

国際私法上の能力についての一試論(二)

岡 本 善 八

五

行為能力については、通常、財産的行為能力、身分的行為能力、不法行為能力などの表現において用いられるが、今日の支配的学説は、まず第三条が行為能力に関する規定であるとしていることからして、第三条における行為能力の概念を明確にすることを要する。

法例第三条においては、法文は、単に「能力」と表現しているが、これが「行為能力」を意味すると解することは、今日わが国の決定的理論である。⁽¹⁾然し、この点については、客観的に当然にかくの如き解釈が成り立ちうるか否かについては、既にふれたところであるが疑問の余地がないではない。この点は、現行法例がドイツ法草案を模範とし、ドイツ法においては、一八六二年 V. Bar より権利能力 (Rechtsfähigkeit) と行為能

力 (Geschäfts fähigkeit) の区別がなされ、かつわが法例三条と同趣旨の規定である現行ドイツ民法施行法七条が Geschäftsfähigkeit なる表現を明かに採用すること、さらにわが学説もドイツ法に負う場合が多いことによるものと解せられる。わが法例においても第三条二項の規定に若干の理由を求め得ないではないが、然し権利能力についても、本国法主義を採ることが妥当であり、またこれについても取引保護を考慮することが望ましいとの見解に立つ場合には古典的な意味でなく、理論的には両者を区別した上で、法例三条における「能力」は、今日の決定的学説が説く如く、行為能力のみを意味するのでなく、権利能力をも包含するとの見解があるいは成り立ちうるのではなからうかとの疑問が生ぜざるを得ないのである。いささか奇異な見解であるかの批判を免れないが、権利能力と同じく取引保護を重視せねばならぬのであり、しかも第三条の法文の客観的

な規定からも特にこれを排除すべき文言を見出し得ないのである。

次に「能力」の観念について問題となるのは、ここに不法行為能力 (Deliktstähigkeit) が包含せられるか否かの問題がある。これは財産的精神的損害が発生した場合に、何人に対してその責任を負担せしめるかの問題であり、他の法律行為能力といちじるしくその性質を異にするものであり(例えば、日民三条以下と日民七一二条以下の規定の相違)、特に現実に発生している損害の回復にその制度の重点があると解する場合は、今日の決定的学説と同じくこれを除外することが妥当である。

現在「能力」に關し、学説の対立をみる点としては、まず第一に、禁治産、準禁治産者のなす行為能力もこれに包含せられるか否かの問題である。

第一説は、禁治産、準禁治産者の如き精神的欠陥を理由として、国家の宣言によりその行為能力を制限せられる者については、その者のなした法律行為の無効または取消などの具体的効力についても、法例第四条、第五条によってのみ決定せられ、法例第三条の関知するところではないとするものであり、近年におけるわが国のより有力な見解である。⁽²⁾

第二説は、行為能力と人的地位を区別し、第四条および第五条は行為能力付与の前提たる禁治産者および準禁治産者たる人的地位のみを定め、第三条はその具体的な行為能力自体を定めると解するものであり、その根拠としては、民法の能力の用語

との調和を保たしめ、また内国取引保護に關する第三条第二項の規定をこの場合においても均等に適用することが妥当であることに求められている。⁽³⁾

右の二つの対立する見解はそれぞれ理由のある見解であるが、ここでは通説たる第一説を妥当と考える。その根拠としては、第四条において、禁治産宣告の効果につき宣告地法を準拠法とすることが、禁治産宣告の制度が宣告地の取引保護に重要な關連あることを示すものであるが、その趣旨を更に推し進めるならば、禁治産宣告の有無の調査の困難をも考慮し、その具体的効果まで同条によって規定されるのでなければ、宣告地法なる概念を導入した意味が現実に失われてしまうことに求むべきであると思う。

第二の問題点は、第三条にいわゆる「能力」には身分的、行為能力が包含せられるか否かの問題がある。この点、今日のわが学説は、ほとんど一致して身分的行為能力を排除している。ただ、この点については、親族、相続法上の一切の法律行為能力に適用せられるが、婚姻能力(法例一三条)、認知能力(法例一八条)、遺言能力(法例一九条)、手形小切手能力(手八八条、小七六条)などの如く特別の規定あるものはこれによらないとする見解がある。⁽⁴⁾ この点は、現実的には、相続の承認または放棄をなすについての相続人の行為能力⁽⁵⁾、夫婦財産契約能力⁽⁶⁾などについて問題となる。この両説のいずれの見解が妥当であるかの問題については、通説のうちでも、妻の財産的行為能力を

も第十四条によらしめず第三条によらしめるとする見解と、妻の行為能力については、法例一四条により、法例三条二項の規定を類推適用せんとする見解とがあるが、まず、身分的行為能力は包含せられないとする見解は、結局身分的行為能力は、例えばその中の各行為の個別的特殊性が強度(例えば、婚姻能力と遺言能力)であること、更にその根拠には、わが法例三条以下の規定が、民法の規定の配列とおおむね一致することに求められるのではないかと考えられるが、然し第二条三項の規定は、明らかに「前項ノ規定ハ……之ヲ適用セス」と表現しているのであるから、その反対解釈からして、第一項における「能力」の觀念の中には、身分的行為能力をも包含すると解することが形式的な側面から素直な理解ではないかと思われる。また実質的理由としては、少数説において、具体的に第三条の適用の対象となる身分的行為能力は、身分行為たと同時に財産的行為たる性質を帯びる夫婦財産契約あるいは相続契約の如きである。このような財産的性質をも帯びる場合においては、究局的な効果発生前においても、その法律行為自体の有効無効につき当事者の予測可能性をより大ならしめることが妥当であり、少くとも相手方の能力の有無につき将来に及ぶ確定的効果の調査が容易となる意味において、遺言能力と類似する法律関係として第三条の中に包含せしめることが妥当ではないかと考えるものである。

第三の問題点は、第三条の「能力」中に妻の能力、すなわち

外部的行為能力が包含せられるか否かであるが、この点については、第三条第二項の適用が望ましい事からして、第三条に包含せられるとする見解と、これを婚姻生活の一体化の必要上認められるものであるから第一四条によるべきであるが、この場合も妻の無能力なる場合に法例三条第二項の規定の準用あるものと解する今日の支配的見解があり、更に近年において、成年の妻をも無能力者とするが如き場合と婚姻が成熟を意味する意味において夫・妻を問わず未成年者でも能力者とするが如き場合に分け、前者については婚姻生活の必要上認められるものであるから第一四条によるが、後者については普通の財産行為能力であるから法例三条によるとする分割主義の見解もある。⁽⁹⁾

この点は、夫婦生活の一体性維持の觀念を重視するか、取引保護を重視するかの問題である。内国取引保護については当然適用が類推適用かの理論構成を異にする場合があるにしても、結論的にその保護が与えられると解するならば、これを決定的な決め手となすことを得ない。従って隔地的法律行為が問題となるが、この場合取引保護を重視すれば第三条によりその者の本国法のみを調査すれば足り不測の損害を防止する可能性が大となるが、然し成年の能力を制限する場合はもとより婚姻により成年化が生じる場合においても、婚姻生活の一体化を考慮することが多い事に加うるに、現在の重要な経済取引特に隔地的取引において女子がその当事者となる場合は未だ稀であると推測しうるのであり、かかる場合は相手方に対し相当の注意義務

を科してもさして過酷ではないと考えられる。また調査というも準拠法については、婚姻の有無ならびに現在の夫の本国法を調査すれば足りるのであるから、その調査はさして困難であるとはい得ないであろう。また妻の能力化する場合と無能力化する場合を分割的に解することは、可及的に取引保護を計る点からして理由のある見解であるが、例えば、夫の本国法上無能力となり、妻の本国法上成熟化を理由として能力化するが如き場合に、第一六条によるか第三条によるかについて、両当事者の各本国実質法の規定ならびに趣旨を比較考慮せねばならぬ煩を伴うこととなり、また設例の如き場合にいずれの準拠法によるかの決定は実質上いちじるしく困難となる。この意味において前掲三説のうち、通説たる第二説の見解が妥当であると考えられる。ただ、かかる通説を採る場合、離婚による能力変更の問題についてこれを離婚の効果と解することが通常であるが、離婚による能力変更は、婚姻関係より分離せる者のその者自体の問題であり、また通説によれば離婚原因発生当時の夫の本国法を調査せねばならないが夫の国籍変更の有無までこれを調査せしめることは酷であると考えられるから、この問題は第三条により、現在のその者の本国法により決定すべきではないかと考える。⁽¹²⁾

- (1) 江川・改訂一四六頁、久保・概論一一八頁、同・「涉外行為能力論」(二・完、国際法外交雑誌第三十二卷第七号)五九頁、川上・七一頁、実方・再訂一二五頁、折茂・一九

国際私法上の能力についての一試論(二)

頁、山田鐸一・新書一一八頁、跡部「法例第三条の規定に就て」(論叢一九卷)五一七頁、山田三良・四六六頁、山口・二二二頁。

- (2) 江川・改訂一四七頁、実方再訂一二五頁、折茂・二五頁、山田鐸一・一一九頁。久保・有信堂版一一八頁も、書物の性質上恐らくは妥協的に、禁治産者・準禁治産者の能力は第四条および第五条によると解せられる。

- (3) 久保・概論一一八頁。川上・要綱七三頁も、年齢・性・精神障害が行為能力に如何なる影響を及ぼすかは、すべて本国法により、禁治産宣言の如き官庁による能力についての処分の効果も、第三条によるとせられる。跡部前掲論文五三一頁以下。

- (4) 川上・要綱七二頁。

- (5) 川上・要綱一五八頁。

- (6) 川上・要綱一一六頁。なお、山田・村岡・法例改正要綱試案(婚姻の部)(法律時報資料版一四号)も、要綱一三において、「夫婦財産契約締結能力に関しては、各当事者の本国法によるものとする」としては、その法性決定については、一応身分的行為能力の問題とせられる。

- (7) 跡部・前掲論文五三一頁以下。

- (8) 久保・「現行法例の成立について」(財産の部)(青山法学論集第三卷第二号)、四〇頁以下においては、審議の過程においても、第三項前段の規定により第二項の例外す

なわち例外の例外として第一項の適用を受けることになるのか、右の前段の事項は第一項ひいて第二項の事項とは性質が違っており本来他の規定の適用を受けるべきものであるかは充分明らかになれないまままで終わっている、ものようである。

(9) 跡部・前掲論文五三一頁以下。

(10) 久保・概論二一五頁、川上・要綱一一五頁、折茂・二一二頁、実方・再訂二八一頁。なお江川・改訂二五九条山田 録一・一八五頁は、第三条二項の類推適用についてはふれられない。

(11) 久保・有信堂版二〇二頁。

(12) 久保・有信堂版二一八頁。これに対し本文第二説の立場をとりつつ、第一六条によらしめるものとしては、江川・改訂二六九頁、川上・要綱一二〇頁、実方・再訂二九五頁、山田 録一・二〇一頁。折茂・二五五頁ではこれにふれられない。

六

右に述べた如く、第三条一項における「能力」は、未成年者の場合の財産的行為能力および条理上第三条によらしめるべき身分的行為を意味する。少くとも未成年による能力制限についての立法上の主義としては、弱者保護を考慮し身分的側面よりこれを把握し、属人法主義によらしめる住所地法主義、本国法

主義の二主義と、これに対し具体的な法律行為の側面から取引保護を考慮する行為地法主義、効果法主義がある。この点については、わが法例三条一項は、明文を以て「本国法」を準拠法と定めているが、その適用事項は、行為能力の制限の基準およびその者のなす法律行為の効果の二つの事項がある。後者については、一定の年齢以下の者のなす行為が取消・無効などの効果を生じるか否か、およびかかる不完全な法律を事前または事後に補充する能力補充可能性の問題が包含せられる。

能力の補充可能性の問題とは、法定代理人により代理せらるべきか許可・同意のいづれで足りるかの問題であり、その法定代理人または意思補充者が何人であるかは、親権準拠法たる親の本国法(法例二〇条)、または後見準拠法たる被後見人の本国法(法例二三条)により決定せられる。ただ、夫婦相互間については若干考慮すべき問題がある。すなわち夫婦の一方が未成年者である場合、また禁治産宣告を受けた場合に他の相手方が意思補充者となる立法が関連をもつ場合であるが、これを婚姻の効力と解すべきか(法例一四条)、単純に後見の問題と解すべきか(法例二三条)の問題がある。この点については、(1)いづれの場合についても、包括的に夫婦の一方がその配偶者の後見人となるのは婚姻そのものの効力というよりも禁治産宣告という偶然の事実もしくは偶々妻が未成年者であるという事実に基づくものにすぎないのであり、従って後見の準拠法によるべきであるとする説⁽¹⁾。(2)少くとも禁治産宣告の場合における夫婦相

互間の後見義務については、禁治産宣告の直接の効果でもなく、また疑はあるは婚姻生活に必要な効果とも考えられないようであるから、寧ろ後見自体の問題として被後見人の本国法によるべきである(法例二三条)、とする見解など、⁽²⁾(3)あるいは夫婦間においても、後見自体の問題(後見開始の原因、執行、終了等)は、二三条によるも、婚姻が後見に及ぼす効力(夫婦が後見人たり得るか、後見が婚姻に因り終了する)の問題は、一四条による見解などがある。⁽³⁾

以上の所説は、それぞれ理由のある見解であるが、基本的なその具体的事情により準拠法を異にするという基本的な解決方法が望ましいのではないかと思われる。この点、未成年については、後見準拠法(法例二三条)によることなく、親権準拠法(法例二〇条)によらしめる点については区別し、後者を優先することが一般的に認められている。⁽⁴⁾然もこの見解によれば親権の準拠法と夫権の準拠法の抵触についても、婚姻すれば、親子の生活関係よりも婚姻の生活関係の方が主たるものであるから、ポーランド国際私法(一九条末項)と同じく夫の本国法が適用せられるべきことが主張せられている。⁽⁵⁾こうした点を考慮するときは、妻が未成年であることにより無能力の場合、妻が禁治産宣告を受けた場合の能力補充者は、一次的に婚姻準拠法により夫婦の一方に能力補充資格が認められる場合はその者を能力補充者とし、もしかかる資格が認められない場合、二次的にすでに婚姻が成立している限り親権準拠法によることなく、

その成熟度が高いことからして後見準拠法によらしめる事が妥当ではないかと思われる。要するに、婚姻せざる未成年の者に對しては、まず親権準拠法により、それにより能力補充者が存し得ないときは後見準拠法によらしめ、すでに婚姻せる者の能力補充者については婚姻を原因とするか、未成年を原因とするか、禁治産宣告を原因とするかの如何を問わず、一次的に婚姻の身分的効力準拠法(法例一四条)によらしめるべきであり、後見準拠法は、かかる特殊な親族関係が存しない場合に一次的に適用せられると解することが妥当ではないかと考える。この意味においては、通説と異なり後見準拠法の適用範囲はより縮小せられる結果が生じる。

また能力制限の一括的補充については、ドイツ法における成年宣告(Volljährigkeitserklärung)(独民三条、スイス民一五条)、またはフランス法における親権解除(仏民四七七条以下)の問題があり、これらも第三条により決定せられるとするのが支配的見解である。⁽⁶⁾ただかかる制度自体については、禁治産宣告の場合に比較すれば、能力拡充という逆の意図をもつが然し国家の干与について極めて類似しているにもかかわらずこれについてはくわしく論ぜられていないのが通常である。例えば、満十九才のドイツ人による契約の申込が隔地的になされ、契約準拠法によれば沈然が承諾を意味する場合、日本人が成年宣告を知らなかった如き場合は契約による責任を負担すべきか否かの如き、禁治産類似の現象が生じる。制度の趣旨が能力拡張を

意味するから禁治産宣告の場合と事情は異なるが、前例の如くそれより不利益を蒙ることもありうるわけである。この意味において禁治産の場合と比較考量することが必要ではないかと思われる。

まず、裁判管轄については、本国管轄によりなされた成年宣告または親権解除については、現在の解釈は、私見の如き前提をとる場合その効力を普遍的に認めるか否かについては恐らくは分れるのではないかと思われる。その点禁治産宣告に手懸りを求めるならば、本国管轄における禁治産宣告の涉外的效果については、(1)前述の如く第四条の「禁治産ノ効力」を人的地位と解する説においては、事情は少々異なるが、その効力の範囲は無制限であり、独りその本国に於てなされた法律行為又は本国の法律関係には限られないとする見解⁽⁷⁾、(2)禁治産の効力を法律行為の具体的効果をも意味すると解しながら、これを属地的に解し、本国における宣告の効力は、その法律行為が宣告地になされた場合は日本においてもその効力を認むべきであるが、日本に渡来した場合には禁治産者たることを否認すべきであるとする見解がある。この見解は、第三国でなされた行為については、行為地の国際私法上の効果が認めらるべきか否かにより決定すべきであるとする⁽⁸⁾。(3)かかる見解は、より徹底するならば、結局禁治産宣告の管轄は、むしろ居住地国の裁判所に対してのみ与えられ、法例四条二項の規定はむしろ原則的管轄権を定めたものと解する理論に行きつくことになる⁽⁹⁾。(4)これに対し

(2)(3)説と同じく第四条の効力を本来の存在目的たる行為能力の制限又は剥奪を意味すると解しつつ、その本国管轄による宣告の効果はわが国において当然に効力を有するとする見解もある⁽¹⁰⁾。

以上の見解は、要するに当事者保護と取引保護のいずれに重点を置くかにつき、それぞれかなり異なった見解を示しているのである。(3)説は、取引保護を最も徹底するものであり傾聴に値いするのであるが、然し少なくとも原因につき本国法を準拠法とする第四条の表現、特に第一条の存在意義からして、やはり本国管轄を否認することは若干行きすぎの感があり、それかといって(4)説の如く無条件にこれを認めることも取引安全の見地から若干疑問が残る。また(2)説は、私見の基本的立場とは立脚点を異にするが、第三条二項の適用により取引保護を考慮せんとするものであるが、然し取引保護の趣旨を徹すれば、第三条二項の解釈として禁治産宣告につき善意の者について迄保護を計らねばその理論が不徹底に終るのではないかと考えられる。更に(2)の理論については、例えば、「外国で行った行為」とは恐らくは、理由の一として、公示方法が禁治産宣告と密接なる関係をもつことを挙げておられることからしても、法例三条二項と同じくそれが国内的に、例えば申込も承諾もその地でなされる行為を意味するものと推測せられる。もしこの推測が測らざる誤解を侵していないとするならば、およそ隔地的法律行為については禁治産制度は全く無視せられるということになるが、国際財産的法律行為がしばしば隔地的形態において行われるこ

とを考慮すると若干の疑問が残るほか、第三国においてなされる行為については、公示方法の重要性が無視せられるならば承認せられるとするが、その他の具体的宣告がある場合はともかくあらかじめこれを裁判所の判断に委ねる場合に取引における予測が困難となるのではないかと考えられる。

以上の所論からして、禁治産自体については、原則的裁判管理由による宣告の効力についてはその法律的行为が内国的になされるか隔地的になされるかを区別し、その宣告地における法律行為については、日本法上もこれを承認し、これに対し、日本国内における内国的法律行為については、第三条二項が善意・悪意を区別しないこととの均衡においてその効力を認めず、例外的管轄に基づき日本において禁治産宣告の申立をなすことを要するが、隔地的法律行為については、善意・悪意を区別してその効力承認につき別個の取扱をなすべきではないかと考えるものである。なお若干の躊躇を感じるが、第三国に対してなした隔地的法律行為に関する例外的管轄による宣告の効力についても、同様に善意・悪意を基礎として判断すべきであろう。なお、この場合企業的ななされる場合は、商事現象の特異性を考慮し、その営業所在地を原則管轄とし、営業所在地法を原因ならびに効力の準拠法となすべきものと解することが妥当である。

以上の如き禁治産宣告についての立論は、成年宣告についても同様に適用せられるものと考えられる。ただ成年宣告・親権解除

については、日本法上は後述の営業許可の如き特定の場合が規定せられるにすぎないが、その原因が存在しない場合においてもむしろ積極的に能力を附するものであることからして第四条二項但書は類推適用されないものと解すべきである。

また営業許可（民六条）の如きについては、禁治産宣告について述べたと同じく、条理上営業所在地がむしろ原則的準拠法であり、その原因ならびに効果について営業所在地法によるべきであり、なお検討の余地はあるが、許可権者も営業所在地法上認められる者であれば足りると解すべきではなからうか。またこれに加うるに、本国法上の原因に基づき営業許可がなされた場合は、その旨を記する書面を添附して営業登記すれば能力者となると解せられる（非訟一六六条）。この点従来の通説は、この問題については単に第三条によってのみ決定すると解するのが、恐らくは、支配的理論と考えられるが、¹¹⁾営業許可については前述の如く解することが妥当ではないかと考える。¹²⁾

以上の如き能力決定の时期的基準については、ポーランド国際私法第二条第二項、またはドイツ民法施行法第七条の如く、一旦成年化すれば国籍変更により行為能力を失わないと解すべきか否かの問題があるが、わが国の学説は一致して法律行為當時のそれと解している。取引における調査義務の軽減からして支持しうる見解であり、同様の意味で、離婚後の能力回復または未成年化についても、前述の如く第三条により決定せられるべきことになるのである。

- (1) 江川・改訂二六〇頁、山田鏖一・二二二頁。
- (2) 久保・概論二一六頁。
- (3) 川上・要綱一一四頁。
- (4) 江川・改訂二八八頁。
- (5) 江川・改訂二八七頁。
- (6) 江川・改訂一五一頁、久保・有信堂版一九九頁、川上・七三頁、実方・再訂一二八頁、山田鏖一・一二〇頁。
- (7) 久保・概論一二八頁。川上・七三頁、七八頁も恐らく同様の観点に立つものと推測せられるが、法例三条二項の適用は認められる。
- (8) 江川・改訂一六一頁以下、山田鏖一・一二八頁。
- (9) 折茂・各論二四頁。
- (10) 実方・再訂一三七頁。
- (11) 江川・改訂一五一頁、山田鏖一・一二〇頁。これに対し、久保・概論一一五頁、川上・要綱七三頁などは、この問題にふれられない。
- (12) この能力の問題については、かつて民事行為能力と商事行為能力とを区別し、商事行為能力については、未成年については、その取引形態により、(イ) 特定の営業所を中心として企業取引がなされている場合には、隔地的行為については、営業所所在地法を準拠法とし、その取引のうち内国的法律行為の形式を採る場合は法例三条二項を単に日本国内の場合に限らず普遍的に類推適用すべきであり、(ロ)

これに反し、営業所が相手方に不明であり、しかも例えば旅行中のホテルより隔地的企業の取引をなす場合は、原則に従って本国法により、ただ内国的法律行為の形態をとる場合は第三条二項を普遍的に類推適用すべき趣旨の見解を述べた。ただ禁治産宣告については、営業所所在地または行為地裁判所の下した宣告の効果のみを認めるのでなければ、その実益がないと解したが、隔地的行為については本文の如く善意・悪意を基準として別個の取扱をなすべきではないかと考える。岡本・「国際商法における総則的諸問題」(同志社法学四九号、九頁)参照。

七

第三条二項の規定が、その総体の趣旨からして内国取引保護を考慮したものであることは異論の余地はないのであり、通説によればその性質上財産的行為能力についてのみ適用せられる。本条の第一項については、前述の如く、ここでは、夫婦財産契約能力・相続契約能力および離婚後の財産的行為能力の三者が包含せられるがそれらがどの限度においてか第二項の規定の適用をも受けるか否かが、まず問題となる。そのうち相続契約は、その制度の性質上、被相続人と相続人、または相続人相互間の法律関係を主眼とするものであるから、第二項の適用の対象とならない。また離婚後の行為能力については、前述の如く未成年者の行為能力と同一に解する立場に立つ場合には、当然第二

項の適用を受けることとなる。やや複雑な問題は、夫婦財産契約能力の問題であるが、それが夫婦財産関係の形成についての能力については取引保護の考慮の必要はないから、適用の余地はない。然し夫婦以外の第三者に対する夫婦財産制上能力の制限がある場合については検討の余地がある。この点については、内国取引保護の見地から、現行民法第七五七条においては、外国人が夫の本国の法定財産制と異なる契約をした場合において、婚姻の後、日本の国籍を取得し、又は日本に住所を定めたときは一年以内にその契約を登記しなければ、日本においては、これを夫婦の承継人及び対抗することができないと定めているが、この点については、法定財産制については免責しているため、(1)婚姻当時の夫の本国法の法定法の法定財産制の調査が困難であり、(2)また一年以内は登記をしなくても対抗し得るか、一年以内でも登記しなければ対抗し得ないか(私見・後説)につき説が分かれ、また対抗し得ない場合は日本の法定財産制が適用せられるか、婚姻当時の夫の本国法上の法定財産制によるか(私見・前説)につき解釈上見解が分かれ、(3)また承継人も包含しているために日本国籍を取得した場合をも要件としていた。この第三点の対抗し得ずの観念は、日本に相続人ある場合は、夫婦間の相続関係については日本法定財産制上の相続規定が、その承継人との関係においては、被相続人の本国法の規定を部分的変更する婚姻当時の夫の本国法の規定に代位すると解することとなるのであろう。その点ともかく、この規定は

第三者と承継人を同列に扱ふ混乱が存在していた。

この意味において、近年の法例改正要綱試案は、取引保護一本にしぼり、かつ明確に次の如く規定するに至っている。⁽⁴⁾

要綱第十四「外国法による夫婦財産制は、夫婦の一方が日本に住所を有し、又は日本で営業をなすときは、その登記をしなければ、日本においてはこれを第三者に対抗することができないものとする。

(注)法定財産制の登記に関しては、なお検討する」

この点は、明らかに現行民法七五七条に比較して全く望ましい立法であると考えられる。ただこの規定が制定せられる場合においても、法例三条二項の如き偶然的形態において、法律行為をなす場合については、この規定によっては取引保護は期せられない。この点は、夫婦財産制は、単なる一個人に附随する理由に基づき能力制限とは別個に取扱い必要があると考えられる。その意味でかかる場合は別個の解釈に委ねることは充分理解できる。然しかかる場合について全く取引保護を無視することが果して妥当かについては疑問の余地が残る。従って、日本国籍はもとより、日本に住所を有せず、かつ日本で営業をなさない場合は、登記の有無を問わず、日本夫婦法定財産制の能力規定を類推適用しようと思う。しかもなお第三条二項の表現からして若干検討の余地は残るが、善意・悪意を考慮し、その悪意の立証については外国夫婦財産制による者に立証責任を課するという解釈が許されはしまいか。さらに夫婦財産制について

は、配偶者の財産に影響は及ぼすことを考慮するならば、その目的物が日本所在の不動産または登記を要する権利については、登記面またはこれに附随する事情によりその者が権利者であることが推測せられ、動産についてはその占有する動産が日本国内に所在する場合のみに、その債権的行為、物権的行為加うるに日本法を準拠とする団体設立行為につき、前述の法理が適用せられると解すべきではないかと考える。

次に、同じく第三条二項における「日本ニ於テ」の概念については、周知の如く、(1) この場合にも法例第九条二項を適用し、例えば日本から外国に対し隔地的に申込を発する場合をも包含する説と、⁽⁵⁾ (2) 第九条二項の規定は、第七条の解釈規定と解し、特に契約の如きについては、申込・承諾とも日本国内であるとする通説がある。⁽⁶⁾ 後者が妥当な見解であるが、この場合日本に住所または営業所を有する外国人たる無能力者が、旅行先より日本の相手方に対してなした意思表示の如きについては、その経済的機能が同一であるならば、必ずしもその形式にとられることなく、これを日本国内における行為と解する可能性があるのであると考える。

次に、外国人行為無能力者たる本人のために、代理人が日本において法律行為をなした場合については、代理につきいかなる理論をとるかにより結論が異なりうるが、代理権授与行為についても代理権行使地法によるとの立場に立つ場合には授権行為自体が有効か否かはともかく代理行為に関する本人の行為能

力については第三条二項の適用ありと考える。この点我が国の支配的学説の立場からすれば、独断のそしりを免れないが、取引保護を徹底するならば、その点まで認めることが必要ではなからうかと考えるものである。⁽⁷⁾

第三条三項前文の「前項ノ規定ハ親族法又ハ相続法ノ規定ニ依ルヘキ法律行為……ニ付テハ之ヲ適用セス」の法意については、前述の如く、わが国の通説としては、この規定は注意規定であり、第三条は、本来財産的行為のみを意味するのであり、従って身分的行為については第二項のみならず第三項全体の適用を受けない趣旨であるとする見解と、少数説ながら特別の規定ある場合または条理上適用を排斥すべき場合を除き第一項は身分的行為をも包含するが、その性質上、これについては第三条二項の適用を排除すべき趣旨の規定と解する理論もある。この点については、前述の如く更に細目については異見をもつが、基本的には、その表現よりしてむしろ少数説が妥当であることは、既にふれたところである。

次に第三条三項後文に規定する「外国ニ在ル不動産ニ関スル法律行為」については、まず「之ヲ適用セズ」の規定の解釈として、それでは究局的にいかなる準拠法を適用すべきかの問題がある。多数説によれば、この場合は、前文の場合と異なり単に第二項の適用を除外し、本来適用せらるべき第一項に戻ることを意味するとし、少数説によるときは、前文の場合と異なることなくひとしく第一項の適用を受けることとなり、私見とし

ては後者が妥当と解すべきことは従来述べたところから明らかであろう。然し理論構成を異にするが、結論的にはいずれも第一項における本国法適用を意味する点についてはその見解の結果は異ならない。

特に見解の分かれる点は、ここに「外国ニ在ル不動産ニ関スル法律行為」とは、物権行為のみならず債権行為をも包含し、従って債権行為についても、その目的物が外国所在不動産である限り内国取引保護がなされないとする見解と、⁽⁸⁾これを物権的行為のみを意味すると解し、債権行為については取引保護についての第二項の適用を受けるとする見解が⁽⁹⁾対峙している。第一説の根拠は、次の如き点にこれを求めうる。すなわち、まず第一に、物権行為については、法例第八条二項但書は、「物権其ノ他登記スベキ権利ヲ設定シ、又ハ之ヲ処分スル法律行為」なる表現がとられているのに対し、第三条三項は、単に「不動産ニ関スル法律行為」としてのことから、その表現が異なり債権的行為をも包含するものであるが、この点については、第三条三項の表現は、単に第二項の「法律行為」なる表現を反覆したにすぎないものと解すべきであり、第八条但書の表現との相違のみを根拠としてこれを別個に解すべき決定的根拠とはなり得ないと解する。更に第一説の実質的理由としては、不動産に関する取引は、通常慎重になされるから、取引保護をさほど考慮する必要はない点に求められるが、然し不動産取引について通常特に慎重な考慮が払われるのは、その目的物に瑕

疵があるかであり、これに比すれば、債権的行為につき例え、いずれかが手附金を交付する場合、相手方につき選択をせまられるが如き実情の下においては、その者が成年であるか否かの問題点についてまで、その調査義務を課するのは酷であると考えられるから、債権的行為は、ここに「不動産ニ関スル法律行為」に包含せられず、換言すれば債権的行為については、第二項の適用により取引保護がなされると解することが妥当ではないかと考える。

なお、禁治産および準禁治産宣告（法例四条・五条）の趣旨および限界については、すでに成年宣告などにつき関連的に述べた所である。

- (1) 江川・改訂二六二頁、久保・全書二〇六頁、川上・要綱一六頁、実方・再訂二八六頁、折茂二三九頁、山田録一・一八九頁。

- (2) 前説としては、中島・民法積義（卷之四親族篇）三七頁。後説としては、久保・「国際私法上における夫婦財産制序説」（法学新報五九卷五号二五頁）、溜池・講座二卷五六頁、折茂・二三八頁。

- (3) 反対・久保・前掲論文二五頁、溜池・講座、折茂・二二九頁、山田録一・一四九頁。これに対し、奥田・親族法論一八四頁は、日本法定財産制の適用を主張する。私見は、民法第七七条は、法例にその規定がないことからしても、取引保護の見地に解釈上の基準を求むべきであり、その点

からいえば、ここに「夫ノ本国法」とは、法例の規定とは別個に、現在の夫の本国法と解すべきであり、かかる前提に立って、契約をも含めて現在の夫の本国法上の法定財産制に結果的に依拠していない場合は、その登記義務を課すものであり、これを怠るときは日本法定財産制によらしめると解しうる余地があるのではないかと考えるものである。

- (4) 山田・村岡・「法例改正要綱試案解説」(法律時報資料版一四号、一七頁)
- (5) 跡部・「法例第三条の規定について」(法学論叢一九卷五二五頁)
- (6) 江川・改訂一五二頁、久保・全書一二〇頁、折茂・二〇頁、実方・再訂一三一頁、山田・一二二頁。
- (7) 反対、川上・要綱七五頁。
- (8) 江川・改訂一五四頁、久保・概論一二四頁、折茂・各論二二頁、山田・一二三頁。
- (9) 川上・要綱七六頁、実方・再訂一三三頁、久保・全書一二三頁。