定める法律が適用される。右の場合に、行為地法上、類似の法律行為の方式によるか、無方式であるとかの解釈は妥当ではない。行為地法の適用を認めるのは当事者の実際上の便宜にもとづくものであるから、右のような場合にまで行為地法をあえて適用する必要はないからである。」(山田（録）〔1987 (S62)〕253 頁も同じ) という。

協議別居の方式に関して山田（録）〔2004 (H16)〕458 頁は「別居の準拠法が協議上の別居を認めている場合に、わが国においてこれを認めうことは学説の一致しているところである(久保・概論 229 頁, 講座Ⅱ(溜池) 585 頁, 山口 71 頁)。その場合、方式については法例 22 条によることになるが、別居地たる日本の法にはその定めがないので、別居の準拠法たる外国法の定める方式によらなければならない。当該外国法上、行政官庁への届出が別居の方式とされているときは、理論上は日本の戸籍吏がその手続を代行することになろう。」(山田（録）〔1987 (S62)〕380-381 頁は、夫の本国法を以って別居の準拠とする点と、「方式については法例 8 条によることになる」とする点を除き、同旨。) という。

第3節 行為地法の知らない法律行為と「場所は行為を支配する。」の原則

第1款 行為地法の中から方式規定を取り出す行為の性質：行為地法の解釈
ここでは、「場所は行為を支配する。」の原則に基づき行為地法の中から方式規定を取り出す行為の性質を考える。

「場所は行為を支配する。」の原則により行為地法を準拠法とする——当該問題の解決に必要な方式規定を行為地法の中から取り出す——ためには裁判所（または、市町村長など）は一般的にふたつの行為をする必要がある。すなわち、まず、裁判所等は、当該問題が「法律行為の方式」であるか否かを判断する必要がある。なぜなら、当該問題が法律行為の方式でなければ行為地法を準拠法とすることは許されないからである。次に、裁判所等は、当該問題が「婚姻」の方式か、「養子縁組」の方式か、というように、当該問題がどんな種類の法律行為（の方式）であるかを判断する必要がある。なぜなら、当該問題が「養子縁組」の方式であるにもかかわらず、行為地法中の「保証契約」の方式に関する規定を適用するわけにはいかないからである。そこで、このふたつの行為の性質を考える。

いま、外国人夫婦と外国人未成年者（この3人の本国法は互いに同じであり、また、その本国法は法律行為型の養子縁組制度しか持たない。）が日本で養子縁組をする場合（これから養子縁組をするのか、既に養子縁組をしたのかを問わない。）において、法適用通則法34条2項により日本法上の方式により養子縁組をすることができるか否かが問題になったと仮定する。

まず、最初の行為について。裁判所（または、市町村長）は、いうまでもなく、当該問題が「第25条から前条までに規定する親族関係についての法律行為の方式」（法適用通則法34条）に該当するか否かを判断する必要がある。この行為が国際私法上の性質決定であることは明らかである。

次に、2番目の行為について。裁判所等は、当該問題が「第25条から前条までに規定する親族関係についての法律行為の方式」（法適用通則法34条）に

該当する旨の結論に達した場合は、当該問題に関して行為地法（日本法）を準拠法とすることができる（法適用通則法 34 条 2 項）。そこで、裁判所等は当該問題の解決に必要な実質規定を行為地法（日本民法 446 条 2 項、522 条 2 項、739 条、764 条、799 条、968 条など）の中から取り出す。これは準拠法の解釈問題である。換言すれば、裁判所等が行為地法（日本法）の中から当該問題の解決に必要な規定として民法 799 条を取り出すためには、同条が法適用通則法 31 条 1 項前段にいう「養子縁組」（の方式）に関する規定であるか否かを判断することは不要であるし、同条が「第 25 条から前条までに規定する親族関係についての法律行為の方式」（法適用通則法 34 条）に関する規定であるか否かを判断することも不要である¹¹⁷⁾。

以上から、次のことがわかる。すなわち、第 1 に、日本民法 799 条は、本来は、日本法上の普通養子縁組に関して適用されることを予定して設けられている。しかし、「場所は行為を支配する。」の原則の下では、日本民法 799 条は、外国法上の法律行為型養子縁組に関しても適用する必要がある。第 2 に、外国

117) 実質規定に対する性質決定が必要かという問題である。

裁判所は法律問題に関して実質規定を基準として判断して権利変動の有無に関する結論（法律関係）を得るから、法律問題・実質規定・法律関係のいずれかひとつが或る送致概念（単位法律関係）に該当すれば、他のふたつも必然的にその送致概念に該当する。それゆえ、法律問題を性質決定したのであれば、残された作業は準拠法秩序の中からその法律問題を規律する実質規定を選び出すだけであり、これは実質法の解釈の問題である。例えば、裁判所が、日本人養親と外国人養子の養子縁組に関して、《養子縁組の要件としての養親の年齢の問題は法適用通則法 31 条 1 項の「養子縁組」に該当する。》という判断をした場合、次の作業は、当該問題の解決に最もふさわしい実質規定を日本法の中から選び出す作業であり、これは日本法の解釈である。

なお、実質法解釈の進行過程においては個々の実質規定を性質決定することが必要になろう。この場合の実質規定の性質決定の目的は、《どの国の法を準拠法とすべきか。》を決めるためであり、特定の実質法秩序の中から《どの実質規定を選び出すべきか。》を決めるためではない。

性質決定の対象については、根本〔1998 (H10)〕232 頁以下参照。

法上の法律行為型養子縁組と日本法上の普通養子縁組が、その成立要件および効力の点で同じである、ということはほとんどあり得ない。この2点に鑑みれば、外国法上の法律行為型養子縁組の方式を判断するために必要な方式規定が行為地法中のどの規定であるかは行為地法の解釈問題である¹¹⁸⁾。

しかし、これだけでは本章の課題——行為地法の知らない法律行為に対する「場所は行為を支配する。」の原則の適用——に関する結論としては十分ではない。なぜなら、上記の例で外国法上の養子縁組の方式に行為地法（日本民法799条）を適用することができるのは行為地法（日本法）上の普通養子縁組と外国法上の養子縁組の間に本質的な共通点があるからだ——すなわち、外国法上の或る法律行為と行為地法上のどの法律行為との間にも本質的な共通点がない場合は行為地法中のどの方式規定も適用することはできない——¹¹⁹⁾、と説明することができるからである。従って、問題の核心は、当該法律行為が行為地法の知らない法律行為である場合には当事者が行為地法上の方式により法律行為をすることを認めないことが許されるのか、という点にある。この問題の解決に際しては、「場所は行為を支配する。」の原則の実質的根拠に立ち返る必要がある。すなわち、同原則は、法律行為成立準拠法上の実質的成立要件が

118) 久保 [1935 (S10)] 292 頁（この引用文については、前出注 115 (2) 参照）は「問題の行為と行為地に於ける或る行為とが同一又は少くとも類似の行為なるか否かを決定するに当りては問題の行為と行為地に於ける或る行為の本質効果及び機能を中心として相対比し、訴訟地法の立場より之を判定すべく」という。この引用文中の「訴訟地法」が訴訟地の国際私法と訴訟地の実質法のいずれを指すかは明らかではないが、いずれにしても、訴訟地法を基準として判断すべき問題ではないといえよう。

ただし、Staudinger/Winkler von Mohrenfels [2019 (H31)] EGBGB Art 11 Rn185（前出注 114 参照）は、当該法律行為と行為地法上の或る法律行為の間の同一性の有無の判断は性質決定である、と解する。

119) ドイツでも日本でも、否定説の中には、成立準拠法上の法律行為と行為地法上の法律行為の間に本質的類似性があれば後者の方式により法律行為をなし得る、とする見解がある（前出注 114 の Habicht, Lewald, Raape, 前出注 115 の久保、齋藤）。

満たされている状況で、当事者がどこにいても、意思表示をすれば、権利変動が生ずることを保障するためのルールである (前出第 2 章第 5 節第 2 款第 2 目参照)。同原則のこのような実質的根拠に鑑みれば、国際私法は、行為地法の知らない法律行為に関しても当事者が行為地法上の方式により法律行為をする可能性を保障している、と考えるべきであろう。そこで、次に、この点を検討する。

第 2 款 行為地法の解釈による解決

行為地法の知らない法律行為に対して「場所は行為を支配する。」の原則をどう適用すべきかを考える際には、法律行為をめぐる問題の段階的構造を理解する必要がある。

法は、まず、或る権利変動 (例えば、夫婦関係の解消) は法律行為により生じさせることができるか否かという問題について態度決定をする。そして、この問題に対して肯定の態度を採る場合は、次に、法は、その法律行為の方式は何であるかを定める¹²⁰⁾。法が前者の問題につき肯定の態度を採るにもかかわらず後者の問題につき回答を拒否するのは矛盾である。実質法上、法律行為の許容性の問題と法律行為の方式如何の問題の間にあるこのような関係は国際私法に反映させるべきであろう。従って、国際私法が前者の問題と後者の問題を互いに異なる実質法に送致する場合も、方式準拠法 (行為地法) は、成立準拠法上の法律行為は行為地法によればどんな方式ですることができるかという問題に回答しない——《その法律行為に関しては行為地法には方式規定は存しない。》と回答する——ことは許されない、と解すべきであろう。

120) 国際私法は、まず、或る権利変動を法律行為によりなし得るかという問題を立て、これについて肯定の回答を準拠法から得た場合に、次に、法律行為の成立要件は何かという問題を立てる。このような 2 段階の思考については、折茂 [1972 (S47)] 299 頁 (協議離婚)、371-372 頁 (養子縁組)、山田 (鏝) [2004 (H16)] 448 頁 (協議離婚)、506-507 頁 (養子縁組) 参照。国際私法におけるこのような思考過程は、本文に述べた、立法の際の思考過程に対応しているものと思われる。

しかし、例えば、日本法には協議別居の制度がないから協議別居の方式に関する規定はない。このことは極めて明白である。それでは、別居の準拠法が協議別居制度を持つ場合において行為地法が日本法であるとき、日本法の中から、協議別居の方式に関する規定をいかにして見いだすのか。これは法解釈の問題である。法解釈（＝法規範の創造）により法の欠缺を補充すべきであろう^{121), 122)}。

【参考文献】

- 青木清「わが国での韓国・朝鮮人の離婚——国際私法上の観点から——」国際法外交雑誌 96 卷 2 号 1 頁 [1997 (H9)]
- 青木義人・大森政輔『全訂戸籍法』[1982 (S57), 日本評論社]
- 秋武憲一・片岡武編著『コンメンタル家事事件手続法』[2021 (R3), 青林書院]
- 畑場準一「[判批]東京家審昭和 52 (1977) -7-19 家月 30 卷 7 号 82 頁」ジュリスト 693 号 (1978 (S53) 年重要判例解説) 285 頁 [1974 (S49) -6-10]
- 畑場準一「国際的管轄と準拠法」澤木敬郎編『国際私法の争点』[第 1 版 1980 (S55)] 12 頁
- 畑場準一「国際的管轄と準拠法」澤木敬郎・畑場準一編『国際私法の争点』[第 2 版 1996 (H8)]

121) ただし、法解釈の性質上、行為地法にそれまで存しない方式を法解釈という方法により作り出すことは困難であり、行為地法上の既存の方式（書面の作成、公証人の関与、行政機関の行為など）を流用する——これは、結果としては、行為地法の知らない法律行為のために方式を新たに作り出したことになる——方法しかないと思われる。山田（録）[2004 (H16)] 458 頁が、「別居地」が日本である場合につき、「当該外国法上、行政官庁への届出が別居の方式とされているときは、理論上は日本の戸籍吏がその手続を代行することになろう。」というのは、実質的には、日本法（行為地法）上の協議離婚の方式により協議別居をすることを認める趣旨に理解することができよう。

なお、協議別居の準拠法が何（私人の行為、行政機関の行為、裁判所による申述受理など）を以って方式とするかを問わず、行為地が日本である場合は、行為地法上の方式としては、協議離婚の方式に関する規定（民法 764 条、739 条）を類推適用して、市町村長に対する届出により協議別居をすることができる、と解すべきであろう。

122) 法解釈が、既存の法規範の発見・認識であるのか、法規範の創造であるか、については、根本 [1995 (H7)], 根本 [1996 (H8)] 参照。

28 頁

- 幾代通『民法総則』〔第 2 版 1984 (S59), 青林書院新社〕
- 池原季雄『国際私法 (総論)』〔1973 (S48), 有斐閣〕
- 池原季雄「国際的裁判管轄権」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座 7 (国際民事訴訟・会社訴訟)』〔1982 (S57), 日本評論社〕
- 石黒一憲「〔判批〕東京家審昭和 52 (1977) -7-19 家月 30 巻 7 号 82 頁」ジュリスト 689 号 137 頁〔1979 (S54) -5-1〕
- 江川英文「Locus regit actum の原則の我が国際私法上に於ける適用」神川彦松編輯『山田教授還暦祝賀論文集』〔1930 (S5) -5-25, 有斐閣〕
- 江川英文「国際離婚法」穂積重遠・中川善之助責任編輯『(家族制度全集第 2 部法律篇第 2 巻) 離婚』325 頁〔1937 (S12) -11-15, 河出書房〕
- 江川英文「国際私法 (5・完)」末弘巖太郎編輯代表『新法学全集第 36 回配本』〔1939 (S14) -5-1, 日本評論社〕
- 江川英文『国際私法』〔第 1 版 1950 (S25) -6-25, 第 2 版 1957 (S32) -5-5, 第 2 版増補版 1970 (S45) -2-10, 有斐閣〕
- 奥田安弘「〔判批〕京都地判平成 4 (1992) -12-9 判タ 831 号 122 頁」ジュリスト 1062 号 133 頁〔1995 (H7)〕
- 奥田安弘・宇田川幸則「童養媳 (トンヤンシー) ——中国婚姻法の一断面——」『民法学と比較法学の諸相』〔1997 (H9), 信山社〕 449 頁
- 奥田安弘『国際財産法』〔2019 (H31), 明石書店〕
- 奥田安弘『国際家族法』〔第 1 版 2015 (H27), 第 2 版 2020 (R2), 明石書店〕
- 折茂豊『国際私法 (各論)』〔第 1 版 1959 (S34), 第 2 版 1972 (S47), 有斐閣〕
- 笠原俊宏「〔判批〕高松高判平成 5 (1993) -10-18 判タ 834 号 215 頁」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』132 頁〔1995 (H7)〕
- 金子修『逐条解説家事事件手続法』〔第 2 版 2022 (R4), 商事法務〕
- 兼子一・竹下守夫『裁判法』〔第 4 版補訂版 2002 (H14), 有斐閣〕
- 神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法』〔第 1 版 2004 (H16), 第 2 版 2006 (H18), 第 3 版 2012 (H24), 第 4 版 2019 (R1), 有斐閣〕
- 木棚照一「〔判批〕東京高判昭和 49 (1974) -12-19 民集 32 巻 3 号 616 頁, 647 頁」ジュリスト 615 号 (1975 (S50) 年重要判例解説) 224 頁〔1976 (S51)〕
- 木棚照一・松岡博・渡邊惺之『国際私法概論』〔第 1 版 1985 (S60), 第 2 版 1991 (H3), 第 2 版補訂版 1997 (H9), 第 3 版 1998 (H10), 第 3 版補訂版 2001 (H13), 第 4 版 2005 (H17), 第 5 版 2007 (H19), 有斐閣〕
- 木棚照一・松岡博編『基本法コンメンタール国際私法』〔1994 (H6), 日本評論社〕
- 木棚照一『逐条解説国際家族法』〔2017 (H29), 日本加除出版〕

- 金疇洙・金相瑢『注釈大韓民国親族法』〔2007 (H19), 日本加除出版〕
- 久保岩太郎「涉外法律行為方式論」国際法外交雑誌 31 卷 7 号 675 頁〔1932 (S7) -9-1〕
- 久保岩太郎『国際私法論』〔1935 (S10) 4-25, 三省堂〕
- 久保岩太郎『国際私法概論』〔第 1 版 1946 (S21) -8-20, 訂正第 5 版 1953 (S28) -5-15, 巖松堂書店〕
- 『国際法辞典』国際法学会編〔1975 (S50), 鹿島出版会〕
- 『国際関係法辞典』〔第 1 版 1995 (H7), 第 2 版 2005 (H17), 三省堂〕
- 小橋一郎訳「サヴィニー：現代ローマ法大系第 8 卷」〔2009 (H21), 成文堂〕
- 齋藤武生「内国法律詐欺行為論」法学論叢 20 卷 5 号 1015 頁〔1928 (S3)〕
- 齋藤武生「法律行為」国際法学会編『国際私法講座第 2 巻』351 頁〔1955 (S30) -10-30, 有斐閣〕
- 斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判法』〔改訂版 1992 (H4), 青林書院〕
- 櫻田嘉章「〔判批〕最 (1) 判昭和 53 (1978) -4-20 民集 32 卷 3 号 616 頁」判例評論 241 号 (判時 913 号) 144 頁〔1979 (S54)〕
- 櫻田嘉章『国際私法』〔第 1 版 1994 (H6), 第 2 版 1998 (H10), 第 3 版 2000 (H12), 第 4 版 2005 (H17), 第 5 版 2006 (H18), 第 6 版 2012 (H24), 第 7 版 2020 (R2), 有斐閣〕
- 櫻田嘉章訳『パウル・ハインリッヒ・ノイハウス：国際私法の基礎理論』〔2000 (H12), 成文堂〕
- 櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法』(全 2 巻)〔2011 (H23), 有斐閣〕
- 櫻田嘉章・佐野寛・神前禎『演習国際私法 Case30』〔2016 (H28), 有斐閣〕
- 實方正雄『国際私法概論』〔第 1 版 1942 (S17) -3-6, 第 5 版 1953 (S28) -4-10, 有斐閣〕
- 佐野寛「〔判批〕神戸家審平成 6 (1994) -7-27 家月 47 卷 5 号 60 頁」ジュリスト 1091 号 (1995 (H7) 年重要判例解説) 253 頁〔1996 (H8)〕
- 澤木敬郎『国際私法入門』〔第 1 版 1972 (S47), 第 2 版 1984 (S59), 第 3 版 1990 (H2), 有斐閣〕
- 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門』〔第 4 版 1996 (H8), 第 4 版補訂版 1998 (H10), 第 5 版 2004 (H16), 第 6 版 2006 (H18), 第 7 版 2012 (H24), 第 8 版 2018 (H30), 有斐閣〕
- 新堂幸司『新民事訴訟法』〔第 6 版 2019 (H31), 弘文堂〕
- 『新版注釈民法 (3) 総則 (3) (90-98 条)』川島武宜・平井宜雄編集〔2003 (H15), 有斐閣〕
- 『新版注釈民法 (6) 物権 (1) 175-179 条』舟橋諄一・徳本鎮編集〔補訂版 2009 (H21), 有斐閣〕
- 『新版注釈民法 (21) 親族 (1) (725-762 条)』青山道夫・有地亨編集〔1989 (S64), 有斐閣〕
- 『新版注釈民法 (24) 親族 (4) 792-817 条の 11』中川善之助・山島正男編集〔1994 (H6), 有斐閣〕
- 『新版注釈民法 (27) 相続 (2) (896-959 条)』谷口知平・久貴忠彦編集〔補訂版 2013 (H25), 有斐閣〕
- 『新版注釈民法 (28) 相続 (3) (960-1044 条)』中川善之助・加藤永一編集〔1988 (S63), 有斐閣〕
- 竹田央「相続の承認及び放棄」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法第 3 巻 (相続関係)』〔1989 (S64), 日本評論社〕 39 頁

- 溜池良夫「離婚・別居」国際法学会編『国際私法講座第 2 巻』563 頁〔1955 (S30), 有斐閣〕
溜池良夫『国際私法講義』〔第 1 版 1993 (H5), 第 1 版補訂版 1995 (H7), 第 2 版 1999 (H11), 第 3 版 2005 (H17), 有斐閣〕
『注釈民法 (20) 親族 (1) (725-762 条)』青山道夫編集〔1966 (S41), 有斐閣〕
『注釈民法 (26) 相続 (3) (960-1044 条)』中川善之助編集〔1973 (S48), 有斐閣〕
道垣内正人『ポイント国際私法 (各論)』〔第 1 版 2000 (H12), 第 2 版 2014 (H26), 有斐閣〕
中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法』〔第 1 版 2014 (H26), 第 2 版 2018 (H30), 第 3 版 2022 (R4), 有斐閣〕
根本洋一「〔判批〕長野家審昭和 57 (1982) -3-12 家月 35 巻 1 号 105 頁」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』28 頁〔1995 (H7)〕
根本洋一「準拠外国法の内容不明の場合の処置——外国法の解釈と裁判所による法創造——」横浜国際経済法学 4 巻 2 号 113 頁〔1996 (H8)〕
根本洋一「国際私法上の性質決定の対象——法解釈の過程と国際私法——」横浜国際経済法学 7 巻 1 号 169 頁〔1998 (H10)〕
根本洋一「婚姻の届出意思の準拠法——法律行為の構造と国際私法——」横浜法学 30 巻 1 号 1 頁〔2021 (R3) -9, a〕
根本洋一「婚姻届等の国際郵送と方式の準拠法——法律行為の構造と国際私法——」横浜法学 30 巻 2 号 1 頁〔2021 (R3) -12, b〕
根本洋一「国際養子縁組における養子決定と日本の裁判所：形成裁判の構造と国際私法」横浜法学 31 巻 1 号 1 頁〔2022 (R4)〕
根本洋一「法律行為の方式準拠法としての成立準拠法：法律行為の構造と国際私法」横浜法学 31 巻 3 号 45 頁〔2023 (R5)〕(横浜国立大学学術情報リポジトリ)
鳩山秀夫『法律行為乃至時効 (註釈民法全書第 2 巻)』〔1910 (M43), 発兌元：巖松堂書店〕
鳩山秀夫『日本民法総論』〔増訂改版 1930 (S5), 岩波書店〕
早田芳郎「〔判批〕最 (1) 判 1978 (S53) -4-20 民集 32 巻 3 号 616 頁」ジュリスト 693 号 (1978 (S53) 年度重要判例解説) 270 頁〔1979 (S54)〕
「法例議事速記録」法務大臣官房司法法制調査部監修『(日本近代立法資料叢書 26) 法典調査会法例議事速記録』1986 (S61), 商事法務研究会〕
「法例修正案理由書」：『民法修正案理由書, 附法例修正案, 国籍法案, 不動産登記法案各理由書』〔1898 (M31) -6-10, 発兌元：博文館〕所収 = 『民法修正案理由書 (第 4 編親族, 第 5 編相続)』(日本立法資料全集別巻 32)〔復刻版 1993 (H5), 信山社出版〕所収
松岡博『現代国際私法講義』〔2008 (H20), 法律文化社〕
松岡博著・高杉直補訂『国際関係私法講義 (改題補訂版)』〔2015 (H27), 法律文化社〕
松岡博編『国際関係私法入門』〔第 1 版 2007 (H19), 第 2 版 2009 (H21), 第 3 版 2012 (H24), 第 4 版 2019 (R1), 第 4 版補訂版 2021 (R3), 有斐閣〕

- 三浦正人編『国際私法』〔第1版1983 (S58), 第2版1987 (S62), 青林書院〕
- 山口弘一『日本国際私法論』〔第1版1910 (M43) -9-28, 上巻第5版1927 (S2) -3-20; 発兌元: 巖松堂書店〕
- 山口弘一「親族法上の事項に適用する法律」東京商科大学国立学会編輯『東京商科大学研究年報 (法学研究)』1号1頁〔1932 (S7) -4-5, 岩波書店〕
- 山口弘一『親族法及国際親族法の研究』〔1943 (S18) -1-20, 巖松堂書店〕
- 山田三良「国際私法 (6・完)」末広巖太郎編集代表『現代法学全集第39巻』99頁〔1931 (S6) -8-20, 日本評論社〕
- 山田三良『国際私法』〔第2分冊1932 (S7) -9-20, 第3分冊1934 (S9) -11-5, 有斐閣〕
- 山田恒久「〔判批〕東京地判平成13 (2001) -5-31 民集57巻6号640頁, 655頁」ジュリスト1224号322頁〔2002 (H14)〕
- 山田録一『国際私法』〔第1版1982 (S57), 第1版第5刷1987 (S62), 筑摩書房〕
- 山田録一『国際私法』〔第1版1992 (H4), 第1版第2刷1993 (H5), 第2版2003 (H15), 第3版2004 (H16), 有斐閣〕
- 横山潤『国際家族法の研究』〔1997 (H9), 有斐閣〕
- 横山潤『国際私法』〔2012 (H24), 三省堂〕
- 我妻栄『親族法』〔1961 (S36), 有斐閣〕
- 我妻栄『新訂民法総則』〔1965 (S40), 岩波書店〕
- 我妻栄著・有泉亨補訂『新訂物権法』〔1983 (S58), 岩波書店〕
- ※外国の法例については、戸籍実務六法 (日本加除出版) によった。
- (BSK ZGB) Geiser, Thomas; Fountoulakis, Christiana: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art 1-456 ZGB [7. Aufl., 2022 (R4)]
- Frankenstein, Ernst: Internationales Privatrecht (Grenzrecht), 1. Band [1926 (T15)]
- Habicht, Hermann: Internationales Privatrecht nach dem EGBGB [1907 (M40)]
- Heldrich, Andreas: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht [1969 (S44)]
- Kegel, Gerhard; Schurig, Klaus: Internationales Privatrecht [9. Aufl., 2004 (H16)]
- Lewald, Hans: Das Deutsche Internationale Privatrecht [1931 (S6)]
- Münchener Kommentar zum BGB (beck-online によった.)
- Neubecker: Internationales Privatrecht auf deutsch-rechtlicher Grundlage; in: Jahrbuch für den Internationalen Rechtsverkehr, 1912/1913 [1912 (M45)]
- Neuhaus, Paul Heirich: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts [2. Aufl., 1976 (S51)]
- Raape, Leo: Staudingers Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz, 6. Band, 2. Teil, Art.7-31 (Internationales Privatrecht) [9.Aufl., 1931 (S6)]
- Raape, Leo: Internationales Privatrecht [5.Aufl., 1961 (S36)]

Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts, 8.Band [1849]

Soergel, Hans Thodor: BGB (Kohlhammer-Kommentar), Band 8, EGBGB [11. Aufl., 1984 (S59)]

Soergel, Hans Thodor: BGB (Kohlhammer-Kommentar), Band 10, EGBGB [12. Aufl., 1996 (H8)]

Staudingers Kommentar zum BGB (JURIS Online によった.)

Wolff, Martin: Das Internationale Privatrecht Deutschlands [3. Aufl., 1954 (S29)]

Zitelmann, Ernst: Internationales Privatrecht, 2. Band [1912 (T1)]