

第3回
韓國國際私法學會・
日本國際私法學會
共同學術大會

日本の 準據法 決定規則の
法と 實務の 最近 動向

日時 | 2023. 9. 15.(金) ~ 16.(土)

主管 | 社團法人 韓國國際私法學會・
東亞大學校 法學研究所

3rd KOPILA-PILAJ Joint Symposium of 2023

[第3回 韓国国際私法学会 - 日本国際私法学会 共同学術大会]

Theme: Current Developments in the Law and Practice of Japanese Choice-of-Law Rules

[日本の準據法決定規則の法と實務の最近動向]

Date: September 16, 2023 (Saturday)

Host: Korea Private International Law Association, Dong-A University Institute for Legal Studies

Venue: Dong-A University School of Law, Busan, Republic of Korea

Compère: Prof. LEE Jong Hyeok (Seoul National University)

Interpreter 1: Prof. LEE Unho (Kyushu University)

Interpreter 2: Mr. KIM Hyun Wook (ROK Air Force)

12:00 – 13:00

Lunch

Korean Restaurant GODAM [고담] in Commodore Hotel Busan

13:30 – 13:50

Opening Remarks

Justice RHO Tae-ak (President of KOPILA)

Prof. HAYAKAWA Shinichiro (President of PILAJ)

Prof. KIM Yong Eui (Director of Dong-A University Institute for Legal Studies)

Session 1

Moderator: Mr. SOHN Kyung-Han (Jung & Sohn HwaHyun, President Emeritus of KOPILA)

13:50 – 14:40

Presentation 1: *lex patriae* of Koreans in Japan [日本における韓国人の本国法]

[in Japanese]

Speaker: Prof. AOKI Kiyoshi (Nanzan University, President Emeritus of PILAJ)

(to be interpreted by Interpreter 1 [Prof. LEE Unho])

[in Korean]

Discussant: Prof. JANG Junhyok (Sungkyunkwan University)

14:40 – 15:30

Presentation 2: Legal relationship between parents and (natural) child

[in Japanese]

Speaker: Prof. HAYAKAWA Shinichiro (Senshu University)

(to be interpreted by Interpreter 2 [Mr. KIM Hyun Wook])

[in Korean]

Discussant: Prof. LEE Gyoocho (Chung-Ang University)

15:30 – 15:40

Coffee Break

Session 2

Moderator: Prof. SUK Kwang Hyun (Inha University, President Emeritus of KOPILA)

15:40 – 16:20 **Presentation 3:** Contract in general or insurance contract

[in English] Speaker: Prof. YOKOMIZO Dai (Nagoya University)

[in English] Discussant: Prof. CHUN Changmin (Seoul National University of Science and Technology)

16:20 – 17:00 **Presentation 4:** Special rules on consumer contracts and employment contracts (protection of the weaker party)

[in English] Speaker: Prof. MURAKAMI Ai (Hokkai-Gakuen University)

[in English] Discussant: Prof. KIM Seong Ho (Pukyong National University)

17:00 – 17:10 **Coffee Break**

Session 3

Moderator: Prof. O Seog-Ung (Cheongju University, Vice President of KOPILA)

17:10 – 17:50 **Presentation 5:** Transnational Act of Working of Network-related Invention and Scope of Effect of Japanese Patent Rights: Two Recent Judgments of Intellectual Property High Court of Japan [ネットワーク関連発明の越境的な実施行為と日本特許権の効力が及ぶ範囲: 近時の日本の2つの知財高裁判決を素材に]

[in English] Speaker: Prof. TANEMURA Yusuke (Waseda University)

[in English] Discussant: Prof. LEE Ju Yoen (Hanyang University)

17:50 – 18:10 **Comprehensive Discussion**

(possible to be interpreted by Interpreters)

18:40 – 21:00 **Banquet**

Korean Restaurant SAEJINJU [새진주식당]

* September 15, 2023 (Friday)

18:00 – 20:30 **Casual Dinner**

Korean Restaurant GODAM [고담] in Commodore Hotel Busan

第1主題

日本における韓国人の本国法

南山大学 青木 清

はじめに

韓国における脱北者に関する近時の裁判や立法
日韓間の判決の調和

I. 日本の従来の見解

- ・第1説
- ・第2説
- ・第3説（溜池説）－1国数法の状態と解する。
- ・第4説
- ・第5説（多数説）－二重国籍類似のケースとして処理。
- ・第6説

II. 韓国における北朝鮮の法的位置づけおよび北朝鮮法の適用

- ・韓国憲法と北朝鮮憲法
- ・南北基本合意書
- ・ソウル家庭法院 2004 年 2 月 6 日宣告 2003드단58877 判決
北朝鮮法に基づいて成立した婚姻を韓国民法 840 条 6 号を根拠に離婚を認める。

III. 日韓間の国際的調和の実現のために

1. ソウル家庭法院事件を手がかりに
当初の本国法＝北朝鮮法、現在の本国法＝韓国法 → 日韓の判決の調和、実現
2. 「南北住民間の家族関係及び相続等に関する特例法」の適用
北朝鮮でなされた婚姻を前提に重婚処理
3. 脱北者を含めた韓国人の本国法決定
多数説と溜池説

むすびに代えて

日韓の国際的調和の実現のために

< 条文資料 >

韓國法

헌법제3조 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.

국제사법제63조(혼인의 성립)

- ① 혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 따른다.
- ② 혼인의 방식은 혼인을 한 곳의 법 또는 당사자 중 한쪽의 본국법에 따른다. 다만, 대한민국에서 혼인을 하는 경우에 당사자 중 한쪽이 대한민국 국민인 때에는 대한민국 법에 따른다.

민법제810조(중혼의 금지)

배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다.

민법제818조(중혼의 취소청구권자)

당사자 및 그 배우자, 직계혈족, 4촌 이내의 방계혈족 또는 검사는 제810조를 위반한 혼인의 취소를 청구할 수 있다.

북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률제19조의2(이혼의 특례)

- ① 제19조에 따라 가족관계 등록을 창설한 사람 중 북한에 배우자를 둔 사람은 그 배우자가 남한에 거주하는지 불명확한 경우 이혼을 청구할 수 있다.
- ② 제19조에 따라 가족관계 등록을 창설한 사람의 가족관계등록부에 배우자로 기록된 사람은 재판상 이혼의 당사자가 될 수 있다.
- ③ 제1항에 따라 이혼을 청구하려는 사람은 배우자가 보호대상자에 해당하지 아니함을 증명하는 통일부장관의 서면을 첨부하여 서울가정법원에 재판상 이혼청구를 하여야 한다.
- ④ 서울가정법원이 제2항에 따른 재판상 이혼의 당사자에게 송달을 할 때에는 「민사소송법」 제195조에 따른 공시송달(공시송달)로 할 수 있다. 이 경우 첫 공시송달은 실시한 날부터 2개월이 지나야 효력이 생긴다. 다만, 같은 당사자에게 첫 공시송달 후에 하는 공시송달은 실시한 다음 날부터 효력이 생긴다.
- ⑤ 제4항의 기간은 줄일 수 없다.

남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법제6조(중혼에 관한 특례)

- ① 1953년 7월 27일 한국 군사정전에 관한 협정(이하 "정전협정"이라 한다)이 체결되기 전에 혼인하여 북한에 배우자를 둔 사람이 그 혼인이 해소되지 아니한 상태에서 남한에서 다시 혼인을 한 경우에는 중혼이 성립한다.
- ② 제1항의 사유로 중혼이 성립한 경우에는 「민법」 제816조제1호와 제818조에도 불구하고 중혼을 사유로 혼인의 취소를 청구할 수 없다. 다만, 후혼(후혼) 배우자 쌍방 사이에 중혼 취소에 대한 합의가 이루어진 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항의 사유로 중혼이 성립한 경우로서 북한에 거주하는 전혼(전혼)의 배우자도 다시 혼인을 한 경우에는 부부 쌍방에 대하여 중혼이 성립한 때에 전혼은 소멸한 것으로 본다.
- ④ 정전협정이 체결되기 전에 혼인하여 남한에 배우자를 둔 사람이 그 혼인이 해소되지 아니한 상태에서 북한에서 다시 혼인을 한 경우에도 제1항부터 제3항까지의 규정을 준용한다.

北朝鮮法（大内憲昭・前掲書付録資料から）

家族法第8条（自由結婚と一夫一妻制）

公民は、自由結婚の権利を有する。

結婚は、ただ一人の男子と一人の女子の間にのみすることができる。

第13条（結婚の無効）

本法第8条～第10条に違反する結婚は、無効である。

結婚の無効認定は、裁判所が行う。

第21条（離婚条件）

配偶者が、夫婦の愛情と信頼をひどく裏切った場合またはその他の事由で夫婦生活を継続することができない場合には、離婚することができる。

日本法

法の適用に関する通則法

（婚姻の成立及び方式）

第24条 婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による。

2 婚姻の方式は、婚姻挙行地の法による。

3 前項の規定にかかわらず、当事者の一方の本国法に適合する方式は、有効とする。ただし、日本において婚姻が挙行された場合において、当事者の一方が日本人であるときは、この限りでない。

（婚姻の効力）

第25条 婚姻の効力は、夫婦の本国法が同一であるときはその法により、その法がない場合において夫婦の常居所地法が同一であるときはその法により、そのいずれの法もないときは夫婦に最も密接な関係がある地の法による。

（離婚）

第27条 第25条の規定は、離婚について準用する。ただし、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、離婚は、日本法による。

（本国法）

第38条 当事者が2以上の国籍を有する場合には、その国籍を有する国のうちに当事者が常居所を有する国があるときはその国の法を、その国籍を有する国のうちに当事者が常居所を有する国がないときは当事者に最も密接な関係がある国の法を当事者の本国法とする。ただし、その国籍のうちのいずれかが日本の国籍であるときは、日本法を当事者の本国法とする。

2 当事者の本国法によるべき場合において、当事者が国籍を有しないときは、その常居所地法による。ただし、第25条（第26条第1項及び第27条において準用する場合を含む。）及び第32条の規定の適用については、この限りでない。

3 当事者が地域により法を異にする国の国籍を有する場合には、その国の規則に従い指定される法（そのような規則がない場合にあっては、当事者に最も密接な関係がある地域の法）を当事者の本国法とする。

日本における韓国人^{*1}の本国法

南山大学 青木 清

はじめに

日本に住む韓国人の本国法決定の問題は、第2次世界大戦後の日本の国際私法において「分裂国家に属する国民の本国法決定」問題として極めて活発に論じられきた国際私法総論上の代表的な論点の一つである。

議論の尽くされた感のある問題をあらためて取り上げるのは、脱北者に関する近時の韓国での立法や判例の動向を考えると、日本の従来の多数説では不都合が生じるように思われるからである。狙いは、日韓間の判決調和といった観点からの再検討である。

I. 日本の従来の見解

これまで、この問題については多くの見解が主張され、判例においても種々の考え方が採用されてきた。それらは、大きく次の6つの見解にまとめることができよう。

第1説は、わが国が正統政府として承認している政府の法律をその本国法として適用すべきであるとするもので、戸籍先例が長く維持していた立場である（例えば、昭和28年1月14日民甲40回答、昭和34年12月28日民甲2987通達など）^{*2}。

第2説は、この問題を1国内に二つの法域が存在する地域的不統一法国の事例と解して、そうした場合の本国法決定ルールを定めている「法の適用に関する通則法」（以下、通則法と略称）38条3項（1989年改正前は法例27条3項、同改正後から通則法制定までは法例28条3項）を適用して本国法を決定すべきであるとする^{*3}。

第3説は、第2説と同様、1国数法の状態と解するものの、いわゆる不統一法国ではないことから、通則法38条3項ないしその前身規定を類推適用して、本国法を決定すべきであるとする。そして、その際の決定基準としては、当事者の現在の住所、常居所、居所、

*1 本稿では韓国人と記すが、その内容は、日本国内でいう韓国・朝鮮人と同じである。

*2 桑田三郎「外国法の正当性について」民商法雑誌34巻3号345頁も同旨。

*3 東京地判昭和33年9月27日家月11巻4号104頁ほか。

さらには当事者の意思を用いるとする^{*4}。

第4説は、中国のケースにつき、中華人民共和国の成立を新国家の分離独立の場合とみて、そうした場合の国籍変動に関する国際法に原則に基づき、当事者がいずれの国籍を有するかを判断し、それにより本国法を決定するとする^{*5}。

第5説は、それぞれの国籍法によって国籍の存否を決定し、二重国籍になる場合は重国籍者の本国法の決定の問題として処理しようとする。国籍を複数持つ者についてもその本国法は一つであるとするのがわが通則法の立場である。その際の決定基準は、通則法 38 条 1 項に定められている。しかし、中国や朝鮮のケースは通則法 38 条 1 項の前身規定である 1989 年改正後の法例 28 条 1 項やその改正前の法例 27 条 1 項が想定する国籍抵触の事例とはその内容を異にするとし、この見解では、条理によってその本国法を決定しようとする。そして、その条理の内容は、当事者の現在および過去の住所、常居所、居所、本貫、親族の住所、常居所、居所のほか、当事者の意思などを考慮して本国法を決定するというものであった^{*6}。

第6説は、日本に住む韓国人あるいは中国人については、国籍が属人法を決定するための実効的連結点たる資格を失っているとして、本国法の代わりに住所地法である日本法を適用すべきであるとする^{*7}。

上記諸説の中では、第3説と第5説が有力に主張されてきた。判例も各説に分かれているものの、第3説ないし第5説に従うものが比較的多く、現状では第5説が多数説の地位を占めている。ただ、この二つの説は、一国数法という構成を取るか二国併存という構成

*4 溜池良夫『国際家族法研究』（有斐閣、1985 年）296 頁以下、大阪家審昭和 37 年 8 月 22 日家月 15 巻 2 号 163 頁、東京地判昭和 37 年 9 月 4 日下民集 13 巻 9 号 1805 頁ほか。

*5 大阪高判昭和 37 年 11 月 6 日下民集 13 巻 11 号 2232 頁ほか。

*6 山田・前掲注 2) 110 頁、早田芳郎「分断国家の国民の本国法」『涉外判例百選〔第三版〕』（有斐閣、1995 年）21 頁、池原季雄『国際私法（総論）』（有斐閣、1973 年）147 頁以下、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門』（第 8 版、2018 年）80 頁、名古屋家審昭和 39 年 10 月 19 日家月 17 巻 3 号 64 頁、福井地武生支判昭和 55 年 3 月 26 日判時 967 号 102 頁ほか。

*7 煖場準一「涉外判例研究」ジュリスト 299 号 127 頁、富山家審昭和 56 年 2 月 27 日家月 34 巻 1 号 80 頁ほか。

を取るかの違いはあるものの、適用すべき法を決定する基準に関して、当事者の意思という主観的要素と住所、常居所、居所といった客観的要素を用いる点は共通しており、従って、具体的なケースで導かれる結論は、両説でほとんど異ならない。

近時では、第3説および第5説においても、条文内容が変更されたこともあり、類推適用や条理適用を主張せず、通則法 38 条 1 項あるいは同条 3 項をそれぞれそのまま適用する見解が主張されている。以下、本稿では、第5説を多数説と、第3説を提唱者の名にちなみ溜池説と呼ぶことにする。

韓国国際私法学会初代会長の李好珽教授もこの問題を扱っておられ、本国法と住所地法の選択的適用を立法論として主張されている^{*8}。「故国に忠実な人」の利益を図るとともに第6説とも共通する問題意識（同教授の言葉によれば「帰郷を考えていない人」の利益保護）から提唱された見解である。

II. 韓国における北朝鮮の法的位置づけおよび北朝鮮法の適用

韓国国内における北朝鮮の位置づけおよび北朝鮮法の適用問題については、韓国国際私法学会においても何度も取り上げられ、貴重な論稿が『国際私法研究』に発表されている。近年においても、前会長の石光現先生が、新世紀に入ってから動向も踏まえて、この問題を詳細に論じておられる^{*9}。ということで、この点については特にその説明は必要ないと思われるが、下記III.の議論の前提となるところがあるため、それに関連する限りで少しだけ言及させて頂く。

韓国および北朝鮮が成立した当時、それぞれの政府は、自らが朝鮮半島を代表する唯一

*8 日本では、李好珽「在日韓国人の属人法－婚姻・離婚準拠法を中心に－」ジュリスト 1025 号(1993)101 頁、韓国では、李好珽「在日韓國人の 屬人法 [在日韓国人の属人法]－婚姻・離婚準拠法을 中心으로 [婚姻・離婚準拠法を中心に]－」国際私法研究創刊號(1995)40면でそれぞれ発表されている。

*9 석광현 [石光現]「남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율: 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로 [南北住民間の法律関係の正しい規律: 広義の準国際私法規則と実質法の特例を中心に]」 국제사법연구 [国際私法研究] 21권2호 (2015) 339 - 347 면。

の正当政府であると主張し、それを示すように、1948 年 7 月に制定された建国時の韓国憲法第 4 条（現行の憲法では第 3 条）では、「大韓民国の領土は、韓半島およびその附属島嶼とする。」と定められており、他方、北朝鮮では、憲法上に領土を明示的に規定する条項は置かれなかったものの、1948 年制定の最初の北朝鮮憲法 103 条では「朝鮮民主主義人民共和国の首府は、ソウル市である。」^{*10} とする定めがあった。いずれも、その内容から相手の存在を否定する姿勢は明らかであった。1972 年北朝鮮憲法では、北朝鮮政府の実効支配が朝鮮半島の北側のみに限られていることを前提にした上で、全国統一を目指すという条文（第5条）すら存在していた。

こうした姿勢が大きく変わることになったのが、1990 年に南北間の当局者で締結された「南北の間の和解と不可侵および交流協力に関する基本合意書（以下、南北基本合意書という）」の締結と、その締結の 3 ヶ月ほど前に実現した韓国と北朝鮮の国際連合への同時加盟である。これらにより、韓国と北朝鮮は相互にその存在を認め合う関係になり、また国際社会からもその存在が同時に認められることになった。

とはいえ、その当時にあっても韓国司法の間では従来からの立場に変化はなく、大法院も、「北朝鮮地域もまた大韓民国の領土に属する朝鮮半島の一部を成し、大韓民国の主権が及ぶばかりか、大韓民国の主権とぶつかるいかなる国家団体ないし主権も、法理上、認めることはできない」^{*11} とはっきり述べていた。ところが、こうした姿勢が、新世紀に入り、変化していくことになる。その背景には 2000 年以降急激に増えてきた北韓離脱住民（日本では、脱北者と呼ばれている）の存在がある。

ソウル家庭法院 2004 年 2 月 6 日宣告 2003ㄷ단58877 判決は、そうした家族（妻と子は韓国に逃れ、夫は北朝鮮に残されている）の問題を扱ったものであるが、そこでは、北朝鮮で北朝鮮の法に基づいて成立した婚姻について、婚姻関係が破綻しているとして韓国民法 840 条 6 号を根拠にその離婚を認めている。一方、立法領域では、1997 年制定の「北韓離脱住民の保護及び定着支援に関する法律」が 2007 年改正され、韓国において就籍手

*10 原文は法制處（編）『北韓法制概要』（韓国法制研究院、1992 年）646 頁に、訳文は福島正夫『朝鮮民主主義人民共和国社会主義憲法』（日本評論社、1974 年）222 頁に掲載されている。

*11 大法院 1996 年 11 月 12 日宣告 96ㄱ1221 判決。なお、青木清「北朝鮮公民の韓国国籍」名古屋大学法政論集 227 号（2008 年 12 月）837 頁以下参照。

続を行った北朝鮮離脱住民で北朝鮮に配偶者がいる者は、その配偶者が韓国地域に居住しているか否かが明らかでない場合、その配偶者を相手に韓国において離婚を請求することができるという規定を新設した（19 条の 2）。何れも、北朝鮮法に基づいて成立した婚姻を韓国民法に基づいて解消させるというものである。

こうした考え方の延長線上にあると考えられるのが、2012 年に制定、施行された「南北住民間の家族関係及び相続等に関する特例法」^{*12}（以下、特例法と略称）である。そこでは、韓国民法に対する特例措置が講じられているわけであるが、例えば、重婚については、北朝鮮に配偶者を残した者が韓国で婚姻すれば重婚になるとしつつ（6 条 1 項）、その重婚は、韓国民法によりこれを取り消すことはできないとする（同条 2 項）。さらに加えて、北朝鮮に居住する前婚の配偶者も再婚し、夫婦双方について重婚が成立した場合には、「前婚は消滅したものとみなす」（同条 3 項）と定めている。脱北者らが韓国において新しい生活を構築することを容易にするため同法が制定された趣旨はよくわかるものの、同法の適用根拠をいかに考えるかは難しい問題である。

新世紀に入ってから憲法裁判所も、新しい判断を示し、「北朝鮮を〔外国為替取引〕法所定の『外国』、北朝鮮の住民や法人などを『非居住者』と断定することは難しいが、個々の法律の適用ないし準用においては、韓国・北朝鮮の特殊な関係を考慮し、北朝鮮地域を外国に準ずる地域とし、北朝鮮住民を外国人に準じた地位にある者と規定することができる。」^{*13} とした。法適用ないし法解釈に関しては、ある意味、現実的な対応を要求しているのである。

この間の事情を、石光現先生の論文や先生が引用されているユン・サンド判事の論文^{*14}により整理すると、北朝鮮の存在を否定するいわゆる否認説に立てば北朝鮮法の適用可能性を全く認めないこととなり、その逆で北朝鮮を独立した別個の国家と考える外国説に立

*12 同法については、中川敏宏「南北離散家族をめぐる韓国家族法上の問題（1）（2）－ 2012 年『南北住民間の家族関係及び相続等に関する特例法』紹介」専修大学法学論集 115 号 75 頁、117 号 51 頁（2012 年 7 月、2013 年 3 月）および趙慶済・前掲注（21）論文参照。

*13 憲法裁判所 2005 年 6 月 30 日宣告 2003헌바114 決定。

*14 윤상도 「남북한 주밍 사이의 불법행위로 인한 손해배상사건의 법덕 문제 [韓国・北朝鮮住民間の不法行為による損害賠償事件の法的問題]」 통일사법정책연구 [統一司法政策研究] 1권 (2006) 124면。

てば、国際私法を全面的に適用することになる。しかし、上記の裁判例や特例法等の存在を考えれば、これらの考え方では現状を説明することができない。そこで、第3の立場として紹介されている、南北関係を「特殊な関係」とか「国内の次元と国際の次元で扱いを異にする関係」であると理解し、その結果、北朝鮮法の適用可能性を認める見解が、現在、有力に主張されている。北朝鮮の法秩序の存在を前提にして、準国際私法的アプローチを取る考え方である^{*15}。問題は、その法適用の仕方とその根拠であるが、その内容は論者によってかなり異なっている。この点については、報告者としては今後の韓国での議論を見守りたいと考えているが、いずれにしろ、こうした形で韓国国内で認められてきている北朝鮮法の適用の事実は、日本の国際私法にとってもその種の事件の解決に影響をもたらすもので、無関心ではいられない。

Ⅲ. 日韓間の国際的調和の実現のために

日本の国際私法としての関心は、端的に言えば、前記のソウル家庭法院で争われたような事案あるいは特例法が適用されるような事例が日本で問題になった場合、いかにこれに対応すべきかがということである。

1. ソウル家庭法院事件を手がかりに

本国法主義を採用する通則法のもとでは、当然、脱北者の本国法決定が問題となる。そうした場合にも、従来から主張されている、前記Ⅰ．で検討した韓国人の本国法決定の諸見解に、その解決を委ねておけばいいのであろうか。

問題の所在をより明確化させるために、前記ソウル家庭法院 2004 年 2 月 6 日宣告 2003 드단58877 判決のような事案が日本の裁判所に持ち込まれた場合を考えてみよう。日本では、離婚請求に対しては、通則法 27 条（韓国国際私法 22 条と同構造）により 3 段階連結で準拠法が決定される。北朝鮮に残る夫の本国法が北朝鮮法となることには、日本では異論があるまい。問題は、脱北した妻の本国法である。仮に、北朝鮮法とした場合には、夫

*15 오수근 「南北韓간의 國際私法적問題」 國際私法研究 3 號(1998)575면、任成權 「南北韓 사이의 [間の] 國際私法적問題」 國際私法研究 4 號(1999)190면、신영호 [申榮鎬] 「북한 주민에 대한 한국민사법의 적용 [北朝鮮住民に対する韓国民事法の適用]」 저스티스 121 호(2010)295면。韓国と北朝鮮の間に法の抵触を認めるものの、その法適用の考え方は一致していない。

婦の本国法がともに北朝鮮法となり、それが離婚の準拠法となる。そして、北朝鮮の家族法 20 条および 21 条により処理されることになるが、「婚姻はもちろん離婚問題も決して個人的な問題として処理されるのではなく、国家と社会、革命の利益と結合した社会問題として扱われる」^{*16}と考えられている以上、脱北した妻からの離婚請求が認められるとは到底思われない。逆にそれが韓国法であるとする、この夫婦には同一本国法はなく、またこの事例では同一常居所地法もないことから、最密接関係地法が準拠法となる。そして、多少異論はあるかもしれないが、この場合は、離婚を求めている妻の本国法で、かつその常居所地法でもある韓国法が準拠法となろう。これにより、ソウル家庭法院と同じ結論、すなわち離婚を認めることになる。つまり、日本と韓国の判決の国際的調和が実現されるのである。

ところで、日本の国際私法上、この夫婦の婚姻の成否は、通則法 24 条によることになる。実質的成立要件は、同条 1 項により各当事者の本国法に従うことになり、それはいずれも北朝鮮法となろう。その上で、妻の離婚時の本国法を北朝鮮法とする立場に立てば、妻の本国法は一貫するが、この離婚請求は認められないことになる。他方、妻の離婚時の本国法を韓国法とする立場に立てば、前述したように離婚を認めることができるが、妻の本国法が婚姻時と離婚時で異なっているという結論を認めなければならない。本国法を決定する連結点たる国籍に関しては、何らの変更も生じていないにもかかわらず、本国法が変化しているとするのである。

当事者の視点からすれば、韓国での解決と同じ結論が日本でも認められることが、当事者の利益にかなう、法的安定性の点でも優れているといえよう。

2. 「南北住民間の家族関係及び相続等に関する特例法」の適用

2012 年に制定された特例法は、脱北者の重婚について、北朝鮮法の適用を前提にしつつ、韓国の民法とその特別法の適用を認め、解決を図ろうとしている。ここでも、発生の頻度はかなり低いと想定されるが、同種の事件が日本で問題となった場合の解決を検討しよう。

前婚がその本国法である北朝鮮法により成立することは、日本の国際私法上も問題なかろう（通則法 24 条）。問題は、後婚成立時の各当事者の本国法である。仮に脱北者の本国

^{*16} 大内憲昭『朝鮮民主主義人民共和国の法制度と社会体制－朝鮮民主主義人民共和国基本法令集付』（明石書店、2016 年）200 頁。条文は、454 頁に掲載されている。

法を韓国法とすれば、後婚当事者の本国法はともに韓国法となり、重婚の法的な効力も韓国法により判断されることになる。そして、そこでは韓国民法ではなく、その特則である特例法が適用される形になる。日本の国際私法上、韓国法の適用が正当化され、その結論において日韓の調和が実現される。

逆に、脱北者の本国法が再婚時も北朝鮮法のままであるとすると、後婚当事者の本国法が異なることになり、後婚の効力は「有効からより遠い効果」となる。重婚については、韓国法では取り消し婚（民法 810 条、818 条）、北朝鮮法では無効婚（家族法 8 条、13 条）とされているので、この婚姻は無効となる。これが日本の国際私法の結論であるが、特例法では、この場合「重婚を事由に婚姻の取消を請求できない」と定める。脱北者の本国法が北朝鮮法のままであれば、日韓間では全く整合性がとれない形になる。

特例法は、6 条 3 項において、前婚の当事者いずれにも重婚が成立した場合には「前婚は消滅したものと見なす」と定めている。これも、現状の日本の国際私法では導き出し得ない結論である。日本の国際私法では、前婚はあくまで北朝鮮法に基づいて成立していると考えているからである。韓国国際私法も、婚姻の成立は各当事者の本国法による（63 条。2022 年改正以前は 36 条）としており、本来であればその構造は日本の国際私法と同じであるはずである。しかし、ここでは前婚成立の準拠法が何かを問うことなく、特例法が前婚の法的効力を「消滅したものとみなす」と直接定めているのである。同法は、韓国抵触規定の特則でもある^{*17}。

ここでも、脱北者の現在の本国法を韓国法として事案を処理することが、日本との間で判決の調和を実現することになることがわかる。

3. 脱北者を含めた韓国人の本国法決定

韓国人の本国法決定の問題に関して現在の日本で採用されている考え方は、上記諸見解のうち第 5 説たる多数説と第 3 説たる溜池説であるので、時間の問題もあり、この二つの見解に絞ってさらに検討を進める。前述の検討からすると、ポイントは、脱北者が北朝鮮に滞在していた時にはその本国法を北朝鮮法とするものの、脱北後の本国法について韓国法とする解釈に整合的な見解はいずれか、ということである。

*17 婚姻の成立について配分的適用を採用していることから、重婚の効力については、わが国同様、有効からより遠い効果が生ずると解されている（李好珽『国際私法』（經文社、1991）338면、徐希源『改訂新版国際私法講義』（一潮閣、2000）261면）。

日本の多数説は、韓国人の本国法決定の問題を二重国籍類似のケースと考える。国籍が複数存在することは認めるものの、本国法は一つであるとするのが、多数説のみならず、日本の国際私法の通説的理解である。そして、重国籍者の本国法決定において決定された本国法が、時間的な経過により変更されることは、そこでは想定されていない。とはいえ、理論的に考えられないわけではない。通則法 38 条 1 項は、複数ある国籍国のいずれに常居所があるかにより、本国法を決定しようとしている。従って、常居所が別の国籍国に移った場合にその移動先の国籍国法を本国法と解する余地はある。しかし、本国法主義の特長の一つは、連結の固定性・安定性にある。そうであれば、連結点として機能する国籍に何の変動もないにもかかわらず、婚姻時の本国法と離婚時の本国法が異なることを認めることは、本国法主義の理念に反するのではないか。そうだとすれば、二重国籍類似のケースと考える多数説のもとで、婚姻成立時の本国法を北朝鮮法、離婚時の本国法を韓国法とする解釈は採用しがたいように思われる。その結果、多数説のもとでは、現在の韓国の裁判例や特別法との間で整合性を取るものが難しくなる。

これに対して地域的不統一法類似のケースと考える溜池説のもとでは、韓国国籍と北朝鮮国籍をあわせた「朝鮮」という国籍を觀念し、その国籍で結びつけられる法秩序は複数存在し、それを前提に一定の基準に基づいて各人の本国法たる法秩序を一つに絞りこもうとする。溜池説にあっても、本国法として適用する法秩序を決定する段階で時間的要素を考慮する議論はなされていない。とはいえ、併存する法秩序がそれぞれの地域の国民のいずれにも適用される可能性があることは、同一人物の本国法について時を違えて異なる地域法を、すなわち婚姻時に北朝鮮法を、離婚時に韓国法を、本国法として指定することを排除しないことを意味する。換言すれば、この見解のもとでは、韓国国民に北朝鮮法が、北朝鮮公民に韓国法がそれぞれ適用される可能性は理論的には否定されない。

かつて、筆者は「最初の韓国国民」の範囲に関する問題を議論した際に、「朝鮮国民」というものを觀念する溜池説が、韓国や北朝鮮で展開される国籍に関する議論に対して「より調和的」とであると評価したことがある^{*18}。加えて、現在の韓国では、南北間の関係を「特殊な関係」と位置づける理解が多数を占めているが、これらの見解も、朝鮮半島に二つの法秩序が併存していることを前提にしている。こうした新しい韓国内の動きを踏まえた上で、あらためて日韓の国際私法問題にアプローチすることが重要であろう。その一例とし

*18 青木・前掲注（11）839 頁。

て日本における韓国人の本国法決定の問題を、日韓間の判決の国際的調和実現という観点から再検討し、溜池説の再評価を主張した次第である。

むすびに代えて

かつて、日本で韓国人の本国法決定の問題で念頭に置かれていた人々は、戦前、日本の内地に渡り、戦後も引き続き日本で生活していた韓国人およびその子孫の人たちであった。そこでは、その人々の生活実態を踏まえながら、本国法として適用すべき法秩序はいずれのものが適切かを考えていた。その一方で、近時は、留学やビジネスのため新たに来日し、その後日本に住み続けているいわゆるニューカマーといわれる韓国の人々も相当数存在している。韓国人の本国法決定の問題は、当然、これらのニューカマーの人々も対象に含めた理論でなければならないだろう。そうした中で、北朝鮮法も韓国法も関わることになる脱北者の本国法が問題となる事案が出てきたわけである。

韓国内の新たな裁判例の出現や特別法の制定などはあくまで韓国法秩序内の問題であり、そうした新しい動きがあるからといって、日本国内の法解釈あるいは法制度に影響をもたらすものではない。あくまで、それぞれの法秩序内の問題として検討されるべきものである。

その一方で、人的交流が活発な日韓の両国の間では、法的な安定、調和といった観点が、実際には重要である。少なくとも、当事者にとってはそこに極めて大きな利益が存在する。そうした実際的な問題意識のもと、韓国人の本国法決定の問題を検討しようとした。そもそも、国際私法は、世界のすべての法秩序を対象としてその理論が検討されているわけであるが、現実の必要性に応じた理論、見解といったものも提示されて然るべきで、本稿は、そうした観点から、日韓の渉外関係に特化して議論したものである。

일본에서 한국인¹의 본국법

난잔대학교 아오키 키요시

들어가며

일본에 거주하는 한국인의 본국법 결정 문제는, 제 2 차 세계대전 이후 일본의 국제사법에서 ‘분열국가에 속하는 국민의 본국법 결정’ 문제로서 매우 활발하게 논의되어 온 국제사법 총론상의 대표적인 논점 중 하나이다.

이미 충분히 논의된 것 같은 문제를 다시 다루는 것은, 탈북자에 관한 최근의 한국에서의 입법이나 판례의 동향을 고려하면, 일본의 기존 다수론에서는 불편함이 발생할 것 같다고 생각되기 때문이다. 목표는 한일 간의 판결조화라는 관점에서의 재검토이다.

I. 일본의 종래 견해

지금까지 이 문제에 대해서는 다양한 의견이 주장되고, 판례에서도 여러 의견이 채택되어 왔다. 이들은, 크게 다음의 6 가지 의견으로 정리할 수 있을 것이다.

제 1 설은, 일본이 정통 정부로 인정하고 있는 정부의 법률을 그 본국법으로 적용해야 한다고 주장하는 것으로, 호적 선례가 오랫동안 유지해온 입장이다 (예를 들어, 쇼와 28 년 1 월 14 일 민갑 40 답변, 쇼와 34 년 12 월 28 일 민코 2987 통달 등).²

제 2 설은 이 문제를 1 개국 내에 2 개의 법역이 존재하는 지역적 불통일 법국의 사례로 해석하고, 그런 경우의 본국법 결정 규칙을 정하고 있는 ‘법의 적용에 관한 통칙법’ (이하, 통칙법으로 약칭) 제 38 조 3 항 (1989 년 개정 전은 법례 제 27 조 3 항, 동 개정 후부터 통칙법 제정까지는 법례 제 28 조 3 항)을 적용하여 본국법을 결정해야 한다고 주장한다.³

제 3 설은 제 2 설과 같이, 한 국가 내에 여러 법률이 존재하는 상황으로 해석하되, 소위 불통일 법국이 아니라고 하여, 통칙법 제 38 조 3 항 내지 그 전신 규정을 유추 적용하여, 본국법을 결정해야 한다고 한다. 그리고, 그 때의 결정 기준으로는 당사자의 현재의 주소, 상거소, 거소, 더 나아가 당사자의 의사를 사용한다.⁴

제 4 설은 중국의 경우와 관련하여, 중화인민공화국의 성립을 새로운 국가의 분리 독립의 경우로 보고, 그런 경우의 국적 변동에 관한 국제법의 원칙에 기초하여, 당사자가 어느 국적을 가지고 있는지를 판단하고, 그에 따라 본국법을 결정하는 것으로 한다.⁵

¹ 본고에서는 한국인이라고 기술하나, 그 내용은 일본 국내에서 말하는 한국·조선인과 동일하다.

² 桑田三郎「외국법의 정당성에 대하여」민상법잡지 34 권 3 호 345 쪽도 동지.

³ 동경지방법판결 쇼와 33 년 9 월 27 일, 가월 11 권 4 호 104 면 등

⁴ 溜池良夫『국제가족법연구』(유비각, 1985 년) 296 쪽 이하, 오사카 가정판결 쇼와 37 년 8 월 22 일, 가월 15 권 2 호 163 면, 도쿄 지방판결, 쇼와 37 년 9 월 4 일 하민집 13 권 9 호 1805 면 등.

⁵ 오사카고등판결 쇼와 37 년 11 월 6 일 하민집 13 권 11 호 2232 면 등.

제 5 설은 각각의 국적법에 따라 국적의 준부를 결정하고, 이중 국적이 되는 경우는 중복 국적자의 본국법 결정 문제로 처리하려고 한다. 국적을 여러 개 가진 자에 대해서도, 그 본국법은 하나라고 하는 것이 일본 통칙법의 입장이다. 그 때의 결정 기준은, 통칙법 제 38 조 1 항에 정해져 있다. 그러나, 중국이나 조선의 경우는 통칙법 제 38 조 1 항의 전신 규정인 1989 년 개정 후의 법례 제 28 조 1 항이나 그 개정 전의 법례 제 27 조 1 항이 상정하는 국적 저축의 사례와는 그 내용을 다르게 하고, 이 견해에서는, 조리에 따라 그 본국법을 결정하려고 한다. 그리고 그 조리의 내용은, 당사자의 현재 및 과거의 주소, 상거소, 거소, 본관, 친족의 주소, 상거소, 거소 외에도, 당사자의 의사 등을 고려하여 본국법을 결정하는 것이었다.⁶

제 6 설은 일본에 거주하는 한국인 또는 중국인에 대해서는, 국적이 속인법을 결정하기 위한 실효적 연결점이라는 자격을 잃어버렸다고 하여, 본국법 대신에 주소지법인 일본법을 적용해야 한다고 주장한다.⁷

상기 여러 가설 중에서, 제 3 설과 제 5 설이 가장 강력하게 주장되어 왔다. 판례 역시 각 설로 나뉘어 있지만, 제 3 설이나 제 5 설을 따르는 경우가 비교적 많고, 현재 상태에서는 제 5 설이 다수설의 지위를 차지하고 있다. 그러나, 이 두 가설은, 한 국가 내에 여러 법률이 존재하는 구성을 취하는지, 두 국가가 공존하는 구성을 취하는지의 차이는 있으나, 적용해야 할 법을 결정하는 기준에 관해서, 당사자의 의사라는 주관적 요소와 주소, 상거소, 거소 등의 객관적 요소를 사용하는 점은 공통적이며, 따라서, 구체적인 케이스에서 도출되는 결론은, 두 설에서 거의 다르지 않다.

최근에는, 제 3 설 및 제 5 설에서도, 조문 내용이 변경되었기 때문에, 유추 적용이나 조리 적용을 주장하지 않고, 통칙법 제 38 조 1 항 또는 동조 3 항을 각각 그대로 적용하는 견해가 주장되고 있다. 이하, 본고에서는, 제 5 설을 다수설로, 제 3 설을 제창자의 이름에 따라 ‘타메이케설’이라고 부르기로 한다.

한국 국제사법학회 초대 회장인 이호정 교수도 이 문제를 다루고 있으며, 본국법과 주소지법의 선택적 적용을 입법론으로 주장하고 있다.⁸ ‘고국에 충실한 사람’의 이익을 도모하는 동시에 제 6 설과도 공통되는 문제의식(동 교수의 말에 따르면 ‘귀향을 생각하지 않는 사람’의 이익 보호)에서 제안된 견해이다.

II. 대한민국에서의 북한의 법적 지위와 북한법의 적용

⁶ 山田・전계주 2) 110 면, 早田芳郎「분단국가의 국민의 본국법」『섭외판례백선 [제 3 판]』(유비각, 1995 년) 21 면, 池原季雄『국제사법 (총론)』(유비각, 1973 년) 147 면 이하, 澤木敬郎=道垣内正人『국제사법입문』(제 8 판, 2018 년) 80 면, 나고야 가사심판 쇼와 39 년 10 월 19 일, 가월 17 권 3 호 64 쪽, 후쿠이 지방타케후지부판결 쇼와 55 년 3 월 26 일 판시 967 호 102 면 등.

⁷ 口場準一「섭외판례연구」『주리스트』299 호 127 면, 토야마 가사심판 쇼와 56 년 2 월 27 일, 가월 34 권 1 호 80 쪽 등

⁸ 일본에서는, 이호정「재일한국인의 속인법－혼인·이혼 준거법을 중심으로」『주리스트』1025 호(1993) 101 면, 한국에서는 이호정「재일한국인의 속인법－혼인·이혼 준거법을 중심으로」『국제사법연구』창간호(1995), 40 면에서 각각 게재되어 있다.

대한민국 내에서의 북한의 법적 지위와 북한법의 적용 문제는 대한민국 국제사법학회에서도 여러 번 다루어졌고, 귀중한 논문들이 『국제사법연구』에 게재되어 있다. 근래에도 이전 회장인 석광현 선생님이 21 세기에 들어선 후의 동향을 고려하여 이 문제를 상세히 논의하고 있다.⁹ 따라서, 이 점에 대해서는 특별히 설명할 필요가 없다고 판단되지만, 아래의 Ⅲ. 논의의 전제가 되는 부분이 있으므로, 그와 관련하여 간략히 언급하겠다.

대한민국과 북한이 성립된 당시, 각 정부는 각자 한반도를 대표하는 유일한 정당한 정부라고 주장하였고, 그를 나타내기 위해 1948 년 7 월에 제정된 대한민국의 건국 당시 헌법 제 4 조(현행 헌법에서는 제 3 조)에서는, ‘대한민국의 영토는 한반도와 그 부속 도서로 한다.’고 규정하였다. 반면, 북한은 헌법상에 영토를 명시적으로 규정하는 조항은 두지 않았지만, 1948 년에 제정된 최초의 북한 헌법 제 103 조에서는 ‘조선민주주의인민공화국의 수도는 서울시이다.’¹⁰라고 규정하였다. 양쪽 모두, 그 내용에서 상대방의 존재를 부정하는 태도는 명백하였다. 1972 년 북한 헌법에서는, 북한 정부의 실효지배가 한반도 북쪽에만 한정되어 있다는 전제 하에, 전국 통일을 목표로 하는 조항(제 5 조)까지 존재하였다.

이러한 태도가 크게 바뀌게 된 계기는 1990 년에 남북 간의 당국자들이 체결한 ‘남북간 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 기본합의서(이하, ‘남북 기본합의서’)와, 체결 전 약 3 개월 전에 이루어진 대한민국과 북한의 유엔 동시 가입이었다. 이로 인해, 대한민국과 북한은 서로의 존재를 상호 인정하는 관계가 되며, 또한 국제사회로부터도 그 존재가 동시에 인정되게 되었다.

그렇다고 해도, 당시에 대한민국 사법부에서는 기존의 입장에서 변화가 없었으며, 대법원 역시 ‘북한 지역 또한 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루며, 대한민국의 주권이 미칠 뿐만 아니라, 대한민국의 주권과 부딪히는 어떠한 국가 단체나 주권도, 법리상 인정할 수 없다’¹¹고 명확히 언급하고 있었다. 그러나, 이러한 태도가 21 세기에 들어와 변화하게 된다. 그 배경에는 2000 년 이후 급격히 늘어나기 시작한 북한 이탈 주민(일본에서는 탈북자라고 불린다)이 존재한다.

서울 가정법원 2004 년 2 월 6 일 선고 2003 드단 58877 판결은, 이러한 가족(처와 자녀는 한국으로 도망친 반면, 남편은 북한에 남아 있는 경우) 문제를 다룬 것인데, 이 판결에서는 북한에서 북한 법에 기초해 성립된 결혼에 대하여, 결혼 관계가 파탄난 것으로 보고 한국 민법 제 840 조 제 6 호를 근거로 이혼을 인정하고 있다. 한편, 입법 부문에서는 1997 년에 제정된 ‘북한 이탈 주민의 보호 및 정착 지원에 관한 법률’이 2007 년에 개정되어, 한국에서 주민등록 절차를 밟은 북한 이탈 주민이 북한에 배우자가 있는 경우, 그 배우자가 한국에 거주하고 있는지 그 여부가 명확하지 않을 때, 그 배우자를 상대로 한국에서 이혼을 청구할 수 있다는 규정이 새로

⁹ 석광현「남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율 : 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로」
국제사법연구 21 권 2 호 (2015) 339-347 면

¹⁰ 원문은 법제처(편)『북한법제개요』(한국법제연구원, 1992 년) 646 쪽에, 번역문은 福島正夫
『조선민주주의인민공화국사회주의헌법』(일본평론사, 1974 년) 222 쪽에 게재되어 있다.

¹¹ 대법원 1996 년 11 월 12 일, 선고 96 누 1221 판결. 또한, 青木清「북한 공민의 한국 국적」나고야 대학법정론집
227 호 (2008 년 12 월) 837 쪽 이하 참조.

마련되었다(제 19 조의 2). 어느 경우에도, 북한 법에 기초해 성립된 결혼을 한국 법에 기초해 해소하는 것이다.

이러한 생각의 연장선 상에 있는 것으로 판단되는 것이, 2012 년에 제정 및 시행된 ‘남북 주민간의 가족 관계 및 상속 등에 관한 특례법’¹²(이하 특례법)이다. 여기서는 한국 민법에 대한 특례 조치가 취해진 것인데, 예를 들어 중혼에 대해서는 북한에 배우자를 남긴 자가 한국에서 결혼하면 중혼이 된다고 하면서(제 6 조 제 1 항), 그 중혼을 한국 민법에 의해 취소할 수 없다고 규정하고 있다(동조 제 2 항). 더욱이, 북한에 거주하는 전혼의 배우자도 재혼하고, 부부 양쪽에서 중혼이 성립된 경우에는 ‘전혼은 소멸한 것으로 본다’(동조 제 3 항)고 정하고 있다. 탈북자들이 한국에서 새로운 삶을 구축하기 쉽도록 이 법이 제정된 취지는 잘 알 수 있으나, 이 법의 적용 근거를 어떻게 생각할 것인지는 어려운 문제이다.

21 세기에 들어서부터 헌법재판소도 새로운 판단을 보이며 ‘북한을 「외국환거래법」에서 정의한 「외국」으로, 그리고 북한 주민이나 법인 등을 「비거주자」로 판단하기 어렵지만, 개별 법률의 적용이나 준용에서는 한국-북한의 특수한 관계를 고려해 북한을 외국에 준하는 지역으로, 북한 주민을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다.’¹³고 했다. 법적 적용이나 해석에 있어, 어떤 의미에서는 현실적인 대응을 요구하고 있는 것이다.

이러한 상황을 석광현 교수의 논문 및 그가 인용한 윤상도 판사의 논문¹⁴으로 정리하면, 북한의 존재를 부정하는 소위 부인설 입장에서는 북한법의 적용 가능성을 전혀 인정하지 않게 되고, 그 반대로 북한을 독립된 별개의 국가로 여기는 외국설에서 보면 국제사법을 전면적으로 적용하게 된다. 그러나, 위의 판례와 특례법 등의 존재를 고려하면, 이러한 관점으로는 현 상황을 설명할 수 없다. 그래서 제 3 의 입장으로 소개되고 있는, 남북 관계를 ‘특수한 관계’ 또는 ‘국내적 차원과 국제적 차원에서 대우를 다르게 하는 관계’로 이해하고, 그 결과로 북한법의 적용 가능성을 인정하는 견해가 현재로서는 유력하게 주장되고 있다. 북한의 법적 질서의 존재를 전제로 하여 준국제사법적 접근을 취하는 관점이다.¹⁵ 문제는, 법 적용 방식과 근거인데, 그 내용은 논자에 따라 상당히 다르다. 이 점에 대해서는 보고자로서 앞으로 한국에서의 논의를 지켜보고 싶지만, 어쨌든 이러한 형태로 한국에서 인정되고 있는 북한법의 적용 사실은, 일본의 국제사법에 있어서도 그러한 종류의 사건 해결에 영향을 미칠 것이므로, 무관심할 수 없다.

¹² 해당 법에 대해서는, 中川敏宏「남북이산가족을 둘러싼 한국 가족법상의 문제 (1) (2) -2012 년『남북 주민간의 가족관계 및 상속 등에 관한 특례법』소개」센슈대학법학론집 115 호 75 쪽, 117 호 51 쪽 (2012 년 7 월, 2013 년 3 월) 및 조경제.

¹³ 헌법재판소 2005 년 6 월 30 일 선고 2003 헌바 114 결정

¹⁴ 윤상도「남북한 주민 사이의 불법행위로 인한 손해배상사건의 법적 문제」통일사법정책연구 1 권 (2006) 124 면.

¹⁵ 오수근「남북한간의 국제사법적문제」국제사법연구 3 호(1998) 575 면, 임성권「남북한 사이의 국제사법적 문제」국제사법연구 4 호(1999) 190 면, 신영호「북한 주민에 대한 한국 민사법의 적용」저스티스 121 호(2010) 295 면. 한국과 북한 사이에 법의 저축을 인정하지만, 그 법의 적용 방식은 일치하지 않는다.

III. 한-일 국제적 조화의 실현을 위하여

일본의 국제사법으로서의 관심은, 간단히 말해, 앞서 언급한 서울 가정법원에서 다투어진 사례나 특례법이 적용되는 경우가 일본에서 문제가 된다면, 어떻게 이에 대응해야 하는지의 문제라고 할 수 있다.

1. 서울 가정법원 사건을 단서로

본국법주의를 채택하는 통칙법에서는, 당연히 탈북자의 본국법 결정이 문제가 된다. 이러한 경우에도, 이전부터 주장되고 있듯이, 앞서 I.에서 검토한 한국인의 본국법 결정의 각종 견해에, 그 해결을 맡겨둔다면 좋을 것이다.

문제의 소재를 더욱 명확화하기 위해, 앞서 언급한 서울 가정법원 2004 년 2 월 6 일 선고 2003 드단 58877 판결과 같은 사안을 일본 법원으로 가지고 오는 경우를 생각해 보자. 일본에서는 이혼 청구에 대해, 통칙법 27 조(한국 국제사법 22 조와 동일한 구조)에 따라 3 단계 연결로 준거법이 결정된다. 북한에 남은 남편의 본국법이 북한법으로 되는 것에 대해서는, 일본에서는 이견이 없을 것이다. 문제는, 탈북한 아내의 본국법이다. 가령, 북한법으로 한다면, 부부의 본국법이 모두 북한법이 되고, 그것이 이혼의 준거법이 된다. 그리고 북한의 가족법 20 조 및 21 조에 따라 처리되게 될 것이나, ‘결혼은 물론 이혼 문제도 결코 개인적인 문제로 처리되는 것이 아니라, 국가와 사회, 혁명의 이익과 결합한 사회 문제로 다루어진다’¹⁶고 이해되고 있는 이상, 탈북한 아내로부터의 이혼 청구가 인정되리라고는 전혀 생각되지 않는다. 반대로 그것이 한국법이라면, 이 부부에게는 동일한 본국법이 없고, 또한 이 사례에서는 동일한 상거지법도 없으므로, 가장 밀접한 관계에 있는 장소의 법이 준거법이 된다. 그리고, 다소 이견이 있을 수 있겠으나, 이 경우에는, 이혼을 요구하고 있는 처의 본국법이자 그 상거지법인 한국법이 준거법이 될 것이다. 이로 인해, 서울 가정법원과 동일한 결론, 즉 이혼을 인정하게 될 것이다. 즉, 일본과 한국의 판결의 국제적 조화가 실현될 것이다.

그럼에도 불구하고, 일본의 국제사법상에서 이 부부의 결혼의 가부는 통칙법 제 24 조에 따라 결정되게 된다. 실질적인 성립요건은 동조 제 1 항에 의해 각 당사자의 본국법에 따라야 하며, 이것은 양쪽 다 북한법이 될 것이다. 그 상황에서, 만약 처의 이혼 시의 본국법을 북한법으로 본다면, 처의 본국법은 일관되나 이혼 청구는 인정되지 않게 된다. 반면에, 처의 이혼 시의 본국법을 대한민국법으로 본다면, 앞서 언급한 것처럼 이혼을 인정할 수 있으나, 처의 본국법이 결혼 시와 이혼 시에 다르다는 결론을 인정해야만 한다. 본국법을 결정하는 연결점인 국적에 관해서는, 아무런 변동도 없음에도 불구하고, 본국법이 변하고 있다고 보는 것이다.

당사자의 시각에서 보면, 대한민국에서의 해결과 동일한 결론이 일본에서도 인정되는 것이 당사자의 이익에 부합하며, 법적 안정성 측면에서도 우수하다고 할 수 있다.

2. 「남북 주민 간의 가족관계 및 상속 등에 관한 특례법」의 적용

¹⁶ 大内憲昭『조선민주주의인민공화국의 법제도와 사회체제 - 조선민주주의인민공화국 기본법령집부록』(아카시 쇼텐, 2016 년) 200 쪽. 조문은 454 쪽에 게재되어 있다.

2012 년에 제정된 특례법은, 탈북자의 중혼 문제에 대해, 북한법의 적용을 전제로 하면서도 대한민국의 민법과 그 특별법의 적용을 인정하고, 해결을 모색하고 있다. 여기에서도 발생 빈도는 상당히 낮을 것으로 예상되나, 유사한 사건이 일본에서 문제가 되는 경우의 해결을 검토해 보자.

이전의 혼인이 그 본국법인 북한법에 의해 성립하는 것은, 일본의 국제사법 상에서도 문제가 없을 것이다(통칙법 제 24 조). 문제는, 이후의 혼인 성립 시 각 당사자의 본국법이다. 만약 탈북자의 본국법을 대한민국법으로 본다면, 후혼 당사자의 본국법은 둘 다 대한민국법이 되고, 중혼의 법적 효력도 대한민국법에 의해 판단되게 된다. 그리고 여기서는 대한민국 민법이 아니라 그 특례인 특례법이 적용되는 형태가 된다. 일본의 국제사법 상, 대한민국법의 적용이 정당화되고, 그 결론에서 한일간의 조화가 이루어진다.

반대로, 탈북자의 본국법이 재혼 시에도 북한법으로 유지된다면, 후혼 당사자의 본국법이 다르게 되고, 후혼의 효력은 ‘유효한 혼인에서 더 멀어지는 효과’가 된다. 중혼에 대해서는, 대한민국법에서는 취소혼(민법 제 810 조 및 제 818 조)로, 북한법에서는 무효혼(가족법 제 8 조 및 제 13 조)으로 규정되어 있기 때문에 이 결혼은 무효가 된다. 이것이 일본 국제사법의 결론이지만, 특례법에서는 이 경우 ‘중혼을 사유로 결혼의 취소를 청구할 수 없다’고 규정하고 있다. 탈북자의 본국법이 북한법으로 유지되면, 한일간에서는 전혀 일관성이 없어지게 된다.

특례법은, 제 6 조 제 3 항에서, 전혼의 당사자 양쪽에게 중혼이 성립한 경우 ‘전혼은 소멸한 것으로 본다’고 규정하고 있다. 이것 역시, 현재의 일본 국제사법에서는 도출할 수 없는 결론이다. 일본의 국제사법에서는, 전혼은 어디까지나 북한법을 기초로 성립했다고 생각하고 있기 때문이다. 대한민국의 국제사법도, 결혼의 성립은 각 당사자의 본국법에 따른다(제 63 조. 2022 년 개정 이전은 제 36 조)고 하고 있어, 본래라면 그 구조는 일본의 국제사법과 같아야 한다. 그러나 여기에서는 전혼 성립의 준거법이 무엇인지 묻지 않고, 특례법이 전혼의 법적 효력을 ‘소멸한 것으로 본다’고 직접 규정하고 있다. 이 법은 대한민국 저촉규정의 특칙이기도 하다.¹⁷

여기에서도, 탈북자의 현재 본국법을 대한민국법으로 하여 사안을 처리하는 것이, 일본과의 사이에서 판결의 조화를 실현하는 것이 됨을 알 수 있다.

3. 탈북자를 포함한 한국인의 본국법 결정

한국인의 본국법 결정 문제에 대해 현재 일본에서 채용되고 있는 관점은, 상기의 여러 의견 중에서 제 5 설인 다수설과 제 3 설인 타메이케설이기 때문에, 시간의 문제도 있고, 이 두 가지 의견에 한정하여 추가로 검토를 진행하겠다. 앞선 검토에 따른 중요 포인트는, 탈북자가 북한에 머물렀던 시점에는 그 본국법을 북한법으로 하되, 탈북 이후의 본국법에 대해서는 한국법으로 하는 해석에 일관되는 의견은 무엇인가라는 것이다.

일본의 다수설은, 한국인의 본국법 결정 문제를 이중 국적 유사 케이스로 본다. 국적이 여러 개 존재하는 것은 인정하되, 본국법은 하나라고 하는 것이, 다수설뿐만 아니라 일본의 국제 사법의 통설적인 이해이다. 그리고, 이중 국적자의 본국법 결정에서 결정된 본국법이, 시간의 경과에 따라 변경된다는 것은 여기에서 예상되지 않는다. 그렇다고 해서, 이론적으로 불가능한 것은

¹⁷ 혼인의 성립에 대해 배분적 적용을 채택하고 있기 때문에, 중혼의 효력에 대해서는 일본과 마찬가지로, 유효하다기보다는 더 멀리 떨어진 효과가 발생한다고 해석되고 있다 (이호정 『국제사법』 (경문사, 1991) 338 면, 서희원 『개정 신판 국제사법 강의』 (일조각, 2000) 261 면).

아니다. 통칙법 제 38 조 제 1 항은, 여러 국적국 중 어느 하나에 상거소가 있는지에 따라 본국법을 결정하려고 한다. 따라서, 상거소가 다른 국적의 국가로 옮겼을 경우 그 이동한 국가의 국적법을 본국법으로 볼 여지는 있다. 하지만, 본국법주의의 특성 중 하나는 연결의 고정성 및 안정성에 있다. 그렇다면, 연결점으로 기능하는 국적에 어떠한 변동도 없음에도 불구하고, 결혼 시의 본국법과 이혼 시의 본국법이 다르다고 인정하는 것은, 본국법주의에 어긋나는 것이 아닐까? 그렇다면, 이중 국적 유사 케이스로 보는 다수설에서, 결혼 성립시의 본국법을 북한법, 이혼 시의 본국법을 한국법으로 하는 해석은 채택하기 어려울 것으로 보인다. 그 결과, 다수설 입장에서는, 현재의 한국 판례나 특별법과의 사이에서 일관성을 갖추기가 어려울 것이다.

이에 대해 지역적 불통일법국 유사 케이스로 볼 수 있는 타메이케설 하에서는, 한국 국적과 북한 국적을 합한 ‘조선’이라는 국적을 단념하고, 그 국적으로 연결될 수 있는 법질서가 복수로 존재하고, 이를 전제로 일정한 기준에 따라 각 당사자의 본국법이 되는 법질서를 하나로 좁혀나가려고 한다. 타메이케설에 있어서도, 본국법으로 적용할 법질서를 결정하는 단계에서 시간적 요소를 고려하는 논의는 이루어지지 않고 있다. 그렇다고 해서, 동시에 존재하는 법질서가 각 지역의 국민에게도 적용될 가능성이 있다는 것은, 동일 인물의 본국법에 대해 시점을 달리하여 다른 지역법을, 즉 결혼 시에는 북한법을, 이혼 시에는 한국법을 본국법으로 지정하는 것을 배제하지 않는다는 것을 의미한다. 다시 말해, 이러한 관점 하에서는, 한국 국민에게 북한법이, 북한 국민에게 한국법이 각각 적용될 가능성은, 이론적으로는 부정되지 않는다.

예전부터 필자는 ‘최초의 대한민국 국민’의 범위에 관한 문제를 논의했을 때, ‘조선 국민’이라는 것을 단념하는 타메이케설이, 한국이나 북한에서 펼쳐지는 국적에 관한 논의에 대해 ‘더 조화롭다’고 평가한 적이 있다.¹⁸ 덧붙여 현재의 한국에서는, 남북 간의 관계를 ‘특별한 관계’로 규정하는 이해가 대다수를 차지하고 있지만, 이러한 관점들 역시 조선반도에 두 개의 법질서가 병존하고 있다는 것을 전제로 하고 있다. 이러한 새로운 한국 내의 동향을 고려한 위에서, 다시 한번 한일 국제사법 문제에 접근하는 것이 중요할 것이다. 그 한 예로, 일본에서의 한국인의 본국법 결정 문제를, 한일간 판결의 국제적 조화를 실현한다는 관점에서 재검토하고, 타메이케설의 재평가를 주장한 바이다.

맺음말로 대체하며

예부터 일본에서 한국인의 본국법 결정 문제를 염두에 둔 대상이었던 사람들은 전쟁 이전에 일본 본토로 건너와 전쟁 이후에도 계속 일본에서 생활하고 있던 한국인 및 그들의 후손들이었다. 거기에서는 그들의 생활 실상을 고려하면서, 본국법으로서 적용해야 할 법질서는 어떤 것이 적절한가를 고민하고 있었다. 그 반면에, 최근에는 유학이나 비즈니스 목적으로 새롭게 일본을 방문하고, 그 후 일본에 계속 거주하고 있는 이른바 ‘뉴커머’라고 불리는 한국인들도 상당수 존재하고 있다. 한국인의 본국법 결정 문제는, 당연히 이러한 뉴커머들도 대상에 포함시킨 이론이어야 할 것이다. 그러한 가운데, 북한법과 한국법 모두가 관여하게 되는 탈북자의 본국법 문제가 되는 사안이 나타나게 된 것이다.

¹⁸ 青木・前掲注(11) 839頁

한국 내에서 새로운 판례의 등장이나 특별법의 제정 등은 결국 한국 법질서 내의 문제이며, 그러한 새로운 움직임이 있더라도 일본 내의 법 해석이나 법제도에 영향을 미치는 것은 아니다. 결국, 각각의 법질서 내의 문제로서 검토되어야 할 것이다.

다른 한편으로, 인적 교류가 활발한 한일 양국 사이에서는, 법적 안정성과 조화라는 관점이 실제로는 중요하다. 적어도 당사자에게는 여기에 매우 큰 이익이 존재한다. 그러한 실제적인 문제의식 하에, 한국인의 본국법 결정 문제를 검토하려고 했다. 원래 국제사법은 세계의 모든 법질서를 대상으로 그 이론이 검토되고 있는 것이지만, 현실의 필요성에 부응한 이론, 견해 등도 제시되어야 할 것이며, 본 논문은, 그러한 관점에서 한-일 섭외적 관계에 특화하여 논의한 것이다.

제3회 한국국제사법학회-일본국제사법학회 공동학술대회
(일본의 준거법결정규칙의 법과 실무의 최근동향)
(2023. 9. 16. 동아대학교 법학전문대학원)

아오키(青木清) 교수님의 "일본에서 한국인의 본국법"에 관한 지정토론

성균관대학교 법학전문대학원
교수 장준혁

탈북자의 이혼청구를 중심으로 본국법과 이혼준거법 결정의 문제를 논구하신 아오키 선생님의 탁월한 발표에 깊이 감사드립니다. 지정토론을 맡아 어깨가 무겁습니다. 아오키 선생님은 한국 국제사법의 탁월한 전문가이시고, 한국 국제사법학계에도 항상 애정과 관심을 베풀어 주셨습니다. 한국국제사법학회가 약 30년 전(1994. 5. 28.)에 처음 개최한 국제학술대회에서 뵈고 인사드렸던 기억이 새롭습니다.

남북한 간 법률저촉은 일본에서는 제일 남한인, 북조선인(이하 “북한인”), 조선인의 본국법의 결정과, 그들의 본국법을 대신해야 할 속인법의 문제를 중심으로 깊이있게 논의되어 왔습니다. 이 문제가 논의된 주된 무대는 일본법원이었습니다. 식민지 조선인들이 일본에 이주한 데 기인합니다. 한국국제사법학회 창립의 계기가 된, 1992. 11. 29. 동경대 상산회관에서 열린 한일공동학술행사에서는 공동의 논의도 있었습니다.

남한의 통일법학계와 정부의 대북정책에서는 “남북한 관계의 특수성”을 강조하는 남북한 특수관계론이 일견 통설처럼 보입니다. 무엇이 특수한지가 문제입니다. 남북한이 항상 국제관계인 것도, 항상 준국제관계인 것도 아님에는 큰 이견이 없어 보입니다. 국제법과 국제사법을 준국제적 관계에도 유추적용하는 것도 당연합니다. 국제법에서 지역적 특별법은 드뭅니다. 국제사법이 국적을 연결점으로 할 때, 준국제사법도 분방적을 기준으로 할지, 아니면 상거소 등으로 대신할지의 문제가 제기되는 점은 모든 준국제사법에서 마찬가지입니다. 남는 것은 남북한 간의 준국제관계가 다른 분방들 간의 관계와 어떻게 다른지입니다. 규율대상이 특수한 만큼 사물적절한 특칙이 필요한 점은 당연하나, 장소적 저촉법의 틀 내에서 소화되어야 함도 당연합니다.¹⁾ 남북관계의 특수성은 북한체제의 폭압성, 감금국가성, 행정·사법공조에 대한 북한정부의 비대칭적 협력거절, 북한의 현실주의(Realpolitik)적 대남정책의 사법(私法)관계 지배, 남한정부의 상호주의적 접근 해태, 자국민 보호의무 해태, 대책 없는 자제 등으로 요약됩니다. 결국, 남북한 관계의 특수성은 북한체제의 특수성과 남한체제의 대응의 안이성으로 귀착됩니다. 장소적 저촉법이 할 일은 장소적 저촉법의 방법에 따라 이런 특수성을

1) 남한의 통일법학자들은 대북유화론이나 통일지향에 특유한, 정치지향적이고 포부선언적(aspirational)인 준국제사법적 접근이 마치 따로 있는 것처럼 여기고, 장소적 저촉법의 상계에서 벗어나려 합니다. 이에 대하여 석광현 교수님의 호된 비판이 있었습니다. 석광현, “남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율: 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로”, 국제사법연구 제21권 제2호(2015. 12.), 335-399면. 가족법학계에서는 ‘남한이 남북한 준국제사법 문제를 규율할 때에는 장소적 다법국 국민의 본국법의 결정에 관한 국제사법 제16조 제3항을 유추적용해야 한다’는 견해도 있습니다. 그러나 이 견해는 자신의 준국제사법 문제를 스스로 규율하기를 방기하는 태도로서 부당합니다. 상세한 비판은 윤진수 편, 주해 상속법 제2권(박영사, 2019), 국제상속법(장준혁), 1340-1345면.

사물적절하게 다루는 것입니다. 친족상속 분야에서 특히 중요한 특수성은 북한체제의 폭압성과 감금국가성입니다.

남북간의 개방은 정부간 교류와 정부주도의 교류에 치우쳐 있어, 준국제적 민사관계를 오히려 왜곡시키는 측면이 있는 것 같습니다. 새로운 사안유형이 늘고, 한국의 입법자와 법원은 까다로운 준국제사법 문제에 자주 직면하게 되었습니다. 친족상속 분야에서는 준국제사법 문제가 법원에서 심각하게 다루어지고 입법적 대응으로도 이어졌습니다.

첫째는 탈북자입니다. 한국의 입법자는 탈북자가 북한에 잔류한 배우자와 이혼하기 쉽도록 하는 준국제적 재판관할법, 송달법, 법률저촉법상의 특칙과 실제특별법을 마련했습니다(북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률(약칭 북한이탈주민법) 제19조의2). 탈북자가 북한법원과 북한법에 의존하도록 기대할 수 없다는 고려가 작용한 것입니다. 내국 거주 내국인의 이혼청구의 경우 내국의 국제재판관할(2022년에 현행 국제사법 제56조 제1항 제4호로 성문화)과 내국법 적용(현행 국제사법 제66조 단서)을 손쉽게 인정하는 국제사법규칙들이 배경에 깔려 있어, 남한법원과 남한법 선호를 채택하기 용이했습니다.

둘째는 소송대리인을 통한 북한주민의 상속권 행사 시도입니다. 북한의 감금국가적 성격 때문에 북한주민의 생사도, 정확한 의사도 알기 어렵습니다. 북한주민의 사권(私權)이 북한정부의 외화벌이 수단으로 이용되는 것 아닌가 라는 의심도 제기되고 있습니다. 재일 북조선인 또는 조선인 가족의 일부만이 북송선을 타고 북한으로 이주한 일이 있어, 일본에서도 이런 상속권 행사 시도가 있으리라고 생각합니다. 남한은 '남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특별법'(약칭 남북가족특별법) 제정으로 대응했습니다. 북한주민의 재산상속권 행사를 제한하는 법정 재산관리인 제도를 도입했습니다(제13조-제21조). 북한의 감금국가성으로 인하여 형해화된 혼인관계가 법률상 당연히 해소되는 경우를 명시하여(제6조 제3항), 형해화된 혼인관계를 기초로 배우자상속권이 주장되는 일도 방지합니다. 이렇게 하여, 북한정부의 약탈적 외화벌이 시도에 대응하고, 상속재산이 준조세나 상납으로 새어나가지 않도록 북한주민의 사권(私權)을 보호하고, 불확실한 청구를 재판해야 하는 부담을 줄이고자 했습니다.

발표자께서는 이 중 탈북자와 북한 잔류자 간 혼인해소에 초점을 맞추어 상세한 검토를 해 주셨습니다. 그리고 현행 일본 국제사법의 해석, 적용으로 남한과 일본 간에 같은 결론에 이를 수 있음을 밝혀 주셨습니다. 일본법원이 남북한을 '넓은 의미의 대한민국 내의 두 분방'으로 보는지, 두 개의 독립된 국가로 보는지가 별 차이를 가져오지 않고, 일본이 한국처럼 특별법을 제정하지 않은 점도 별 차이를 가져오지 않는다는 지적을 해 주신 것으로 이해됩니다.

물론 일본에서도 남북한 간 법률저촉을 준국제사법의 문제로 바라보는 견해가 유력한 것은 학술적으로 매우 뜻깊은 일입니다. 일본의 위 유력설이 대한민국 국제법상의 국적으로 남한적을 정한다면 금상첨화일 것입니다. 남한과 일본 간의 판단일치는 고도로 증진될 것입니다. 다만, 다수의 외국에서는 일본의 위 유력설과 같은 견해가 드문 것 같습니다. 남한정부는 외교적으로는 이 점을 감수할 준비가 되어 있습니다. 대한민국은 북한과 국제연합에 동시 가입하는 과정에서 북한 가입에 반대하지 않음으로써, 외국이 북한을 '넓은 의미의 대한민국'에서 독립된 국가로 다루는 데 대하여 외교적으로 문제제기하지 않는 입장으로 전환했습니다.

한편, 남한은 넓은 의미와 좁은 의미의 대한민국을 구별하면서 북한을 전자 속의 분방으로 보는 태도를 쉽게 버릴 수 없습니다. 식민지 조선인이 일본으로 이주한 후 일본이 한반도에 대한 통치권 행사를 포기하고 그 자리에 한반도 전체에 걸치는 '넓은 의미의 대한민국'을 세우는 과정이 진행되었고, 여기에서 북한이 이탈하여 국가(분방 또는 독립국가)로 성립했습니다. 이런 준국제적 분리독립은 동독에서처럼 평화롭게 이루어지지 않았습니다. 남한의 판례의 일관된 입장은 다음과 같습니다. 넓은 의미의 대한민국의 유일한 합법적 정부는 대한민국이다. 그 정부의 실효적 통치권 행사는 분야별로 넓은 의미 또는 좁은 의미의 대한민국에 미친다. 넓은 의미의 대한민국 내에 북한정부라는 반국가단체가 실효적으로 통치하는 분방이 있다. 그 분방은 일정한 사항에 관하여 일정한 한도에서만 실효적 통치권을 행사하고 있다. 그 한도에서 대한민국은 북한법과 그 적용결과를 승인하고 대한민국법에 의한 규율을 자제한다. 이것은 일견 복잡해 보이지만, 특수 법리가 전혀 없고, 단지 국제법이 정하는 국가의 성립요건과, 국제사법에서 말하는 법질서, 법역의 개념을 충실히 적용하여 현실을 포섭한 것입니다.

한국의 확고한 판례는 남한적을 대한민국 국적법상의 국적에 의하여 정합니다.²⁾ 즉, 남한의 법원, 기타 관청이 남한인을 남한인으로 다룰 때에는 그의 상거소나 기타 인적 최밀접관련을 뒷받침하는 접촉이 남북한 중 어느 쪽에 있는지를 전혀 묻지 않습니다. 문헌도 마찬가지입니다. 북한의 감금체제를 매개로 북한적을 정하는 외에는, 본국법이나 국적국법을 지정하는 국제사법규칙을 준국제사법 문제에 유추적용할 때에도 국적주의에 충실하는 것이 한국의 일관된 판례라고 할 수 있습니다. 구 서독과 달리 한국에서는 이런 준국제사법적 규율이 전혀 어색하지 않습니다. 구 동독과 판이하게, 북한체제는 감금국가적 성격이 뚜렷하고 일관되기 때문입니다.

남한이 취해야 할 보완조치를 우선 한 가지 생각해 보았습니다. 북한이탈주민법은 남한 국적을 상실한 적이 없이 북한에 억류되어 있다가 탈북한 남한인은 적용대상으로 규정하지 않습니다. 그러나 이런 탈북자도 준국제사법상 북한이탈주민법의 적용대상인 탈북자와 마찬가지로 다루어져야 합니다. 일본인 등 외국인의 이혼청구의 경우에도 준국제적 재판관할의 확대와 송달의 특칙은 마찬가지여야 합니다. 두 경우 모두 개정이 최선이고, 적어도 유추적용으로 흠결이 보충되어야 합니다.

사건으로는 일본도 북한이탈주민법 및 남북한가족상속법상의 특칙과 비슷한 입법을 고려해 볼 만합니다. 해석론으로 범주화된 특별취급을 할 여지도 있을 것입니다. 우선 공서조항의 소극적 기능을 적극 활용하면서, 나아가 국제사법적 공서가 개별사건별 교정에만 머무르지 않고 스스로 자신의 원리에 따라 규율의 대상과 내용을 정하도록 하면 더 좋을 것입니다(국제적 강행법규론의 유력한 근거설명인 적극적 공서론). 다만 이것은 일정한 사안유형의 특수성을 고려하여 예외의 역할을 정형화하고 늘리고 원칙을 후퇴시키는 것이므로, 입법적 해결이 낫다고 생각합니다.

이 점에 관하여 발표자의 생각은 어떠하신지 고견을 구하면서 토론을 마치고자 합니다.

2) 윤진수 편, 주해 상속법 제2권(박영사, 2019), 1346-1348면.

第3回 韓国国際私法学会-日本国際私法学会 共同学術大会

(日本の準拠法決定規則の法と実務の最近の動向)

(2023年9月16日、東亜大学法科大学院)

青木清教授による「日本における韓国人の本国法」に関する指定討論

成均館大学法科大学院

教授 張竣赫 (ジャン・ジュンヒョク)

脱北者の離婚請求を中心に、本国法と離婚準拠法の決定に関する問題を論じた青木先生の優れた発表に深く感謝いたします。指定討論を担当するという重責を感じています。青木先生は韓国の国際私法の優れた専門家であり、韓国の国際私法学界にも常に愛情と関心を持っていただいています。約30年前(1994年5月28日)に韓国国際私法学会が初めて開催した国際学術大会でお会いして挨拶を交わした記憶が新しいです。

南北韓間の法的な抵触は、日本では在日韓国人、北朝鮮人(以下「北朝人」)、朝鮮人の本国法の決定、及びそれらの本国法を代えるべき続柄法(属人法)の問題を中心に深く議論されてきました。この問題が主に議論された場は日本の裁判所でした。これは植民地時代の朝鮮人が日本に移住したことに起因します。韓国国際私法学会の創設のきっかけとなった、1992年11月29日に東京大学の山上会館で開催された日韓共同学術行事で共同で議論も行われました。

南韓の統一法学界や政府の対北政策では、「南北韓関係の特殊性」を強調する南北韓特殊関係論が、一見、通説のように見えます。何が「特殊」であるかが問題です。南北韓が、常に国際関係であるわけでも、常に準国際関係であるわけでもないという点については、大きな意見の相違は見られません。国際法と国際私法を準国際的關係にも類推適用するのは当然です。国際法において地域的特別法は稀です。国際私法が国籍を接続点とする場合、準国際私法も分邦籍を基準とするか、あるいは居住地などで代用するかの問題が提起されるのは、すべての準国際私法でも共通です。残る問題は、南北韓間の準国際関係が他の分邦間の関係とどのように異なるかです。規制対象が特殊であるために、事物適切な特例が必要であることは当然ですが、そ

れが地域的抵触法の枠内で処理されるべきも当然です。¹南北関係の特殊性は、北朝鮮の体制の抑圧性、監禁国家性、行政・司法協力に対する北朝鮮政府の非対称的な協力拒否、北朝鮮の現実主義（Realpolitik）的な対南政策の私法関係の支配、韓国政府の相互主義的アプローチの怠慢、自国民保護義務の怠慢、無策な自制などに要約されます。結局、南北韓関係の特殊性は、北朝鮮体制の特殊性と韓国体制の対応の安きに帰着されます。地域的抵触法がすべきことは、地域的抵触法の方法に従って、このような特殊性を事物適切に扱うことです。親族相続の分野で特に重要な特殊性は、北韓体制の抑圧性と監禁国家性です。

南北間の開放は、政府間の交流と政府主導の交流に偏っているため、準国際的な民事関係をむしろ歪める側面があるようです。新しい問題の種類が増え、韓国の立法者と裁判所は厄介な準国際私法の問題にしばしば直面しています。親族相続の分野では、準国際私法の問題が裁判所で深刻に取り扱われ、立法的な対応も行われました。

第一に、脱北者についてです。韓国の立法者は、脱北者が北朝鮮に残った配偶者と容易に離婚できるように、準国際的な裁判管轄法、送達法、抵触法に関する特則と実体特別法を設けました（「北朝鮮離脱住民の保護及び定住支援に関する法律（通称「北朝鮮離脱住民法」）第19条の2）。脱北者が北朝鮮の裁判所や法に依存することは期待できないという考慮が働いています。国内に居住する国民の離婚請求の場合、国内の国際裁判管轄（2022年の現行の国際私法第56条第1項第4項に明文）と国内法の適用（現行の国際私法第66条の但書き）を容易に認める国際私法規則が背景にあり、韓国の裁判所と韓国法を選択することが容易でした。

二つ目は、訴訟代理人を通じて北朝鮮住民が相続権を行使する試みです。北朝鮮の監禁国家的性質により、北朝鮮住民の生死や、正確な意志も分かりにくい状況です。北朝鮮住民の私権が北朝鮮政府の外貨獲得手段として利用されているのではないか、という疑念も提起されています。在日朝鮮人または朝鮮人の家族の一部が北朝鮮に移住した経緯があり、日本でもこのような相続権行使の試みがあるでしょうと考えられています。韓国は「南北住民間の家族関係と相

¹ 韓国の統一法学者たちは、対北融和論や統一志向に特有な、政治志向的かつ願望宣言的（aspirational）な準国際私法的アプローチが別個に存在するように考え、地域的な抵触法の枠から外れようとしません。これに対しては、石光現教授の厳しい批評がありました。石光現、「南北韓住民間の法的関係の正しい規制：広義の準国際私法規則と実質法の特例を中心に」、国際私法研究 第21巻 第2号（2015年12月）、335-399頁。家族法学界では、「韓国が南北韓の準国際私法問題を規制する際、場所的多法国の国民の本国法の決定に関する国際私法第16条第3項を類推適用すべきだ」という見解もあります。しかし、この見解は、自分の準国際私法問題を自ら規制することを避ける態度として不当であります。詳細な批判は、ユン・ジンス（編）、注解相続法 第2巻（朴永社, 2019）、国際相続法（ジャン・ジュンヒョク）、1340-1345頁

続等に関する特例法」(通称 南北家族特例法)を制定して対応しました。北朝鮮住民の財産相続権を制限する法定財産管理人制度を導入しました(第13条～第21条)。北朝鮮の監禁国家性によって形骸化された婚姻関係が法的に自動的に解消される場合を明示して(第6条第3項)、形骸化された婚姻関係を基にした配偶者相続権が主張されることも防ぎます。このようにして、北朝鮮政府の略奪的な外貨獲得の試みに対応し、相続財産が準課税や上納によって漏れ出さないように、北朝鮮住民の私権を保護し、不確かな請求を裁判しなければならない負担を軽減することを目指しています。

発表者は、この中で脱北者と北朝鮮に残留する住民間の婚姻解消に焦点を当て、詳細な検討をしてくれました。そして、現行の日本の国際私法の解釈と適用によって、韓国と日本の間に同じ結論に達することができると明らかにしてくれました。日本の裁判所が南北朝鮮を「広義の大韓国内の二つの分邦」と見るか、二つの独立した国家と見るかが大きな違いをもたらさない、そして日本が韓国のように特別法を制定していない点も大きな違いをもたらさないとの指摘があったと理解されます。

もちろん、日本でも南北韓間の法的な抵触を準国際私法の問題として考える見解が有力であることは、学術的に非常に意味深いことです。もし日本のこの有力な説が韓国の国籍法上の国籍として韓国籍を定めるならば、それは更に良い状況(錦上添花)となります。韓国と日本との間の判断の一致は、高度に促進されるでしょう。ただし、多くの外国では、日本のこの有力な説と同様の見解は少ないようです。韓国政府は、外交的にはこの点を受け入れる準備ができています。韓国は、北韓と国際連合に同時加盟する過程で、北韓の加盟に反対しないことで、外国が北韓を「広義の大韓民国」から独立した国家として扱うことに外交的に問題を提起しない立場に転換しました。

一方で、南韓は広義と狭義の大韓民国を区別し、北韓を前者に属する「分邦」として捉える姿勢を簡単に捨てることはできません。植民地時代の朝鮮人が日本に移住した後、日本が朝鮮半島に対する支配権を放棄し、その場に朝鮮半島全体を包括する「広義の大韓民国」を建国する過程が進行したこと、そして、ここから北韓が離脱して国家(分邦または独立国家)として成立したことがあります。このような準国際的な分離・独立は、東ドイツのように平和的に行われたわけではありません。韓国の判例の一貫した立場は次のようです。広義の大韓民国の唯一の合法的な政府は大韓民国である。その政府の実効的な支配権の行使は、分野ごとに広義または狭義の大韓民国に及びます。広義の大韓民国内には、北朝鮮政府という反国家組織が実効的に支配している分邦が存在している。その分邦は、特定の事項に関して、特定の範囲内でのみ実効的な支配権を行使している。その範囲内で大韓民国は、北朝鮮法とその適用結果を承認

し、大韓民国法による規制を自粛する。これは、一見、複雑に見えますが、特殊な法理は全くなく、単に国際法が定める国家の成立条件と、国際私法で言う法秩序、法域の概念を忠実に適用し、現実を包括したものです。

韓国の確固たる判例は、韓国籍を大韓民国の国籍法に基づいて国籍により定めます。²すなわち、韓国の裁判所やその他の機関が韓国人を韓国人として扱う際には、その人の居住地やその他の最密接関係を裏付ける接触が南韓・北韓のどちらにあるか全く問わないのです。文献も同様です。北朝鮮の監禁制度を媒介として北韓籍を定義する以外は、本国法や国籍国法を指定する国際私法規則を準国際私法問題に類推適用する際も、国籍主義に忠実であるというのが韓国の一貫した判例です。旧西ドイツとは異なり、韓国ではこのような準国際私法的な規律が全く違和感なく適用されます。その理由は、旧東ドイツと異なり、北朝鮮の体制が明確かつ一貫して監禁国家的性格を持っているからです。

韓国が取るべき補完措置として、最初に一つ考えてみました。北韓離脱住民法は、韓国の国籍を失ったことがなく、北韓に拘束されてから脱北した南韓人を対象としていません。しかし、このような脱北者も準国際私法上、北韓離脱住民法の適用対象である脱北者と同様に扱われるべきです。日本人などの外国人の離婚請求の場合も、準国際的な裁判管轄の拡大と送達の特例も同様であるべきです。どちらのケースも改正が最善であり、少なくとも類推適用で欠陥が補完されるべきです。

個人的には、日本も北韓離脱住民法や南北韓家族相続法に関する特例と似た法制度を検討する価値があると思います。解釈論によって特別な扱いをカテゴライズする余地もあるでしょう。最初に、公序条項の受動的機能を積極的に活用し、さらに国際私法の公序が個々の事件ごとの修正にとどまらず、自らその原則に従い規律の対象と内容を定めるようにすればよいと思います（積極的公序論、これは国際的強行法規論の有力な根拠です）。ただし、これは特定の事案タイプの特特殊性を考慮して例外の役割を定型化し拡大して、原則を後退させるものであるため、法的解決が良いと思われます。

この点について、発表者の考えはどうかとお聞きして、議論を終わらせたいと思います。

² ユン・ジンス(編)、注解相続法第2巻(朴英社、2019)、1346-1348頁。

第2主題

日本の国際私法における実親子関係成立のルールについて
—— 最高裁令和 2 年（2020 年）7 月 7 日判決をめぐって ——

早川眞一郎

（専修大学教授）

（東京大学名誉教授・東北大学名誉教授）

I はじめに

この報告では、実親子関係の成立に関する日本の国際私法について概観するとともに、最近、最高裁が非嫡出母子関係の成立に関して下した判決を紹介して、その裁判で争点とされた事柄 —— 実親子関係の成立についての準拠法の定め方をめぐる問題とともに、国際私法立法の改正に伴って生じる時際法（経過措置）の解釈適用問題 —— について考えてみたいと思います。

II 実親子関係の成立に関する日本の国際私法ルール

1 現在のルール

まず、現在の日本国際私法において、実親子関係成立の準拠法がどのように指定されるかを簡単に見ておきます。

法の適用に関する通則法（2006 年制定、2007 年 1 月 1 日施行。以下「通則法」）28 条～30 条に、実親子関係の成立の準拠法指定のルールが定められています。この 3 箇条は、別紙の 1-(3)に掲げてあります。

これらの条文からもわかるように、日本の国際私法においては、嫡出子（28 条）と非嫡出子（29 条）とを分けてその親子関係成立の準拠法を定めています。この 28 条と 29 条の適用関係については、それぞれ同内容の規定を有していた法例（通則法の前身）17 条と 18 条の適用関係について、最高裁判決（最高裁平成 12 年（2000 年）1 月 27 日判決民集 54 巻 1 号 1 頁）の示した判断が現在でも妥当すると考えられています。最高裁は、実親子関係の成立が問題となる場合には、まず、法例 17 条を適用して嫡出親子関係が成立するかどうか

を見たうえで、その成立が否定された場合には、つぎに法例 18 条を適用して非嫡出親子関係が成立するかどうかを見る、という判断を示しました。したがって、通則法のもとでも、まず 28 条の指定する準拠法によって嫡出親子関係の成否を判断し、それが否定された場合には、29 条の指定する準拠法によって非嫡出親子関係の成否を判断するということになります。

通則法 28 条、29 条の内容については、一般的な説明は今日の参加者の皆さまには不要かと思いますが、ごく簡単に確認しておきます。28 条は、ある女性 A がその夫 B との婚姻中に懐胎（出産）した子 C について、A の本国法と B の本国法的一方（または双方）によって C が A・B の嫡出子であるとされる場合には、A・B と C との間に嫡出親子関係が成立するとします。このようないわゆる選択的連結がとられているのは、嫡出親子関係が認められるのが一般的に言って子の福祉にかなうからという理由だとされています。嫡出親子関係が認められない場合には、ある女性 A が出産した子 C の親子関係の成立について、母子関係は子の出生時の母（母とされる人）の本国法によって、父子関係は子の出生時の父（とされる人）の本国法によって、それぞれ決せられるとするのが、通則法 29 条 1 項前段（第 1 文）です。ここには、それぞれの実質法が、認知主義（認知等の一定の行為によって親子関係を成立させる方法）をとる場合も、またいわゆる事実主義（認知等の行為を必要とせずたとえば血縁があるという事実に基づいて親子関係を認める方法）をとる場合も含まれると解されています。同条 2 項は、認知による場合には、1 項の指定する準拠法のほか、認知時の認知者又は子の本国法によって親子関係を成立させることができる旨を定めています。また、認知による場合には、1 項の場合も 2 項の場合も、認知時の子の本国法が「その子又は第三者の承諾又は同意」を認知の要件としているときは、その要件も備えなければ親子関係の成立は認められないとしています（いわゆるセーフガード条項）。準正の準拠法を定める 30 条については、説明を省略させていただきます。

2 これまでのルールの変遷

ここでは、以上のような通則法 28 条～30 条のルールが、これまでどのように変遷してきたかについて、説明します。この点が、後で紹介する最高裁平成 2 年 7 月 7 日判決で論じられた問題の前提となります。

（1）日本の国際私法立法における 2 回の大改正

まず、ご承知の方も多いかと思いますが、念のため、日本の国際私法ルール全体について、立法・改正等の経緯を簡単にまとめておきます。

1898 年に、国際私法ルールを包括的に規定する「法例」というタイトルの法律が制定され、同年 7 月 16 日に施行されました。そして、2006 年に、この法例を全部改正する形で「法の適用に関する通則法」が制定され、2007 年 1 月 1 日に施行されました。法例は、約 110 年間にわたって効力をもっていたわけですが、その間、何回か改正されています。それら

の改正のなかで、とくに重要な大改正が、1989 年の改正です。この改正は、改正時の和暦を用いて「平成元年改正」と呼ばれ、改正された法例（これを「平成元年改正後法例」または単に「改正法例」と呼ぶことが多い。）は 1990 年 1 月 1 日に施行されました。したがって、1898 年から現在までの日本の国際私法立法は、おおまかに言って、3 つの期間に分けることができます。すなわち、第 1 期（施行期間 1898 年 7 月 16 日から 1989 年 12 月 31 日まで）の「改正前法例」、第 2 期（施行期間 1990 年 1 月 1 日から 2006 年 12 月 31 日まで）の「改正法例」、そして、第 3 期（施行期間 2007 年 1 月 1 日から現在まで）の「通則法」の 3 つの期間です。

以上のような 2 回の大改正のうち、1 回目（平成元年改正）は、主として、家族法分野の準拠法選択ルールを変更したものです。これは、それまでの法例では、家族法分野の準拠法連結点の指定に関して、夫・父などの男性を優先させていたため、これを排して、男女平等の観点から準拠法指定の方法を抜本的に改正したものです。2 回目の大改正（法例から通則法への全部改正）では、この家族法分野については、改正法例のルールの内容を基本的にそのまま受け継ぎ（文言を現代語化したので表現は変わりましたが）、契約や不法行為など主として財産法分野の国際私法ルールに大きな変更を加えました。このように、1989 年の改正では家族法分野、2006 年の改正では財産法分野について、それぞれ大きな改正が加えられたわけです。

（2）実親子関係成立のルールの変遷（改正経緯）

現在の通則法 28 条～30 条の定める、実親子関係成立に関する抵触法ルールは、他の家族法分野のルールの多くと同様に、法例の平成元年改正で大きな修正を受けて、その改正内容がそのまま通則法に受け継がれたものです。

平成元年改正前法例は、この点について、別紙の 1-(1)に掲げる規定を有していました。これに対して、改正法例は、これらの規定を修正して、別紙の 1-(2)に掲げる規定を設けました。なお、通則法 28 条、29 条及び 30 条は、この改正法例 17 条、18 条、19 条と内容的には同一です（現代語化しただけです）。

このように、親子関係成立に関する抵触法規則は、平成元年改正を境にして、2 つのルール群に分かれます。

第 1 期（改正前法例）においては、まず、嫡出親子関係の成立の準拠法を母の夫の本国法としていました。また、非嫡出親子関係の成立については、認知による場合のみを規定していました（事実主義による非嫡出親子関係の成立については規定がありませんでした）。そして、認知の要件の準拠法は、認知者（父または母）については認知者の本国法、子については子の本国法によるという配分的適用を定めていました。認知の効力については、認知者（父または母）の本国法によると規定していました。

第 2 期（改正法例）及び第 3 期（通則法）においては、まず、嫡出親子関係の成立については、母の本国法と父（母の夫）の本国法の選択的適用（どちらかで親子関係の成立が認められれば成立する）を規定しています。また、非嫡出親子関係の成立については、第 1

に、認知主義・事実主義の双方を対象にして、父子関係については子の出生時の父の本国法により、母子関係については子の出生時の母の本国法によるとしています。第 2 に、それに加えて、認知による非嫡出親子関係の成立については、認知時の認知者の本国法と子の本国法の選択的適用（どちらかで親子関係の成立が認められれば成立する）を規定しています。なお、認知による場合であって、認知者の本国法が成立の準拠法にされる場合には、子の本国法が子又は第三者の同意・承諾を要件とするときにはその要件の具備も必要とされています（いわゆるセーフガード条項）。

親子関係成立に関する以上のような平成元年改正による準拠法ルールの変更は、両性の平等を図るとともに、親子関係の成立をより容易に認める方向での改正でした。すなわち、嫡出親子関係については、改正前法例（17 条）は「母ノ夫」の本国法のみを準拠法としていましたが、男女平等の観点から母（妻）と夫を同等に扱うこととし、母（妻）と夫のいずれかの本国法で認められれば嫡出親子関係が認められる（そのことによって、改正前よりも嫡出親子関係が認められやすくなる）ことに変更されました。また、非嫡出親子関係については、改正前法例（18 条）が、認知主義の場合のみをとりあげて、親（認知者である父または母）の本国法と子の本国法の双方がそれぞれの要件を満たす場合に限り非嫡出親子関係が認められるとしていたのに対して、改正後は、事実主義の場合も含めて親（父または母）の本国法が認めれば非嫡出親子関係が認められることにしました。子の本国法の適用をはずすことで、非嫡出親子関係の成立が認められやすくなったわけです（ただし、子の福祉のためのセーフガード条項が入れられましたので、部分的には子の本国法の適用も残されたことになります）。

（3）経過規定（時効法）

一般に、法改正あるいは新法の制定がなされた場合には、その改正法・新法の時期的な適用関係についても規定が置かれます。改正法・新法の施行日を示すとともに、改正法・新法が施行日より前の事項にも遡及適用されるか否かを定める経過規定を定めておかないと、適用に混乱が生じるからです。

（ア）国際私法ルール全般の経過規定

日本国際私法ルールの上記 2 回の大改正（法例から通則法への移行も、ここでは叙述の便宜のため「改正」と呼ぶことにします。）に際しても、改正法の附則において、それぞれの施行日に関する規定とともに、経過規定が置かれました（別紙の 2 にそれぞれの規定を掲げます）。

1 回目の大改正（平成元年改正）においては、改正法例の附則 2 項が、「この法律の施行前に生じた事項については、なお従前の例による。〔以下省略〕」としており、いわゆる旧法主義（新法の施行前に生じた事項には、新法を適用せず旧法を適用する方法）をとっています。

他方、2 回目の大改正（通則法への改正）においては、通則法の附則 2 条で、「改正後の

法の適用に関する通則法……の規定は、次条の規定による場合を除き、この法律の施行の日……前に生じた事項にも適用する。」として新法主義（新法の施行前に生じた事項にも、新法を遡及して適用する方法）の原則をとることを示したうえで、附則 3 条において旧法主義をとる条文を 1 項から 7 項までに列挙しています。3 条に列挙されている条文はいずれも通則法が改正法例とは実質的に異なるルールを導入した条文です。すなわち、通則法の経過措置は、改正法例から実質的な変更のないルールについては通則法を遡及適用し、実質的な変更のなされたルールについては通則法を遡及適用しないというものでした。

（イ）実親子関係成立の国際私法ルールについての経過規定

実親子関係成立の準拠法に関するルールは、1 回目の大改正（平成元年改正）で大幅に変更され、2 回目の大改正（通則法への移行）では実質的な変更がなされませんでした。そこで、上記の経過措置を文字通り適用すると、次のようになるはずですが、

第 1 に、1 回目の大改正から 2 回目の大改正まで（上記の第 2 期）の時点において法的判断がなされるときは、旧法主義が適用されるので、第 1 期に生じた事項については、改正前法例 17 条・18 条が適用されます。平成元年改正の経過規定では、旧法主義がとられているからです。

第 2 に、2 回目の大改正以降（上記第 3 期）の時点において法的判断がなされるときは、その改正より前（すなわち第 1 期及び第 2 期）に生じた事項についても、通則法 28 条～30 条が遡及して適用されます。なぜなら、通則法の経過規定では、附則 3 条にリストアップされた条文（通則法への移行によって実質的な変更を受けた条文）以外については、新法主義がとられており、通則法 28 条～30 条は改正法例の条文から実質的な変更はなく、附則 3 条にリストアップされていないからです。

ところが、この第 2 の点をめぐって、平成 2 年（2020 年）に出された最高裁の判決を 1 つのきっかけとして、日本の学説上議論が生じ、まだ決着を見ていません。この点について、項をあらためて説明します。

III 最高裁令和 2 年 7 月 7 日判決をめぐって

1 事案と判旨

ここで取りあげる最高裁令和 2 年（2020 年）7 月 7 日判決（民集 74 卷 4 号 1152 頁）は、原告 X が検察官を被告として、X の親をめぐる法的親子関係の存否に関して、亡 A 女との親子関係存在、亡 B 男との親子関係存在、亡 C 女との親子関係不存在、及び亡 D 女との親子関係不存在の確認を求めた事件の上告審判決です。本判決は、原審の判断のうち、A との親子関係存在確認請求を却下した部分について、これを破棄して差戻しました。

本判決は、平成元年改正法例の施行前に生じた事項についても、通則法を適用した結果が、当時の（平成元年改正前法例の下での）抵触法ルールを適用した結果と同一である場合に

は、通則法を遡及適用すると判示したうえで、分娩による非嫡出母子関係の成立の問題は、このような場合に該当するとして、通則法 29 条 1 項を適用し子の出生当時の母の本国法によるべきであるとしたのです。

事案と判旨は次の通りです。

（１）事案

原告 X は、1958 年に日本で出生し、韓国において、B 男（韓国籍）とその妻 C（当時）との間の子として出生の届出がされました。X は、出生によって韓国籍を取得していたが、2002 年に帰化により日本国籍を取得し、その際に編成された日本の戸籍では、父の欄が空欄とされ、母の欄には B の遠縁にあたる D の氏名が記載されました。他方、A 女は、1933 年に生まれ 2010 年に死亡した日本人です。A と B は、遅くとも 1953 年頃から内縁関係に入り、1964 年に婚姻しました。

一審判決（東京家立川支判平成 28・8・18）は「X（非嫡出子）と亡 A との間の母子関係の存否の確認を求めるものであるから、通則法 29 条 1 項（33 条ではない）に従うこととなり、X の出生時の亡 A の本国法は日本法であるから、日本法が準拠法となる。」とし、日本法上、親子関係存否確認訴訟につき出訴期間制限はないとしたうえで、A が X を分娩した事実が認められるとして、X の請求を認容しました。

これに対し、原審判決（東京高判平成 30・10・18）は、次のような理由を述べて、A との親子関係存在確認を求める訴えを不適法なものとして却下しました。通則法附則 2 条は、経過措置として「いわゆる新法主義を採用するが、同附則による経過措置は、新法である通則法と旧法である法例（平成元年法律第 27 号による改正後のもの…、以下『平成元年改正法例』という。）との関係を規律するものであり、平成元年改正法例附則 2 条は…、原則としていわゆる旧法主義を採用していたから、X が出生した昭和 33 年…を連結点の形成時期とする X の親子関係に関する準拠法は、通則法ではなく、平成元年法律第 27 号による改正前の法例（以下『旧法例』という。）によって決定される。そして、旧法例（改正前法例）の解釈としては、X と A との親子関係の成立については「認知に関する旧法例 18 条 1 項の規定を準用ないし類推適用して準拠法を決定する」のが相当であり、そうすると、親（母）A の本国法である日本法と子 X の出生時の本国法である韓国法がともに適用されるところ、X のこの訴えは、韓国法所定の出訴期間を経過した後の訴えとして不適法である、としました。X から上告。

（２）判旨

最高裁は、次のように述べて、X と亡 A との間の親子関係の存在確認請求に関する部分につき破棄差戻をするという結論をとりました。

「準拠法の決定及び適用について定める通則法は、新法例を全部改正したものであるところ、通則法附則 2 条は、同附則 3 条の規定による場合を除き、通則法の規定を通則法の

施行日…前に生じた事項にも適用する旨を規定する。その趣旨は、新法例の規定及び平成元年改正法の施行日（平成 2 年 1 月 1 日）前に生じた事項についてなお従前の例による旨を規定する平成元年改正法附則 2 項本文により適用していた旧法例の規定のうち、通則法によって内容が実質的に変更されていないものについては、これらの規定に代えて通則法の規定を適用してもその結果に変わりがないことから、通則法の規定の遡及適用を認めることとしたものと解される。このような趣旨からすれば、旧法例に明文の規定が欠けていても他の規定の解釈等によってある規範が導かれ、これに代えて通則法の規定を適用してもその結果に変わりがない場合には、その規範は通則法によって内容が実質的に変更されていないものと評価することができるから、通則法の規定を遡及適用することとして差し支えないというべきである。」

「嫡出でない子の親子関係の成立について、旧法例は 18 条 1 項で認知による場合の準拠法を規定し、出生による場合の明文の規定を欠いており、平成元年改正法の施行前における嫡出でない子の母との間の分娩による親子関係の成立については、準拠法の決定が旧法例の解釈に委ねられていたところ、上記親子関係の成立については、分娩による直接的な結び付きがあること、親子関係の存否が確定しなければ子の本国法が定まらない場合があること等を踏まえ、旧法例 22 条の法意に鑑み、子の出生の当時における母の本国法によって定めるのが相当であったと解される。上記親子関係の成立については、通則法附則 3 条によって通則法の規定の適用が除外される場合に当たらないところ、通則法 29 条 1 項は、上記親子関係の成立についての準拠法は子の出生の当時における母の本国法であると規定するから、上記の旧法例の解釈によって導かれる規範に代えて同項を適用してもその結果に変わりがなく、同項が遡及適用されるというべきである。」

「以上によれば、平成元年改正法の施行前における嫡出でない子の母との間の分娩による親子関係の成立については、通則法 29 条 1 項を適用し、子の出生の当時における母の本国法によって定めるのが相当である。そうすると、X と A との間の嫡出でない子の分娩による親子関係の成立について A の本国法である日本法のほかに韓国法を適用し、韓国民法 865 条 2 項所定の出訴期間の徒過を理由に上記親子関係存在確認請求に係る訴えを不適法とすることはできない。」

2 通則法の経過規定の解釈をめぐって

（1）通則法附則 2 条・3 条の文理

通則法の定める個々の抵触法ルールは、それが平成元年改正前法例及び平成元年改正後法例のそれぞれのルールと実質的に同一の内容であるか否かに応じて、大きく 3 つのグループに分けることができます。各グループに該当する通則法の条文を例示する形でこれらを図示すると、別紙の 3 の表のようになります。

第 1 のグループ（表の (i) 群）は、平成元年改正前法例・改正法例・通則法の三者を通して実質的に同一のルールであるもの。

第2のグループ（表の(ii)群）は、平成元年改正の前後を通じて同一のルールであったが、通則法制定時に実質的に改正（ないし新設）されたもの。

第3のグループ（表の(iii)群）は、平成元年改正によって改正（ないし新設）されたルールであって、改正法例と通則法とで実質的に同一のルールであるもの。

表中の「A」、「B」は、抵触法ルールの実質的内容を示すもので、文言が変更されていても（たとえば現代語化されて）、ルールの実質が変更されていなければ同じ文字で表すこととし、ルールがかつては存在しなかったがどこかの段階で新設された場合にもA（ルール不存在）からBへの変更と表記しています。

上述のように、通則法の附則3条は、(ii)群に該当する通則法の規定は、通則法施行前に生じた事項については適用しない（「従前の例による」）ことを定め、2条で、それ以外の場合には、通則法施行前に生じた事項についても適用することを定めています。そこで、この附則2条・3条をその文理にしたがって解釈すれば、(i)群及び(iii)群に該当する通則法の規定は、通則法施行前に生じた事項について遡及適用されることになりそうです。しかし、この点について、従来はこれとは異なる見解が学説上は有力であり、また下級審裁判例の立場も分かれていました。

（2）従来の学説・判例の状況

本件最高裁判決が下されるまでの時期において学説上有力だった見解（以下「A説」という）は、通則法附則2条・3条の定める経過措置は、通則法と改正法例との適用関係のみを定めたものであり、通則法と平成元年改正前法例との適用関係には一切及ばないとする見解です。この見解は、第1期に生じた事項については、(i)群・(ii)群・(iii)群のすべての事項につき、通則法は適用されず、改正法例附則2項に基づき、平成元年改正前法例が適用されるとします。

これに対して、第2の見解（以下、「B説」という）は、通則法附則2条・3条の定める経過措置は、（平成元年改正の前後を問わずに）法例との適用関係を定めたものであり、第2期のみならず、第1期についても適用されるとするものです。この見解によれば、第1期に生じた事項のうち、通則法附則3条に列举された事項——すなわち上記(ii)群の事項——については、「従前の例による」ため、平成元年改正後法例附則2項に基づき平成元年改正前法例の規定が適用され、それ以外の事項——すなわち、上記(i)群及び(iii)群の事項——については通則法が遡及適用されることになります。

（3）本件最高裁判決の見解

本件判決の事案は、第1期に出生した子(X)のAとの非嫡出母子関係成立が問題となっているため、上記(iii)群に属する通則法の規定(29条)が、第1期に生じた事項にも遡及適用されるかが争点となっています。この点について、第1審判決はB説の立場をとって遡及適用をしましたが、原審(第2審)判決は、これを覆し、A説の立場にたって、遡及適用を否定し、平成元年改正前法例のルールを適用すべきであるとしました。しかし、

最高裁は、この点について原判決を破棄し、第1期に生じた事項についても通則法が遡及適用される場合があるとしたうえで、本件事案はその場合に該当し、通則法が適用されると判示しました。最高裁のこの立場は、A説ともB説とも異なる第3の見解（C説）です。

まず、本件最高裁判決は、A説と異なり、通則法附則2条・3条の定める経過措置は、通則法と改正前法例との適用関係にも及ぶという前提に立ちます。他方、本判決は、B説と異なり、通則法附則2条・3条をいわば形式的に適用するわけではありません。B説は、第1期と第2期を区別せずに、通則法施行前に生じた事項について、通則法附則3条に列举された条文に該当する場合には、法例が適用され（より具体的には、第1期に生じた事項については改正前法例が、第2期に生じた事項については改正法例が、それぞれ適用される）、それ以外の場合には、通則法附則2条により通則法が適用されるとする考え方ですが、これに対して、本判決は、法例の下でのルールを通則法の下でのルールと比較し、実質的な変更がない場合には、通則法を遡及適用するという考え方であって、B説と異なり、通則法附則3条に列举された場合か否かによって形式的に判断するわけではありません。

（4）小括

通則法の経過規定の解釈について、私自身は、一昨年に2つの論稿¹を公表して、検討を試みました。その詳細は、時間の関係で省略せざるを得ませんが、現在の結論を述べれば、上記A説は規定の文理解釈から離れすぎていて相当ではなく、また最高裁の考え方もA説ほどではないまでもやはり規定の文理解釈から導くのは困難であって相当ではないと考えています。結局、文理に忠実なB説をとることを原則としつつ、B説を素朴に適用した場合に生じる問題点を、時際法をめぐる理論によって解決するのが相当であると考えています。

3 平成元年改正前法例下での、認知によらない非嫡出親子関係の成立について

以下では、通則法の経過規定に関する最高裁判決の見解を前提として、平成元年改正前法例のもとにおける、認知によらない非嫡出親子関係の成立の準拠法についてどのように解釈すべきかを検討したいと思います。

（1）改正前法例のもとでの規定及び判例

本判決は、改正前法例下における非嫡出子と母との間の分娩による親子関係の成立について、子の出生時における母の本国法を準拠法とすべきであるとししました。すなわち、改正前法例は、非嫡出子の親子関係の成立に関して、18条1項に認知による場合の準拠法を

¹ 早川眞一郎「判批（最判令和2年7月7日民集74巻4号1152頁）」戸籍時報808号37頁（2021年3月）、早川眞一郎「『法律不遡及の原則』の一考察——通則法附則2条・3条再考」中田裕康古稀記念論文集『民法学の承継と展開』47頁（有斐閣、2021年）。

規定しているが、出生（分娩）による場合については規定を欠いているとしたうえで、改正前法例の解釈としてこのような結論を導きました（そのうえで、この結論が通則法 29 条 1 項の適用結果と同じであるため、通則法 29 条 1 項を遡及適用したのです）。

この問題について、改正前法例の時代の学説・裁判例は分かれています。すなわち、学説上の多数説は、事実主義による場合も含めた非嫡出親子関係の成立一般について、旧法例 18 条により、原因たるべき事実の発生当時における各当事者の本国法による（親の本国法と子の本国法の双方が親子関係の成立を認める場合に限り親子関係が成立する）という見解をとっていたが、他方、旧法例 18 条の適用を認知による場合に限定し、事実主義による非嫡出親子関係の成立は、もっぱら親の本国法のみによるべきであるとする有力説も唱えられていました。下級審裁判例には、多数説の立場をとるものも有力説の立場をとるものもあり、最高裁の判例はありませんでした。

改正法例の時代になってから、最高裁平成 12 年（2000 年）1 月 27 日判決民集 54 卷 1 号 1 頁が、この問題に関連して一定の判断を示しました。最高裁はこの判決において、改正前法例下における認知によらない非嫡出親子関係（具体的な事案としては、夫が認知した非嫡出子と夫の配偶者との間の嫡母庶子親子関係）の成立に関し、①改正前法例には事実主義による非嫡出親子関係の成立についての規定が欠けていること、及び、②事実主義のうち「血縁関係がない者の間の出生以外の事由による親子関係の成立」については、改正前法例 18 条 1 項、22 条の法意に鑑み、親子関係を成立させる原因となるべき事実が完成した当時の親の本国法及び子の本国法の双方が親子関係の成立を肯定する場合にのみ、親子関係の成立を認めるべきであること、を示しました。

（2）本判決の示した判断とその評価

本判決は、この平成 12 年最高裁判決の判示①と同様の判断を示したうえで、判示②の射程に入らない本件事案（本件では血縁のある者の間の出生による親子関係の成立が問題とされている）については、親子関係の成立について親の本国法のみを準拠法とすべきであるとしたのです。

本判決のこのような判断をどう評価すべきかは、微妙なところですが、私としては、賛成してよいように思います。たしかに、本判決の判断は、旧法例下の学説上の多数説の結論とは異なるが、事実主義による非嫡出親子関係のうち、少なくとも出生（分娩）の事実による親子関係の成立については、親の本国法のみによるべきであるとする上記有力説の論拠にもそれなりの説得力があります。すなわち、認知による親子関係の成立については積極的に子の本国法を考慮に入れるべき理由があるのに対し、出生の事実のみにより発生する非嫡出親子関係の場合は子の属人法を考慮する特別の理由は存しないと考えられ、また、この場合に子の本国法を考慮することは子の国籍の決定との関係で循環論に陥ることがあるからです。さらに、平成元年改正においてこの点の準拠法選択ルールが変更されて、非嫡出親子関係の成立は事実主義の場合も含めて基本的に親の本国法のみによることとされ（改正法例 18 条 1 項）、それが現在の通則法にも引き継がれていること（通則法 29 条 1 項）

も、それと同様の結論をとる本判決の判断を肯定的にとらえるひとつの考慮要素となるものと思われます。もっとも、この点に関しては、改正前法例を解釈適用するにあたって、改正前法例施行当時であればなされていたであろう解釈を尊重すべきか、それとも現時点までの判例学説立法等の発展を考慮に入れて解釈すべきか・解釈してよいかという難しい問題があります。ある法律を現時点で解釈し適用する場合には、たとえその法律が古いものであり、適用される事案自体がその古い時代に生じたものであったとしても、明文の規定に反しない限り、また特段の事情のない限り、現時点での知見や価値判断をひとつの根拠にして解釈適用することができる应考虑すべきでしょう。本件についても、現在、事実主義による場合も含めて親の本国法によるのが妥当であるという準拠法選択の方針（その背後には、親子関係をできるだけ認めるのが一般的には子の利益になるという価値判断がある）が一般に受け入れられていることを、旧法例を現時点において解釈適用するに際して考慮することは許されるのではないかと考えます。

IV おわりに

この報告では、実親子関係の成立に関する日本の国際私法について、最近の最高裁判決を1つの素材として、紹介・検討しました。この点に関する国際私法ルールの変遷を、経過措置との関連も含めて概観しましたが、問題が多岐にわたることなどから、各論点について十分な説明ができず、散漫・雑駁な報告になってしまったかもしれません。1つでもご関心をお持ちいただける点があったならば幸いです。ご清聴有り難うございました。

以上

1 実親子関係成立の抵触法ルールを定めた日本法の規定

(1) 改正前法例 (平成元年改正前の法例) (1898 年 7 月 16 日～1989 年 12 月 31 日)

第 17 条

子ノ嫡出ナルヤ否ヤハ其出生ノ当時母ノ夫ノ属シタル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム若シ其夫カ子ノ出生前ニ死亡シタルトキハ其最後ニ属シタル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

第 18 条

- 1 子ノ認知ノ要件ハ其父又ハ母ニ関シテハ認知ノ当時父又ハ母ノ属スル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム其子ニ関シテハ認知ノ当時子ノ属スル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム
- 2 認知ノ効力ハ父又ハ母ノ本国法ニ依ル

(2) 改正法例 (平成元年改正後の法例) (1990 年 1 月 1 日～2006 年 12 月 31 日)

第 17 条

- 1 夫婦ノ一方ノ本国法ニシテ子ノ出生ノ当時ニ於ケルモノニ依リ子ガ嫡出ナルトキハ其子ハ嫡出子トス
- 2 夫ガ子ノ出生前ニ死亡シタルトキハ其死亡ノ当時ノ夫ノ本国法ヲ前項ノ夫ノ本国法ト看做ス

第 18 条

- 1 嫡出ニ非ザル子ノ親子関係ノ成立ハ父トノ間ノ親子関係ニ付テハ子ノ出生ノ当時ノ父ノ本国法ニ依リ母トノ間ノ親子関係ニ付テハ其当時ノ母ノ本国法ニ依ル子ノ認知ニ因ル 親子関係ノ成立ニ付テハ認知ノ当時ノ子ノ本国法ガ其子又ハ第三者ノ承諾又ハ同意アルコトヲ認知ノ要件トスルトキハ其要件ヲモ備フルコトヲ要ス
- 2 子ノ認知ハ前項前段ニ定ムル法律ノ外認知ノ当時ノ認知スル者又ハ子ノ本国法ニ依ル此場合ニ於テ認知スル者ノ本国法ニ依ルトキハ同項後段ノ規定ヲ準用ス
- 3 父ガ子ノ出生前ニ死亡シタルトキハ其死亡ノ当時ノ父ノ本国法ヲ第一項ノ父ノ本国法ト看做シ前項ニ掲ゲタル者ガ認知前ニ死亡シタルトキハ其死亡ノ当時ノ其者ノ本国法ヲ同項ノ其者ノ本国法ト看

做ス

第 19 条

- 1 子ハ準正ノ要件タル事実ノ完成ノ当時ノ父若クハ母又ハ子ノ本国法ニ依リ準正ガ成立スルトキハ嫡出子タル身分ヲ取得ス
- 2 前項ニ掲ゲタル者ガ準正ノ要件タル事実ノ完成前ニ死亡シタルトキハ其死亡ノ当時ノ其者ノ本国法ヲ同項ノ其者ノ本国法ト看做ス

(3) 法の適用に関する通則法 (2007 年 1 月 1 日～現在)

第 28 条 (嫡出である子の親子関係の成立)

- 1 夫婦の一方の本国法で子の出生の当時におけるものにより子が嫡出となるべきときは、その子は、嫡出である子とする。
- 2 夫が子の出生前に死亡したときは、その死亡の当時における夫の本国法を前項の夫の本国法とみなす。

第 29 条 (嫡出でない子の親子関係の成立)

- 1 嫡出でない子の親子関係の成立は、父との間の親子関係については子の出生の当時における父の本国法により、母との間の親子関係についてはその当時における母の本国法による。この場合において、子の認知による親子関係の成立については、認知の当時における子の本国法によればその子又は第三者の承諾又は同意があることが認知の要件であるときは、その要件をも備えなければならない。
- 2 子の認知は、前項前段の規定により適用すべき法によるほか、認知の当時における認知する者又は子の本国法による。この場合において、認知する者の本国法によるときは、同項後段の規定を準用する。
- 3 父が子の出生前に死亡したときは、その死亡の当時における父の本国法を第一項の父の本国法とみなす。前項に規定する者が認知前に死亡したときは、その死亡の当時におけるその者の本国法を同項のその者の本国法とみなす。

第 30 条 (準正)

- 1 子は、準正の要件である事実が完成した当時における父若しくは母又は子の本国法により準正が成立するときは、嫡出子の身分を取得する。
- 2 前項に規定する者が準正の要件である事実の完成前に死亡したときは、その死亡の当時におけるその者の本国法を同項のその者の本国法とみなす。

2 国際私法の 2 回の大改正にともなう、経過規定

(1) 第 1 回大改正 : 平成元年の法例改正時 (1990 年) の経過規定

改正法例の附則 2 項

この法律の施行前に生じた事項については、なお従前の例による。ただし、この法律の施行の際現に継続する法律関係については、この法律の施行後の法律関係に限り、改正後の法例の規定を適用する。

(2) 第 2 回大改正 : 通則法制定時 (2007 年) の経過規定

通則法の附則

第 2 条

改正後の法の適用に関する通則法（以下「新法」という。）の規定は、次条の規定による場合を除き、この法律の施行の日（以下「施行日」という。）前に生じた事項にも適用する。

第 3 条

- 1 施行日前にされた法律行為の当事者の能力については、新法第 4 条の規定にかかわらず、なお従前の例による。
- 2 施行日前にされた申立てに係る後見開始の審判等及び失踪の宣告については、新法第 5 条及び第 6 条の規定にかかわらず、なお従前の例による。
- 3 施行日前にされた法律行為の成立及び効力並びに方式については、新法第 8 条から第 12 条までの規定にかかわらず、なお従前の例による。

4 施行日前にその原因となる事実が発生した事務管理及び不当利得並びに施行日前に加害行為の結果が発生した不法行為によって生ずる債権の成立及び効力については、新法第 15 条から第 22 条までの規定にかかわらず、なお従前の例による。

5 施行日前にされた債権の譲渡の債務者その他の第三者に対する効力については、新法第 23 条の規定にかかわらず、なお従前の例による。

6 施行日前にされた親族関係（改正前の法例第 14 条から第 21 条までに規定する親族関係を除く。）についての法律行為の方式については、新法第 34 条の規定にかかわらず、なお従前の例による。

7 施行日前にされた申立てに係る後見人、保佐人又は補助人の選任の審判その他の後見等に関する審判については、新法第 35 条第 2 項の規定にかかわらず、なお従前の例による。

3 2 回の大改正にともなう国際私法規定の変遷

	① 平成元 年改正 前法例 <small>罫線を移動します</small>	② 平成元 年改正 後法例	③ 通則法	各群に該当する、通則法の条文の例
▶ (i) 群 ▶	▶ A ▶	▶ A ▶	▶ A ▶	▶ 7 条、13 条、14 条、24 条 1 項、35 条 1 項、 ▶ 36 条、37 条、42 条*、43 条
▶ (ii) 群 ▶	▶ A ▶	▶ A ▶	▶ B ▶	4 条、5 条、6 条、8 条、9 条、11 条、12 条、15 条、16 条、17 条、18 条、19 条、20 条、21 条、23 ▶ 条、34 条、35 条 2 項
▶ (iii) 群 ▶	A	B	B	24 条 2 項・3 項、25 条、26 条、27 条、28 条、29 条、30 条、31 条、32 条、33 条、、38 条、39 条、40 条、41 条

以上

2023/09/16, 부산

2023 제3회 한일 국제사법학회 공동학술대회

일본의 국제사법에서의 실친자관계 성립 규칙에 대하여

- 최고재판소 2020. 7. 7. 판결을 중심으로 -

하야카와 신이치로(早川眞一郎)

(센슈대학 교수)

(도쿄대학 명예교수, 도호쿠대학 명예교수)

I. 여는 글

이 보고에서는 실친자관계의 성립에 관한 일본의 국제사법에 대해 개관함과 동시에, 최근 최고재판소의 비적출 모자관계의 성립에 관한 판결을 소개하여, 그 재판에서 쟁점이 되었던 사항 - 실친자관계의 성립에 관한 준거법의 결정 방법을 둘러싼 문제와 함께, 국제사법 개정예에 따라 발생하는 시제법(경과조치)의 해석적용 문제 - 에 대해서 논해보도록 하겠습니다.

II. 실친자관계의 성립에 관한 일본의 국제사법 규칙

1. 현재의 규칙

우선, 현재의 일본국제사법에서, 실친자관계 성립의 준거법이 어떻게 지정되는지를 간단히 살펴보겠습니다.

법 적용에 관한 통칙법(2006년 제정, 2007년 1월 1일 시행. 이하 「통칙법」) 제28조~제30조에, 실친자관계 성립의 준거법 지정의 규칙이 정해져 있습니다. 이 3개 조문은 별지의 1-(3)에 나와 있습니다.

이들 조문에서도 알 수 있듯이, 일본의 국제사법에서는, 적출자(제28조)와 비적출자

(제29조)를 나누어 그 친자관계 성립의 준거법을 정하고 있습니다. 이 제28조와 제29조의 적용관계에 대해서는 각각 같은 내용의 규정을 가지고 있던 법례 제17조와 제18조의 적용관계에 대해 최고재판소 판결 (2000. 1. 27. 판결민집 54권 1호 1페이지)이 제시한 판단이 현재도 타당하다고 생각합니다. 대법원은 실친자관계의 성립이 문제가 되는 경우에는 먼저 법례 제17조를 적용해 적출 친자관계의 성립 여부를 살펴본 뒤, 그 성립이 부정된 경우에는 다음으로 법례 제18조를 적용해 비적출 친자관계의 성립 여부를 판단하겠다고 밝혔습니다. 따라서 통칙법 하에서도 우선 제28조가 지정하는 준거법에 의해 적출 친자관계의 성립 여부를 판단하고, 그것이 부정된 경우에는 제29조가 지정하는 준거법에 의해 비적출 친자관계의 성립 여부를 판단하게 됩니다.

통칙법 제28조, 제29조의 내용에 대해서는, 일반적인 설명은 오늘 참가자 여러분께서는 불필요하다고 생각합니다만, 아주 간단하게 확인을 해두겠습니다. 제28조는 한 여성 A가 그 남편 B와의 혼인 중에 잉태(출산)한 자 C에 대해서 A의 본국법과 B의 본국법 일방(또는 쌍방)에 의해서 C가 A·B의 적출자라고 여겨지는 경우에는 A·B와 C 사이에 적출 친자관계가 성립한다고 합니다. 이러한 선택적 연결이 이루어지고 있는 것은 적출 친자관계가 인정되는 것이 일반적으로 자의 복지에 부합하기 때문이라고 알려져 있습니다. 적출 친자관계가 인정되지 않는 경우에는, 어떠한 여성 A가 출산한 자 C의 친자관계 성립에 대하여,母子관계는 자 출생 시 母(母로 여겨지는 사람)의 본국법에 의하여,父子관계는 자 출생 시 父(父로 여겨지는 사람)의 본국법에 의하여 각각 결정된다고 하는 것이 통칙법 제29조 제1항 전단(제1문)입니다. 여기에는 각각의 실질법이, 인지주의(인지 등의 일정한 행위에 의해 친자관계를 성립시키는 방법)를 취하는 경우 및 사실주의(인지 등의 행위를 필요로 하지 않고, 예를 들어 혈연이 있다는 사실에 근거해 친자관계를 인정하는 방법)를 취하는 경우도 포함된다고 해석되고 있습니다. 동조 제2항은, 인지에 의한 경우에는, 1항이 지정하는 준거법 외, 인지 시의 인지자 또는 자의 본국법에 의해서 친자관계를 성립시킬 수 있는 취지를 정하고 있습니다. 또, 인지에 의한 경우에는, 제1항의 경우도 제2항의 경우도, 인지 시의 자의 본국법이 「그 자 또는 제삼자의 승낙 또는 동의」를 인지의 요건으로 하고 있을 때는, 그 요건도 갖추지 않으면 친자관계의 성립은 인정되지 않는다고 하고 있습니다(이른바 세이프가드 조항). 준정의 준거법을 정하는 제30조에 대해서는 설명을 생략하겠습니다.

2. 규칙의 변천

지금부터는, 앞서 살펴본 통칙법 제28조 ~ 제30조의 규칙이 지금까지 어떻게 변천해 왔는지에 대해 설명하겠습니다. 이 점이 뒤에 소개할 최고재판소 2020년 7월 7일 판결에서 논의된 문제의 전제가 됩니다.

(1) 일본의 국제사법 입법에 있어서 두 번의 대개정

우선, 많은 분들이 알고 계실 것이라고 생각합니다만, 확인 차원에서 일본의 국제사법 규칙 전체에 대해서 입법·개정 등의 경위를 간단하게 정리하겠습니다.

1898년 국제사법규칙을 포괄적으로 규정하는 「법례(法例)」라는 이름의 법률이 제정되어 같은 해 7월 16일 시행되었습니다. 그리고 2006년에 이 법례를 전부 개정하는 형태로 「법의 적용에 관한 통칙법」이 제정되어 2007년 1월 1일에 시행되었습니다. 법례는 몇 차례 개정되면서 약 110년에 걸쳐 효력을 가지고 있었던 것입니다. 그러한 개정 중에서 특히 중요한 대개정이 '1989년 개정'입니다. 이 개정은 개정 시의 일본식 연호를 따서 '平成元年改正(헤이세이 원년 개정)'이라고 불리며, 개정된 법례(이를 '헤이세이 원년 개정 후 법례' 또는 단순히 '개정 법례'라고 부르는 경우가 많습니다.)는 1990년 1월 1일에 시행되었습니다. 따라서 1898년부터 현재까지의 일본의 국제사법 입법은 대략 3개의 기간으로 나눌 수 있습니다. 즉, 제1기(시행기간 1898년 7월 16일부터 1989년 12월 31일까지)의 「개정 전 법례」, 제2기(시행기간 1990년 1월 1일부터 2006년 12월 31일까지)의 「개정 법례」, 그리고 제3기(시행기간 2007년 1월 1일부터 현재까지)의 「통칙법」의 3가지 기간입니다.

이상과 같은 2회의 대개정 중 첫 번째(개정 법례)는 주로 가족법 분야의 준거법 선택 규칙을 변경한 것입니다. 기존의 법례에서는 가족법 분야의 준거법 연결점 지정에 관해서 남편·아버지 등 남성을 우선시켰기 때문에 이를 배제하고 남녀평등의 관점에서 준거법 지정 방법을 근본적으로 개정한 것입니다. 2차 대개정(법례에서 통칙법으로의 전부개정)에서는 가족법 분야에 대해서는 개정 법례의 규칙 내용은 기본적으로 그대로 계승되었고, (문언을 현대어화했기 때문에 표현은 바뀌었지만) 계약이나 불법 행위 등 주로 재산법 분야의 국제사법규칙에 큰 변경이 이루어졌습니다. 이처럼 1989년 개정에서는 가족법 분야, 2006년 개정에서는 재산법 분야에 대해 각각 큰 개정이 이루어진 셈입니다.

(2) 실친자관계 성립 규칙의 변천(개정 경위)

현재의 통칙법 제28조~제30조가 정하는 실친자관계 성립에 관한 저촉법 규칙은 다른 가족법 분야의 규칙 대부분과 마찬가지로 법레인 1989년 개정에서 크게 수정되어 그 개정 내용이 그대로 통칙법에 계승된 것입니다.

1989년 개정 전 법례는 이 점에 대해 별지의 1-(1)에 열거하는 규정을 가지고 있었습니다. 이것에 대해서, 개정 법례는 이러한 규정을 수정해 별지의 1-(2)에 열거하는 규정을 마련했습니다. 덧붙여 통칙법 제28조, 제29조 및 제30조는, 이 개정 법례 제17조, 제18조, 제19조와 내용적으로는 동일합니다(현대어화했을 뿐입니다).

이와 같이 친자관계 성립에 관한 저촉법 규칙은 1989년 개정을 경계로 하여 2개의 규칙 군으로 나뉩니다.

제1기(개정 전 법례)에서는, 우선, 적출 친자관계 성립의 준거법을 母의 남편(夫)의 본국법으로 하고 있었습니다. 또한 비적출 친자관계의 성립에 대해서는 인지에 의한 경우만을 규정하고 있었습니다(사실주의에 의한 비적출 친자관계의 성립에 대해서는 규정이 없었습니다). 그리고 인지요건의 준거법은 인지자(父 또는 母)에 대해서는 인지자의 본국법, 자에게는 자의 본국법에 따른다는 배분적 연결¹⁾을 정하고 있었습니다. 인지의 효력에 대해서는 인지자(父 또는 母)의 본국법에 의한다고 규정하고 있었습니다.

제2기(개정 법례) 및 제3기(통칙법)에서는 우선 적출 친자관계의 성립에 대해서는, 母의 본국법과 父(母의 夫)의 본국법 선택적 연결²⁾(어느 한쪽과의 친자관계 성립이 인정되면 친자관계가 성립한다)을 규정하고 있습니다. 또, 비적출 친자관계의 성립에 대해서는, 첫째, 인지주의·사실주의 쌍방을 대상으로 하고 부자(父子)관계에 대해서는 자의 출생 시 부(父)의 본국법에 따라, 모자(母子)관계에 대해서는 자의 출생 시 母의 본국법에 의한다고 하고 있습니다. 두 번째로, 덧붙여 인지에 의한 비적출 친자관계의 성립에 대해서는, 인지 시의 인지자의 본국법과 자의 본국법의 선택적 연결³⁾을 규정하고 있습니다. 또한 인지에 의한 경우, 인지자의 본국법이 성립의 준거법으로 되는 경우에는 자의 본국법이 자 또는 제3자의 동의·승낙을 요건으로 할 때에는 그 요건도 구비해야 합니다(이른바 세이프가드 조항).

1) 역)원문에서는 “배분적 적용”

2) 역)원문에서는 “선택적 적용”

3) 역)원문에서는 “선택적 적용”

친자관계 성립에 관해 앞서 살펴본 ‘1989년 개정’에 의해 준거법 규칙은 양성평등을 도모하는 동시에 친자관계의 성립을 보다 용이하게 인정하는 방향으로의 개정되었습니다. 즉, 적출 친자관계에 대해서는 개정 전 법례(제17조)는 ‘母의夫’의 본국법만을 준거법으로 하고 있었지만, 남녀평등의 관점에서 母(妻)와 夫를 동등하게 취급하기로 하고, 母(妻)와 夫 중 어느 하나의 본국법에서 선택적으로 인정되면 적출 친자관계가 인정되는 것으로(성립을 보다 용이하게) 변경되었습니다. 또한 비적출 친자관계에 대해서는 개정 전 법례(제18조)가 인지주의의 경우만을 언급하고 부모(인지자인 父 또는 母)의 본국법과 子의 본국법 쌍방이 각각 요건을 충족하는 경우에만 비적출 친자관계가 인정된다고 했으나, 개정 후에는 사실주의의 경우도 포함해 부모(父 또는 母)의 본국법이 인정하면 비적출 친자관계가 인정되기로 했습니다. 子의 본국법 적용을 제외함으로써 비적출 친자관계 성립이 인정되기 쉬워진 것입니다(다만 子의 복지를 위한 세이프가드 조항이 들어갔으므로 부분적으로는 子의 본국법 적용도 남겨진 셈입니다).

(3) 경과규정 (시제법)

일반적으로 법 개정 혹은 신법 제정이 이루어진 경우에는, 그 개정법·신법의 시기적인 적용 관계에 대한 규정도 있기 마련입니다. 개정법·신법의 시행일을 표시하는 동시에 개정법·신법이 시행일보다 앞선 사항에도 소급 적용되는지의 여부를 정하는 경과규정을 정해두지 않으면 적용에 혼란이 생기기 때문입니다.

1) 국제사법 규칙 전반의 경과규정

앞서 서술한 일본의 국제사법 규칙에서 2회의 대개정(법례에서 통칙법으로의 이행도 여기서는 편의상 「개정」이라고 하겠습니다.)에 있어서도 개정법의 부칙에 각각의 시행일에 관한 규정과 함께 경과규정이 존재합니다(별지 2에 각각의 규정이 있습니다).

제1차 대개정(1989년 개정)에서는 개정법례의 부칙 제2항에 「이 법률 시행 전에 발생한 사항에 대해서는 계속 종전의 예에 따른다. …이하 생략…」이라고 하고 있어, 이른바 구법주의(신법의 시행 전에 발생한 사항에는, 신법을 적용하지 않고 구법을 적용하는 방법)를 취하고 있습니다.

한편, 2차 대개정(통칙법으로의 개정)에서는 통칙법 부칙 제2조에서 '개정 후의 법 적용에 관한 통칙법……의 규정은 다음 조의 규정에 의한 경우를 제외하고, 이 법률 시행일…전에 발생한 사항에도 적용한다.'며 신법주의(신법 시행 전에 발생한 사항에도 신법을 소급하여 적용하는 방법)의 원칙을 취할 것임을 나타낸 후, 부칙 제3조에서 구법주의를 취하는 조문을 제1항부터 제7항까지 열거하고 있습니다. 제3조에 열거된 조문은 모두 통칙법이 개정 법례와는 실질적으로 다른 규칙을 도입한 조문입니다. 즉, 통칙법의 경과조치는, 개정 법례에서 실질적인 변경이 없는 규칙에 대해서는 통칙법을 소급적용하고, 실질적인 변경이 이루어진 규칙에 대해서는 통칙법을 소급적용하지 않는다는 것이었습니다.

2) 실친자관계 성립의 국제사법규칙에 대한 경과규정

실친자관계 성립의 준거법에 관한 규칙은, 1차 대개정(1989년 개정)에서 대폭 변경되었고, 2차 대개정(통칙법으로의 이행)에서는 실질적인 변경이 이루어지지 않았습니

다. 따라서 위 경과조치를 문자 그대로 적용하면 다음과 같이 될 것입니다.

첫 번째로, 1차 대개정부터 2차 대개정까지(上記 제2기) 시점에 법적 판단이 이루어질 때는 구법주의가 적용되므로 제1기에 발생한 사항에 대해서는 개정 전 법례 제17조·제18조가 적용됩니다. 1989년 개정 경과 규정에서는 구법주의가 취해지고 있기 때문입니다.

두 번째로, 2차 대개정 이후(上記 제3기)의 시점에서 법적 판단이 이루어질 때는, 그 개정보다 전(즉 제1기 및 제2기)에 발생한 사항에 대해서도, 통칙법 제28조 ~ 제30조가 소급해 적용됩니다. 왜냐하면 통칙법의 경과규정에서는 부칙 제3조에 명시된 조문(통칙법으로의 이행에 의해 실질적인 변경을 받은 조문) 이외에 대해서는 신법주의가 취해지고 있으며, 통칙법 제28조 ~ 제30조는 개정 법례 조문에서 실질적인 변경은 없고 부칙 제3조에 명시되어 있지 않기 때문입니다.

그런데 이 제2의 점을 둘러싸고 헤이세이⁴⁾2년(2020년)에 나온 최고재판소의 판결을 하나의 계기로, 일본의 학설상 논란이 생겨 아직 결론을 내리지 못했습니다. 이 점에 대해서 항을 다시 설명하겠습니다.

4) 역)平成(헤이세이) 2년은 1990년이므로 2020년에 해당하는令和(레이와) 2년의 오기로 보임

Ⅲ. 대법원 2020년 7월 7일 판결에 대하여

1. 사안과 판결요지⁵⁾

본고에서 살펴볼 최고재판소 레이와2년(2020년) 7월 7일 판결(민집74권4호1152쪽)은 원고 X가 검찰관을 피고로 하여 X의 부모를 둘러싼 법적 친자관계의 존재 여부에 관하여 망 A녀와의 친자관계 존재, 망 B남과의 친자관계 존재, 망 C녀와의 친자관계 부존재 및 망 D녀와의 친자관계 부존재 확인을 구한 사건 상고심 판결입니다. 본 판결은, 원심의 판단 중 망 A와의 친자관계 존재확인 청구를 각하한 부분에 대하여 이를 파기하고 환송하였습니다.

본 판결은, 1989년 개정 법례 시행 전에 발생한 사항에 대해서도 통칙법을 적용한 결과가, 당시의 (1989년 개정 전 법례 하에서의) 저촉법 규칙을 적용한 결과와 동일한 경우에는 통칙법을 소급적용한다고 판시하고, 분만에 의한 비적출母子관계 성립의 문제는 이러한 경우에 해당한다고 하여 통칙법 제29조 제1항을 적용하여 자 출생 당시 모의 본국법에 따라야 한다고 한 것입니다.

사안과 판결 요지는 다음과 같습니다.

(1) 사안

원고 X는 1958년 일본에서 출생하여 한국에서 B남(한국 국적)과 그 아내 C(당시) 사이의 자녀로 출생신고가 되었습니다. X는 출생으로 한국 국적을 취득했다가 2002년 귀화로 일본 국적을 취득했고, 이때 편성된 일본 호적에서는 父란이 공란으로 되어 母란에는 B의 먼 친척에 해당하는 D의 성명이 기재되었습니다. 한편, A녀는 1933년에 태어나 2010년에 사망한 일본인입니다. A와 B는 늦어도 1953년경부터 내연관계에 들어갔고, 1964년 혼인했습니다.

1심 판결(도쿄가정재판소 타치카와지원⁶⁾ 헤이세이28·8·18)은 'X(비적출자)와 망 A 사이의 모자관계 존재 여부 확인을 구하는 것이므로 통칙법 제29조 제1항(제33조가 아님)을 따르게 되며, X의 출생 시 망 A의 본국법은 일본법이기 때문에 일본법이 준거법이 된다.'며 일본법상 친자관계 존부 확인소송에 대해 출소기간 제한은 없다며

5) 역)원문에서는 “판지(判旨)”라고 표기

6) 역)원문은 “東京家立川支判”

A가 X를 분만한 사실이 인정된다며 X의 청구를 인용했습니다.

이에 원심판결(도쿄고등재판소 2018.10.18)은 다음과 같은 이유로, A와의 친자관계 존재확인을 구하는 소를 부적법한 것으로 각하했습니다. 통칙법 부칙 제2조는 경과조치로서 “이른바 신법주의를 채용하지만, 동 부칙에 따른 경과조치는 신법인 통칙법과 구법인 법례(1989년 법률 제27호에 의한 개정 후의 것…, 이하 ‘1989년 개정 법례’라 한다.)와의 관계를 규율하는 것으로 1989년 개정 법례 부칙 2는… 원칙적으로 이른바 구법주의를 채용하고 있었기 때문에 X가 출생한 쇼와 33년⁷⁾…을 연결점의 형성 시기로 한다. X의 친자관계에 관한 준거법은 통칙법이 아니라 1989년 법률 제27호에 의한 개정 전의 법례(이하 『구 법례』라 한다.)에 의해 결정된다. 그리고 구법례(개정 전 법례)의 해석으로서는 X와 A와의 친자관계 성립에 대해서는 '인지에 관한 구법례 제18조 제1항의 규정을 준용 내지 유추적용하여 준거법을 결정한다'는 것이 타당하며, 그러면 母 A의 본국법인 일본법과 子 X의 출생 시 본국법인 한국법이 함께 적용되는 바, X의 이 소는 한국법 소정의 출소기간을 경과한 후 소로서 부적법하다”고 판시했습니다. 이에 X는 상고했습니다.

(2) 판결요지

최고재판소는 다음과 같은 이유를 근거로, X와 망 A와의 사이의 친자관계 존재확인 청구에 관한 부분에 대해 파기환송을 한다는 결론을 내렸습니다.

“준거법의 결정 및 적용에 관하여 정하는 통칙법은 新법례를 전부 개정한 것인데, 통칙법 부칙 제2조는 동 부칙 제3조의 규정에 의한 경우를 제외하고, 통칙법의 규정을 통칙법의 시행일…전에 발생한 사항에도 적용하는 취지를 규정한다. 그 취지는 新법례 규정 및 1989년 개정법 시행일(헤이세이2년 1월 1일) 전에 발생한 사항에 대하여 계속 종전의 예에 따른 취지를 규정하는 1989년 개정법 부칙 제2항 본문에 따라 적용하고 있던 구 법례 규정 중 통칙법에 의해 내용이 실질적으로 변경되지 않은 것에 대해서는 이들 규정을 대신하여 통칙법 규정을 적용해도 그 결과에 변함이 없으므로, 통칙법 규정의 소급적용을 인정하기로 한 것으로 해석된다. 이러한 취지에서 보면 구 법례에 명문의 규정이 결여되어 있더라도 다른 규정의 해석 등에 의하여 어떤 규범이 인도되고, 이를 대신하여 통칙법의 규정을 적용하여도 그 결과에 변함이 없는

7) 역)1958년

경우에는, 그 규범은 통칙법에 의하여 내용이 실질적으로 변경되지 아니한 것으로 평가할 수 있으므로 통칙법의 규정을 소급적용하는 것으로 무방하다고 보아야 한다.”

“적출이 아닌 자의 친자관계 성립에 관하여 구 법례는 제18조 제1항에서 인지에 의한 경우의 준거법을 규정하고, 출생에 의한 경우 명문 규정이 결여되어 있어, 1989년 개정법 시행 전의 적출이 아닌 자에 대한 母의 분만을 통한 친자관계 성립에 대해서는 준거법 결정이 구 법례 해석에 맡겨져 있었는데, 상기 친자관계 성립에 대해서는 분만을 통한 직접적인 결부가 있다는 점, 친자관계 존부가 확정되지 않으면 자의 본국법이 정해지지 않는 경우가 있는 점 등을 감안하여, 구 법례 제22조의 취지에 비추어 자의 출생 당시 母의 본국법에 따라 정하는 것이 상당하다고 해석된다. 상기 친자관계의 성립에 대해서는 통칙법 부칙 제3조에 의하여 통칙법 규정의 적용이 제외되는 경우에 해당하지 않는 바, 통칙법 29조 1항은, 상기 친자관계의 성립에 대한 준거법은 자의 출생 당시 母의 본국법이라고 규정하므로, 위 구 법례 해석에 의하여 도출되는 규범을 대신하여 같은 항을 적용하여도 그 결과에 변함이 없고 동향이 소급적용된다고 보아야 한다.”

“이상에 따르면 1989년 개정법 시행 전 적출이 아닌 자의 母와의 분만을 통한 친자관계 성립에 대해서는 통칙법 제29조 제1항을 적용해 자 출생 당시 母의 본국법에 따라 정하는 것이 상당하다. 그렇다면 X와 A 사이의 적출이 아닌 자의 분만에 의한 친자관계 성립에 대하여 A의 본국법인 일본법 외에 한국법을 적용하고, 대한민국 민법 제865조 제2항⁸⁾ 소정의 출소기간의 도과를 이유로 상기 친자관계 존재확인청구와 관련된 소를 부적법하다고 할 수 없다.”

2. 통칙법 경과규정 해석에 대하여

(1) 통칙법 부칙 제2조·제3조의 문리(文理)

통칙법이 정하는 개개의 저촉법 규칙은, “1989년 개정 전 법례” 및 “1989년 개정 후 법례”의 각각의 규칙과 실질적으로 동일한 내용인지 여부에 따라 크게 3개의 그룹으로 나눌 수 있습니다. 각 그룹에 해당하는 통칙법 조문을 예시하는 형태로 이를 도식화하면 별지의 3의 표와 같습니다.

8) 역)민법 제865조 (다른 사유를 원인으로 하는 친생자관계존부확인 소) ② 제1항의 경우에 당사자 일방이 사망한 때에는 그 사망을 안 날로부터 2년 내에 검사를 상대로 하여 소를 제기할 수 있다.

제1그룹 (표의 (i)군)은, 1989년 개정 전 법례·개정 법례·통칙법의 3자를 통해 실질적으로 동일한 규칙인 것.

제2그룹 (표의 (ii)군)은, 1989년 개정 전후를 통해 동일한 규칙이었지만 통칙법제정시에 실질적으로 개정(내지 신설)된 것.

제3그룹 (표의 (iii)군)은, 1989년 개정에 의해 개정(내지 신설)된 규칙으로, 개정 법례와 통칙법에서 실질적으로 동일한 규칙인 것.

표 안의 A, B는 저촉법 규칙의 실질적 내용을 나타내는 것으로 문구가 변경되어 있어도(예를 들어 현대어화 된 경우) 규칙의 실질이 변경되지 않았다면 같은 문자로 나타내도록 하고, 규칙이 이전에는 존재하지 않았지만 어느 단계에서 신설된 경우에도 A(규칙 부존재)에서 B로의 변경으로 표기해 두었습니다.

상술한 바와 같이, 통칙법의 부칙 제3조는, (ii)군에 해당하는 통칙법의 규정은, 통칙법 시행 전에 발생한 사항에 대해서는 적용하지 않는다(「종전의 예에 의한다」)고 정해, 제2조에서, 그 이외의 경우에는, 통칙법 시행 전에 생긴 사항에 대해서도 적용하도록 정하고 있습니다. 따라서 이 부칙 제2조·제3조를 그 문리에 따라서 해석하면, (i)군 및 (iii)군에 해당하는 통칙법의 규정은, 통칙법 시행 전에 발생한 사항에 대해서 소급 적용되게 될 것으로 생각됩니다. 그러나 이 점에 대해서 기존에는 이와 다른 견해가 학설상으로는 유력했고, 또 하급심 판례의 입장도 나뉘었습니다.

(2) 종래의 학설·판례의 정황

본 최고재판소 판결이 내려지기 전 학설상 유력했던 견해(이하 'A설'이라 합니다)는 통칙법 부칙 제2조·제3조가 정하는 경과조치는 통칙법과 개정 법례의 적용관계만을 정한 것으로, 통칙법과 1989년 개정 전 법례와의 적용관계에는 일절 미치지 못한다는 견해입니다. 이 견해는 제1기에 발생한 사항에 대해서는 (i)군·(ii)군·(iii)군의 모든 사항에 대해 통칙법은 적용되지 않으며 개정 법례 부칙 제2항에 근거해 1989년 개정 전 법례가 적용된다고 합니다.

이에 대해 제2의 견해(이하 'B설'이라 합니다)는 통칙법 부칙 제2조·제3조가 정하는 경과조치는 (1989년 개정 전후를 불문하고) 법례와의 적용관계를 정한 것으로, 제2기 뿐만 아니라 제1기에 대해서도 적용된다고 하는 것입니다. 이 견해에 따르면 제1기에 발생한 사항 중 통칙법 부칙 제3조에 열거된 사항 - 즉 상기 (ii)군의 사항 - 에 대해

서는 “종전의 예에 따른다”고 하여 1989년 개정 후 법례 부칙 제2항에 근거하여 1989년 개정 전 법례의 규정이 적용되며, 그 이외의 사항 - 즉, 상기 (i)군 및 (iii)군의 사항 - 에 대해서는 통칙법이 소급 적용됩니다.

(3) 본 최고재판소 판결의 견해

본건 판결의 사안은 제1기에 출생한 자 X의 A와의 비적출 母字관계 성립이 문제가 되고 있기 때문에, 상기 (iii)군에 속하는 통칙법 규정(제29조)이 제1기에 발생한 사항에도 소급 적용되는지가 쟁점이 되고 있습니다. 이 점에 대해 제1심 판결은 B설의 입장을 취하여 소급적용을 하였으나, 원심(제2심) 판결은 이를 뒤집고 A설의 입장에서 소급적용을 부정하고 1989년 개정 전 판례의 규칙을 적용해야 한다고 하였습니다. 그러나 최고재판소는 이 점에 대해 원판결을 파기하고 제1기에 발생한 사항에 대해서도 통칙법이 소급 적용되는 경우가 있다며 본건 사안은 그 경우에 해당해 통칙법이 적용된다고 판시했습니다. 최고재판소의 이 입장은 A설과도 B설과도 다른 제3의 견해(C설)입니다.

우선 본건 최고재판소 판결은 A설과 달리 통칙법 부칙 제2조·제3조가 정하는 경과조치는 통칙법과 개정 전 법례와의 적용관계에도 이른다는 전제에 근거합니다. 한편, 본 판결은 B설과 달리 통칙법 부칙 제2조·제3조를 “형식적으로” 적용하는 것은 아닙니다. B설은 제1기와 제2기를 구별하지 않고 통칙법 시행 전에 발생한 사항에 대해 통칙법 부칙 제3조에 열거된 조문에 해당하는 경우에는 법례가 적용되고(더 구체적으로는 제1기에 발생한 사항에 대해서는 개정 전 법례가, 제2기에 발생한 사항에 대해서는 개정 법례가 각각 적용), 그 이외의 경우에는, 통칙법 부칙 제2조에 의해 통칙법이 적용된다고 하는 생각입니다만, 이에 대해 본 판결은, 법례 하에서의 규칙을 통칙법 하에서의 규칙과 비교하고, 실질적인 변경이 없는 경우에는 통칙법을 소급 적용한다는 생각으로, B설과 다르게, 통칙법 부칙 제3조에 열거된 경우인지 여부에 따라 형식적으로 판단하는 것은 아닙니다.

(4) 소괄

통칙법 경과규정 해석에 대해, 필자는 제작년에 2개의 논고⁹⁾를 공표하고 검토를 시

9) 하야카와 신이치로 「判批 (最判令和2年7月7日民集74권4호1152쪽) 」 戸籍時報808호37쪽 (2021년3

도했습니다. 그 세부사항은, 시간관계상 생략할 수밖에 없지만, 결론을 말하자면 위 A설은 규정의 문리해석에서 너무 벗어나 적절하지 않으며, 또한 대법원의 생각도 A설만큼은 아니더라도 역시 규정의 문리해석에서 이끌어내기는 곤란하다고 생각합니다. 결국 문리에 충실한 B설을 취하는 것을 원칙으로 하면서 B설을 소극적으로 적용했을 때 생기는 문제점들을 시의적절한 법 이론에 의해 해결하는 것이 적절하다고 생각합니다.

3. 1989년 개정 전 법례 하에서의 인지에 의하지 않은 비적출 친자관계의 성립에 대하여

다음으로는 통칙법 경과규정에 관한 최고재판소 판결의 견해를 전제로 1989년 개정 전 법례 하에서 인지에 의하지 않는 비적출 친자관계 성립 준거법에 대해 어떻게 해석해야 하는지 검토하고자 합니다.

(1) 개정 전 법례 하에서의 규정 및 판례

본 판결은 개정 전 법례 하에서 비적출자와 母 사이의 분만에 의한 친자관계 성립에 대하여 子의 출생 시 母의 본국법을 준거법으로 해야 한다고 판시하였습니다. 즉, 개정 전 법례는 비적출자의 친자관계 성립에 관하여 제18조 제1항에 인지에 의한 경우의 준거법을 규정하고 있으나 출생(분만)에 의한 경우에 대해서는 규정이 결여되어 있다며 개정 전 법례의 해석으로서 이러한 결론을 도출하였습니다(게다가 이 결론이 통칙법 제29조 제1항의 적용결과와 같으므로 통칙법 제29조 제1항을 소급적용한 것입니다).

이 문제에 대해서, 개정 전 법례 시대의 학설·판례는 나뉘어 있었습니다. 즉 학설상의 다수설은, 사실주의에 의한 경우도 포함한 비적출 친자관계의 성립 일반에 대해서 구 법례 제18조에 의해, 원인이 되는 사실의 발생당시 각 당사자의 본국법에 의한(부모의 본국법과 子의 본국법 쌍방이 친자관계의 성립을 인정하는 경우에 한하여 친자관계가 성립한다)라는 견해를 취하고 있었지만, 구 법례 제18조의 적용을 인지에 의한 경우로 한정하고, 사실주의에 의한 비적출 친자관계의 성립은, 오로지 부모의 본국

월), 하야카와 신이치로 『『法律不遑及の原則』の一考察——通則法附則2条・3条再考』中田裕康古稀 기념논문집 『民法学の承継と展開』 47쪽 (有斐閣、2021년)

법에만 의해야 한다는 유력설도 제시되고 있었습니다. 하급심 재판소 판례에는, 다수설의 입장을 취하는 것도 있고, 유력설의 입장을 취하는 것도 있는 반면, 최고재판소 판례는 없었습니다.

개정 법제 시대에 이르러, 최고재판소 헤이세이12년(2000년) 1월 27일 판결 민집 54권 1호 1페이지가, 이 문제에 대해 판단한 바 있습니다. 최고재판소는 이 판결에서 개정 전 법제 하의 인지에 의하지 아니한 비적출 친자관계(구체적인 사안으로는, 夫가 인지한 비적출자와 夫의 배우자 사이의 嫡母庶子관계) 성립에 관하여, ① 개정 전 법제에는 사실주의에 의한 비적출 친자관계 성립에 대한 규정이 결여되어 있는 점, ② 사실주의 중 "혈연관계가 없는 자(者) 사이의 출생 이외의 사유로 인한 친자관계 성립"에 대해서는 개정 전 법제 제18조 1항, 제22조의 법의에 비추어 친자관계를 성립시키는 원인이 되어야 하는 사실이 완성된 당시 부모의 본국법 및子の 본국법 쌍방이 친자관계의 성립을 긍정하는 경우에만, 친자관계의 성립을 인정해야 함을 논했습니다.

(2) 본 판결이 제시한 판단과 그에 대한 평가

본 판결은, 위 2000년 최고재판소 판결의 판시①과 동일한 판단을 한 후, 판시②의 사정에 들어가지 않는 본건 사안(본건에서는 혈연이 있는 사람 사이의 출생에 의한 친자관계 성립이 문제가 되고 있습니다)에 대해서는 부모의 본국법만을 준거법으로 해야 한다고 판시한 것입니다.

본 판결의 이러한 판단을 어떻게 평가해야 하는지는 미묘한 부분이지만, 개인적으로는 찬성해도 좋을 것 같습니다. 확실히 본 판결의 판단은 구 법제 하의 학설상의 다수설 결론과는 다르지만, 사실주의에 의한 비적출 친자관계 중 적어도 출생(분만) 사실에 의한 친자관계 성립에 대해서는 부모의 본국법에만 의해야 한다는 상기 유력설의 논거에도 나름대로 설득력이 있습니다. 즉, 인지에 의한 친자관계의 성립에 대해서는 적극적으로子の 본국법을 고려해야 할 이유가 있는 반면 출생사실만으로 발생하는 비적출 친자관계의 경우子の 속인법을 고려할 특별한 사유는 존재하지 않는다고 생각되며, 또한 이 경우子の 본국법을 고려하는 것은子の 국적결정과의 관계에서 순환론에 빠질 수 있기 때문입니다. 또한 1989년 개정에서 이 점의 준거법 선택 규칙이 변경되어 비적출 친자관계의 성립은 사실주의인 경우도 포함하여 기본적으로

부모의 본국법에만 의하는 것으로 되어(개정 법례 제18조 제1항), 그것이 현재의 통칙법에도 계승되고 있는 것(통칙법 제29조 제1항)도 그와 같은 결론을 내리는 본 판결의 판단을 긍정적으로 파악하는 하나의 고려요소가 될 것으로 생각합니다. 무엇보다 이 점에 관해서는 개정 전 법례를 해석 적용함에 있어 개정 전 법례 시행 당시라면 이루어졌을 해석을 존중해야 하는지, 아니면 현 시점까지의 판례·학설·입법 등의 발전을 고려하여 해석해야 하는지, 혹은 해석해도 되는지 판단하기 어렵습니다. 어떤 법률을 현시점에서 해석하여 적용하는 경우에는 비록 그 법률이 오래된 것이고 적용되는 사안 자체가 그 오래된 시대에 발생한 것이라 하더라도 명문의 규정에 어긋나지 않는 한, 또 특별한 사정이 없는 한 현시점에서의 지견이나 가치판단을 하나의 근거로 하여 해석적용할 수 있다고 보아야 할 것입니다. 본건에 대해서도 현재 사실주의에 의한 경우를 포함하여 부모의 본국법에 따르는 것이 타당하다고 하는 준거법 선택 방침(그 배후에는 친자관계를 가능한 한 인정하는 것이 일반적으로는 자에게 이익이 된다고 하는 가치판단이 있습니다)이 일반적으로 받아들여지고 있음을 구 법례를 현시점에서 해석 적용할 때 고려하는 것은 허용될 것이라고 생각합니다.

IV. 마치며

이 보고에서는, 실친자관계의 성립에 관한 일본의 국제사법에 대해, 최근의 최고재판소 판결을 하나의 소재로서 소개·검토했습니다. 이 점에 관한 국제사법규칙의 변천을 경과조치와의 관련도 포함해 개관했지만, 문제가 다방면에 걸친 것 등으로 미루어 각 논점에 대해 충분한 설명을 하지 못해 다소 산만했을지 모릅니다. 그러나 여러분께서 하나의 논점에 대해서라도 관심을 가져주셨다면 본 보고는 성공적이었다고 생각합니다. 들어주셔서 감사합니다.

끝.

1. 실친자관계 성립의 저촉법 규칙을 정한 일본법 규정

(1) 개정 전 법례(1989년 개정 전의 법례)(1898년 7월 16일 ~ 1989년 12월 31일)

제17조

자의 적출 여부는 출생 당시 母의 夫가 속한 국가 법률에 따라 결정된다. 만약 그 夫가 子의 출생 전에 사망한 때에는 그 마지막에 속하는 국가 법률에 따라 결정한다.

제18조

- ① 子의 인지 요건은 그 父 또는 母에 관해서는 인지 당시 父 또는 母가 속한 국가의 법률에 따라 정하고, 子에 관해서는 인지 당시 子가 속한 국가의 법률에 따라 이를 정한다.
- ② 인지의 효력은 父 또는 母의 본국법에 의한다.

(2) 개정 법례(1989년 개정 후의 법례)(1990년 1월 1일 ~ 2006년 12월 31일)

제17조

- ① 부부 일방의 본국법으로 子의 출생 당시 子가 적출이 되는 때에는 子는 적출자로 한다.
- ② 夫가 子의 출생 전에 사망한 때에는 사망 당시 夫의 본국법을 전항 夫의 본국법으로 본다.

제18조

- ① 비적출 친자관계 성립은 父와의 친자관계에 대해서는 子의 출생 당시 父의 본국법에 따라, 母와의 친자관계에 대해서는 그 당시 母의 본국법에 따른다. 子의 인지에 의한 친자관계의 성립에 대해서는 인지 당시 子의 본국법이 子 또는 제3자의 승낙 또는 동의가 있음을 인지의 요건으로 할 때는 그 요건도 갖추어야 한다.
- ② 子의 인지는, 전항 전단에서 정하는 법률외 인지 당시의 인지하는 사람 또는 子의 본국법에 따른 경우에, 인지하는 사람의 본국법에 따른 때에는 같은 항 후단의 규정을 준용한다.

③ 父가 子의 출생 전에 사망한 때에는 그 사망 당시 父의 본국법을 제1항의 父의 본국법으로 간주하고, 제2항에 열거된 사람이 인지 전에 사망한 때에는 사망 당시 그 사람의 본국법을 같은 항의 본국법으로 본다.

제19조

① 子는 준정의 요건인 사실이 완성 당시의 父 또는 母의 본국법에 따라 준정이 성립하는 때에는 적출자의 신분을 취득한다.

② 전항에 열거된 사람이 준정의 요건인 사실의 완성 전에 사망한 때에는 사망 당시의 그 사람의 본국법을 같은 항의 그 사람의 본국법으로 본다.

(3) 법 적용에 관한 통칙법 (2007년 1월 1일 ~ 현재)

제28조(적출인 자녀의 친자관계 성립)

① 子의 출생 당시 부부 일방의 본국법에 의하여 子가 적출이 되는 경우, 그 子는 적출자가 된다.

② 夫가 子의 출생 전에 사망한 경우, 사망 당시 夫의 본국법을 전항에 규정된 夫의 본국법으로 본다.

제29조(적출이 아닌 자녀의 친자관계 성립)

① 비적출 친자관계 성립은, 父와의 친자관계에 대해서는 子의 출생 당시 父의 본국법에 따라, 母와의 친자관계에 대해서는 그 당시 母의 본국법에 따른다. 이 경우, 子의 인지에 의한 친자관계의 성립에 대해서는 인지 당시 子의 본국법이 子 또는 제3자의 승낙 또는 동의가 있음을 인지의 요건으로 할 때는 그 요건도 갖추어야 한다.

② 子의 인지는, 전항 전단에서 따라 적용하여야 하는 법에 의하고, 인지 당시의 인지하는 사람 또는 子의 본국법에 따른다. 이 경우, 인지하는 사람의 본국법에 따른 때에는 동항 후단의 규정을 준용한다.

③ 父가 子의 출생 전에 사망한 때에는 그 사망 당시 父의 본국법을 제1항의 父의 본국법으로 본다. 제2항에서 규정하는 사람이 인지 전에 사망한 때에는 그 사망 당시에 그 사람의 본국법을 같은 항의 그 사람의 본국법으로 본다.

제30조(준정)

① 子는, 준정의 요건인 사실이 완성된 당시의 父 또는 母 또는 子의 본국법에 따라 준정이 성립하는 때에는 적출자 신분을 취득한다.

② 전항에서 규정하는 사람이 준정 요건인 사실의 완성 전에 사망한 때에는 그 사망 당시에 그 사람의 본국법을 같은 항의 그 사람의 본국법으로 본다.

2. 국제사법의 2회에 걸친 대개정에 따른 경과규정

(1) 제1회 대개정 : 법례 개정시(1990년)의 경과규정

[개정 법례의 부칙 제2항]

이 법률의 시행 전에 발생한 사항에 대해서는 계속 종전의 예에 따른다. 다만, 이 법률의 시행 시 현재 계속되는 법률관계에 대해서는 이 법률의 시행 후 법률관계에 한하여 개정 후 법률의 규정을 적용한다.

(2) 제2회 대개정 : 통칙법 제정시(2007년)의 경과규정

[통칙법의 부칙]

제2조

개정 후 법 적용에 관한 통칙법(이하 “신법”이라 한다.)의 규정은 다음 조의 규정에 따르는 경우를 제외하고, 이 법률의 시행일(이하 “시행일”이라 한다.) 전에 발생한 사항에도 적용한다.

제3조

- ① 시행일 전에 된 법률행위 당사자능력에 대해서는 신법 제4조의 규정에도 불구하고 계속 종전의 예에 따른다.
- ② 시행일 전에 신청된 후견개시심판 등 및 실종선고에 대해서는 신법 제5조 및 제6조의 규정에도 불구하고, 계속 종전의 예에 따른다.
- ③ 시행일 전에 이루어진 법률행위의 성립 및 효력과 방식에 대해서는 신법 제8조부터 제12조까지의 규정에도 불구하고 계속 종전의 예에 따른다.
- ④ 시행일 전에 그 원인이 되는 사실이 발생한 사무관리 및 부당이득과 시행일 전에 가해행위의 결과가 발생한 불법행위로 인하여 발생하는 채권의 성립 및 효력에 대해서는 신법 제15조부터 제22조까지의 규정에도 불구하고 계속 종전의 예에 따른다.
- ⑤ 시행일 전에 된 채권양도의 채무자 및 그 밖의 제3자에 대한 효력에 관해서는 신법 제23

조의 규정에도 불구하고 계속 종전의 예에 따른다.

⑥ 시행일 전에 이루어진 친족관계(개정 전의 법례 제14조부터 제21조에서 규정하는 친족관계는 제외한다.)에 대한 법률행위 방식에 대해서는 신법 제34조의 규정과 관계없이 계속 종전의 예에 따른다.

⑦ 시행일 전에 신청된 후견인, 보좌인 또는 보조인 선임 심판 및 그 밖의 후견 등에 관한 심판에 대해서는 신법 제35조 제2항의 규정에도 불구하고 계속 종전의 예에 따른다.

3. 2회의 大개정에 따른 국제사법 규정의 변천

	① 平成元 年改正 前法例 <small>罫線を移動します</small>	② 平成元 年改正 後法例	③ 通則法	各群に該当する、通則法の条文の例
① (i) 群	A	A	A	7条、13条、14条、24条1項、35条1項、 36条、37条、42条*、43条
② (ii) 群	A	A	B	4条、5条、6条、8条、9条、11条、12条、15 条、16条、17条、18条、19条、20条、21条、23 条、34条、35条2項
③ (iii) 群	A	B	B	24条2項・3項、25条、26条、27条、28条、29 条、30条、31条、32条、33条、38条、39条、40 条、41条

지정토론문: 일본의 국제사법에서의 실친자관계 성립 규칙에 대하여 - 최고재판소 2020. 7. 7. 판결을 중심으로 -

2023. 9. 16.

이규호(李圭鎬) (중앙대학교 법학전문대학원 교수(中央大學校 法學專門大學院 教授))

가족법 분야에 정통하신 하야카와 신이치로 교수님의 발표문을 읽고 많은 공부가 되었습니다. 신이치로 교수님이 평석한 판례는 한국인과 일본인 사이의 자녀를 다루고 있어 입체적으로 다가왔습니다. 신이치로 교수님의 발표문을 읽고 제가 이해한 바를 기술하고자 합니다. 혹시 제가 잘못 이해한 부분이 있다면 지적해 주시면 감사하겠습니다. 그리고 궁금한 점을 간단하게 질문드리고자 합니다.

1. 일본의 최고재판소 2020. 7. 7. 판결은 “준거법의 결정 및 적용에 관하여 정하는 통칙법은 新법례를 전부 개정한 것인데, 통칙법 부칙 제 2 조는 동 부칙 제 3 조의 규정에 의한 경우를 제외하고, 통칙법의 규정을 통칙법의 시행일...전에 발생한 사항에도 적용하는 취지를 규정한다. 그 취지는 新법례 규정 및 1989 년 개정법 시행일(헤이세이 2 년 1 월 1 일) 전에 발생한 사항에 대하여 계속 종전의 예에 따른 취지를 규정하는 1989 년 개정법 부칙 제 2 항 본문에 따라 적용하고 있던 구 법례 규정 중 통칙법에 의해 내용이 실질적으로 변경되지 않은 것에 대해서는 이들 규정을 대신하여 통칙법 규정을 적용해도 그 결과에 변함이 없으므로, 통칙법 규정의 소급적용을 인정하기로 한 것으로 해석된다. 이러한 취지에서 보면 구 법례에 명문의 규정이 결여되어 있더라도 다른 규정의 해석 등에 의하여 어떤 규범이 인도되고, 이를 대신하여 통칙법의 규정을 적용하여도 그 결과에 변함이 없는 경우에는, 그 규범은 통칙법에 의하여 내용이 실질적으로 변경되지 아니한 것으로 평가할 수 있으므로 통칙법의 규정을 소급적용하는 것으로 무방하다고 보아야 한다.”라고 설시하여 통칙법의 소급효를 인정하고 있습니다. 보다 구체적으로 일본 최고재판소는 “적출이 아닌 주의 친자관계 성립에 관하여 구 법례는 제 18 조 제 1 항에서 인지에 의한 경우의 준거법을 규정하고, 출생에

의한 경우 명문 규정이 결여되어 있어, 1989 년 개정법 시행 전의 적출이 아닌
자에 대한 母의 분만을 통한 친자관계 성립에 대해서는 준거법 결정이 구 법례
해석에 맡겨져 있었는데, 상기 친자관계 성립에 대해서는 분만을 통한 직접적인
결부가 있다는 점, 친자관계 존부가 확정되지 않으면 子의 본국법이 정해지지
않는 경우가 있는 점 등을 감안하여, 구 법례 제 22 조의 취지에 비추어 子의
출생 당시 母의 본국법에 따라 정하는 것이 상당하다고 해석된다. 상기
친자관계의 성립에 대해서는 통칙법 부칙 제 3 조에 의하여 통칙법 규정의 적용이
제외되는 경우에 해당하지 않는 바, 통칙법 29 조 1 항은, 상기 친자관계의
성립에 대한 준거법은 子의 출생 당시 母의 본국법이라고 규정하므로, 위 구
법례 해석에 의하여 도출되는 규범을 대신하여 같은 항을 적용하여도 그 결과에
변함이 없고 동향이 소급적용된다고 보아야 한다.”라고 판시하였다.

2. 따라서 일본 최고재판소는 “이상에 따르면 1989 년 개정법 시행 전 적출이 아닌
子의 母와의 분만을 통한 친자관계 성립에 대해서는 통칙법 제 29 조 제 1 항을
적용해 子 출생 당시 母의 본국법에 따라 정하는 것이 상당하다. 그렇다면 X 와
A 사이의 적출이 아닌 子의 분만에 의한 친자관계 성립에 대하여 A 의 본국법인
일본법 외에 한국법을 적용하고, 대한민국 민법 제 865 조 제 2 항 소정의
출소기간의 도과를 이유로 상기 친자관계 존재확인청구와 관련된 소를
부적법하다고 할 수 없다.”라고 설시하였다.
3. 반면에 한국의 국제사법 부칙은 “이 법 시행 전에 생긴 사항에 적용되는
준거법에 대해서는 종전의 규정에 따른다. 다만, 이 법 시행 전후에
계속(繼續)되는 법률관계에 대해서는 이 법 시행 이후의 법률관계에 대해서만 이
법의 규정을 적용한다.”라고 규정하여 국제사법상 준거법 규정의 소급적용을
원칙적으로 배제하고 있습니다. 다만, 일본의 최고재판소 판결로 인해 떠오른
추상적인 아이디어이지만 종전의 국제사법상 해당 법률관계에 대하여 명시적인
준거법 규정이 부재하는 경우에는 소급적용도 가능한 것이 아닌가하는 생각도
듭니다.
4. 일본과는 달리 한국 국제사법 제57조를 신설하여 친생자관계에 관한 사건의 특
별관할을 두게 되었습니다. 일본의 경우 친생자관계에 관한 사건의 특별관할은
어떻게 정해지는지 궁금합니다. 일본 민사소송법의 토지관할을 토대로 정할 것이
통례인지 궁금합니다.

C (여)(일본 국적 또는 한국 국적 ?)	←----→ ↓	B (남)(한국 국적)	←--→	A (여) (일본인)(1933년 출생, 2010년 사망) (1953년부터 B와 내연관계)(1964년 결혼)
			모자관계 존재 여부 확인	
	X (원고) (일본 출생) (한국 국적 취득후 2002년 일본인으로 귀화) (모란은 D (B의 먼 친척), 부란은 공란)			

5. 원심판결(도쿄고등재판소 2018.10.18)에 따르면, “母 A 의 본국법인 일본법과 子 X 의 출생 시 본국법인 한국법이 함께 적용되는 바, X 의 이 소는 한국법 소정의 출소기간을 경과한 후 소로서 부적법하다”고 판시하였습니다. 이 원심판결에 비추어 볼 때, 일본 최고재판소는 한국법이 준거법으로 되는 경우의 문제점도 충분히 고려하였다고 볼 수 있는지 궁금합니다.

[부록]

한국 국제사법 [시행 2022. 7. 5.] [법률 제18670호, 2022. 1. 4., 전부개정]

제57조(친생자관계에 관한 사건의 특별관할) 친생자관계의 성립 및 해소에 관한 사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.

1. 자녀의 일상거소가 대한민국에 있는 경우
2. 자녀와 피고가 되는 부모 중 한쪽이 대한민국 국민인 경우

제67조(혼인 중의 부모·자녀관계) ① 혼인 중의 부모·자녀관계의 성립은 자녀의 출생 당시 부

부 중 한쪽의 본국법에 따른다.

② 제1항의 경우에 남편이 자녀의 출생 전에 사망한 때에는 남편의 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다.

제68조(혼인 외의 부모·자녀관계) ① 혼인 외의 부모·자녀관계의 성립은 자녀의 출생 당시 어머니의 본국법에 따른다. 다만, 아버지와 자녀 간의 관계의 성립은 자녀의 출생 당시 아버지의 본국법 또는 현재 자녀의 일상거소지법에 따를 수 있다.

② 인지는 제1항에서 정하는 법 외에 인지 당시 인지자의 본국법에 따를 수 있다.

③ 제1항의 경우에 아버지가 자녀의 출생 전에 사망한 때에는 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 보고, 제2항의 경우에 인지자가 인지 전에 사망한 때에는 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다.

제69조(혼인 외의 출생자) ① 혼인 외의 출생자가 혼인 중의 출생자로 그 지위가 변동되는 경우에 관하여는 그 요건인 사실의 완성 당시 아버지 또는 어머니의 본국법 또는 자녀의 일상거소지법에 따른다.

② 제1항의 경우에 아버지 또는 어머니가 그 요건인 사실이 완성되기 전에 사망한 때에는 아버지 또는 어머니의 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다.

부칙 <법률 제18670호, 2022. 1. 4.>

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(계속 중인 사건의 관할에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 법원에 계속 중인 사건의 관할에 대해서는 종전의 규정에 따른다.

제3조(준거법 적용에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 생긴 사항에 적용되는 준거법에 대해서는 종전의 규정에 따른다. 다만, 이 법 시행 전후에 계속(繼續)되는 법률관계에 대해서는 이 법 시행 이후의 법률관계에 대해서만 이 법의 규정을 적용한다.

국제사법

[시행 2001. 7. 1.] [법률 제6465호, 2001. 4. 7., 전부개정]

부 칙 <법률 제6465호, 2001. 4. 7.>

①(시행일) 이 법은 2001년 7월 1일부터 시행한다.

②(준거법 적용의 시간적 범위) 이 법 시행전에 생긴 사항에 대하여는 종전의涉外사법에 의한다. 다만, 이 법 시행 전후에 계속(繼續)되는 법률관계에 관하여는 이 법 시행 이후의 법률관계에 한하여 이 법의 규정을 적용한다.

③(국제재판관할에 관한 경과조치) 이 법 시행당시 법원에 계속(係屬)중인 사건에 관하여는 이 법의 국제재판관할에 관한 규정을 적용하지 아니한다.

④(다른 법률의 개정) 중재법중 다음과 같이 개정한다.

제29조제1항중 “涉外사법”을 “국제사법”으로 한다.

指定討論文:日本の国際私法における実親子関係成立のルールについて

- 最高裁令和2年(2020年)7月7日判決をめぐって -

2023. 9. 16.

李圭浩(イ・ギョホ)中央大学法学専門大学院教授

家族法分野に詳しい早川慎一郎教授の発表を聞いてとても勉強になりました。慎一郎教授が評釈した判例は、韓国人と日本人の間の子供を扱っているのでも立体的に考察しやすかったです。慎一郎教授の発表を聞いて、私が理解した部分について述べたいと思います。もし私が間違って理解した部分があれば、ご指摘いただければ幸いです。そして気になる点を簡単に質問させていただきたいと思います。

1. 日本の最高裁判所令和2年7月7日判決は、「準拠法の決定及び適用について定める通則法は、新法例を全部改正したものであるところ、通則法附則 2 条は、同附則 3 条の規定による場合を除き、通則法の規定を通則法の施行日…前に生じた事項にも適用する旨を規定する。その趣旨は、新法例の規定及び平成元年改正法の施行日(平成 2 年 1 月 1 日)前に生じた事項についてなお従前の例による旨を規定する平成元年改正法附則 2 項本文により適用していた旧法例の規定のうち、通則法によって内容が実質的に変更されていないものについては、これらの規定に代えて通則法の規定を適用してもその結果に変わりがないことから、通則法の規定の遡及適用を認めることとしたものと解される。このような趣旨からすれば、旧法例に明文の規定が欠けていても他の規定の解釈等によってある規範が導かれ、これに代えて通則法の規定を適用してもその結果に変わりがない場合には、その規範は通則法によって内容が実質的に変更されていないものと評価することができるから、通則法の規定を遡及適用することとして差し支えないというべきであ

る。」と説示し通則法の遡及効を認めています。より具体的には、日本の最高裁判所は、「嫡出でない子の親子関係の成立について、旧法例は18条1項で認知による場合の準拠法を規定し、出生による場合の明文の規定を欠いており、平成元年改正法の施行前における嫡出でない子の母との間の分娩による親子関係の成立については、準拠法の決定が旧法例の解釈に委ねられていたところ、上記親子関係の成立については、分娩による直接的な結び付きがあること、親子関係の存否が確定しなければ子の本国法が定まらない場合があること等を踏まえ、旧法例22条の法意に鑑み、子の出生の当時における母の本国法によって定めるのが相当であったと解される。上記親子関係の成立については、通則法附則3条によって通則法の規定の適用が除外される場合に当たらないところ、通則法29条1項は、上記親子関係の成立についての準拠法は子の出生の当時における母の本国法であると規定するから、上記の旧法例の解釈によって導かれる規範に代えて同項を適用してもその結果が変わりがなく、同項が遡及適用されるというべきである。」と判示した。

2. したがって、日本の最高裁判所は、「以上によれば、平成元年改正法の施行前における嫡出でない子の母との間の分娩による親子関係の成立については、通則法29条1項を適用し、子の出生の当時における母の本国法によって定めるのが相当である。そうすると、XとAとの間の嫡出でない子の分娩による親子関係の成立についてAの本国法である日本法のほかに韓国の法を適用し、韓国民法 865 条 2 項所定の出訴期間の徒過を理由に上記親子関係存在確認請求に係る訴えを不適法とすることはできない。」と説示した。
3. 一方、韓国の国際私法附則は「この法の施行前に生じた事項に適用される準拠法については、従前の規定による。ただし、この法の施行前後に継続する法律関係については、この法の施行以後の法律関係についてのみ同法の規定を適用する」と規定し、国際私法上準拠法規定の遡及適用を原則として排除しています。ただ、日本の最高裁判決によって浮上した抽象的なアイデアですが、従来の国際私法上の当該法律関係について明示的な準拠法規定がない

場合には遡及適用も可能ではないかという気もします。

4. 日本とは異なり、韓国は、国際私法第57条を新設し、親子関係に関する事件の特別管轄を設けることになりました。日本の場合、親子関係に関する事件の特別管轄はどう決まるのか気になります。日本民事訴訟法の土地管轄に基づいて定めるのが通例なのでしょうか。
5. 原審判決(東京高等裁判所2018.10.18)によりますと、「親(母)Aの本国法である日本法と子Xの出生時の本国法である韓国法がともに適用されるところ、Xのこの訴えは、韓国法所定の出訴期間を経過した後の訴えとして不適法である」と判示しました。この原審判決に照らして、日本の最高裁判所は韓国法が準拠法となる場合の問題点も十分考慮したと言えるのか気になります。

第3主題

第3回 韓國國際私法學會・日本國際私法學會 共同學術大會

3rd KOPILA-PILAJ Joint Symposium of 2023

(September 16, 2023, Dong-A University School of Law, Busan, Republic of Korea)

Law Applicable to Insurance Contracts: Is it Necessary to Introduce Specific Choice-of-Law Rules?

Dai YOKOMIZO

(Nagoya University, Japan)

I. Introduction

This paper aims to examine the necessity and appropriateness of introducing specific choice-of-law rules relating to insurance contracts as well as to the direct claim against the insurer in Japanese conflict of laws (private international law), by analyzing discussions on the special rules in the European Union.

As for insurance contracts, although there have been limited number of cross-border cases in Japan, scholars have continued to deal with the issue on the law applicable to insurance contracts. In the amendment of Japanese choice-of-law rules in 2006, no special rule was introduced for insurance contracts, and there has been no academic opinion claiming for the new choice-of-law rule since then. The current discussion is focusing more on the law applicable to the claim by the victim against the insurer following a recent lower court decision as will be mentioned later.

In contrast, in the EU, different choice-of-law rules relating to insurance contracts existed in directives on different insurance contracts, and they were integrated into one provision in the Rome I Regulation with some adjustment. Furthermore, Rome II Regulation introduced a special rule relating to the direct claim by the victim against the insurer. However, the former provision is harshly criticized by academic opinions.

Thus, following questions arise: is it necessary or desirable for Japanese conflict of laws to introduce specific choice-of-law rules relating to insurance contracts and the direct claim against the insurer? If the answer is affirmative, what kind of rules would be appropriate? This paper will deal with these issues. First, it will describe the development of the discussions with regard to the law applicable to insurance contracts and related claims in Japan (II). Then, it will analyze the discussions on the special rules relating to insurance contracts as well as to the direct claim against the insurer in the EU (III). Finally, it will reflect on the necessity of introducing specific choice-of-law rules relating to insurance contracts and the direct claim against the insurer in Japan (IV).

One limitation of scope is to be mentioned at this stage. The question of the possibility of a *dépeçage* has also been discussed in the context of insurance contracts due to the fact that insurance contracts on maritime transportation often include a clause to the effect that the clauses relating to liability and harm should be interpreted in accordance with the UK law. However, since this issue also concerns other types of contracts and should be discussed in a more general way, this paper will not cover it.

II. Discussions with Regard to the Law Applicable to Insurance Contracts in Japan

In Japan, although case decisions with regard to cross-border insurance disputes were not numerous, scholars have discussed the law applicable to insurance contracts (1). They have also focused on the law applicable to the claim by the victim against the insurer since a recent lower court decision (2).

1. Insurance contracts

As for the law applicable to insurance contracts, scholars at the initial stage examined the essential nature of those contracts and proposed the applicable law accordingly. For example, one author pointed out that insurance contracts are assumed to be concluded with numerous people and are one aspect of a collective business activity, and that it follows that the unified treatment are required legally for numerous insurance contracts. Thus, he claimed that the law of the seat of the insurer's obligation, that is, the law of the insurer's seat shall govern insurance contracts.¹ In cases where an insurer operates its business activity through a business office established in a foreign country, the law applicable to insurance contracts concluded in that country shall be governed by the law of the situs of that office.² However, the author admitted that, if the parties choose another law explicitly, that law shall apply.³ This view claiming to apply the law of the seat of the insurer based on the idea that insurance business is a collective activity by way of bulk transactions have been long supported in Japan.⁴

¹ Y. Miura, "Kokusai Hoken Keiyakuho Kenkyu" [Study on International Insurance Contracts Law], K. Katayama (ed.), *Chuo Daigaku 50 Shunen Kinen Ronbunshu Hogaku no Bu* [Essays in honor of the 50th Anniversary of Chuo University: Part of Law] (1935), p. 225, pp. 233-235.

² *Ibid.*, p. 235.

³ *Ibid.*, pp. 235-236.

⁴ K. Yamato, "Hoken Keiyaku nikansuru Junkyoho" [Law Applicable to Insurance Contracts], *Shiho* [Private Law], No. 9 (1953), p. 130, pp. 134-139; T. Doi, "Shogai Hoken Keiyaku niokeru Kokusaishiho Mondai" [Issues on Private International Law in Cross-border Insurance Contracts], *Waseda Hogaku* [Waseda Law Review], Vol. 38, No. 3 & 4 (1963), p. 147, pp. 150-153.

In contrast, a different view was claimed in 1967 by Prof. Hiroshi Matsuoka.⁵ He pointed out the necessity of focusing on specific features of each type of insurance contracts, and focused on liability insurance contracts.⁶ On the one hand, whereas admitting the above-mentioned collective nature of insurance business, he supported the party autonomy like previous academic opinions.⁷ What was different from them was that he claimed that the place of the risk insured should be the most important to determine the law chosen implicitly by the parties in cases where there is no choice-of-law clause. The place of the risk insured will be the habitual residence of the insured in cases of life insurance, the situs of the property in property insurance, the liability of the insured is usually to occur in liability insurance, such as the place where a garage is located in automobile liability contracts, the place where a reactor is located in atomic energy liability insurance, the place where labor is offered in workers compensation liability insurance. He tried to justify his view in claiming that this idea is in line with recent international tendency.⁸ On the other hand, as for compulsory liability insurance, he claimed that it has substantially of a public character and loses the private character of a contract concluded by the agreement of the parties. Thus, compulsory liability insurance contracts should not be covered by the choice-of-law rule relating to contracts, and, regardless of whether there is a choice-of-law clause or not, the law obliging the conclusion of a liability insurance contract should apply, according to him.⁹

After the amendment of choice-of-law rules in 2006, it has been repeatedly confirmed that the law applicable to insurance contracts can be chosen by the parties (Article 7 of *Ho no Tekiyo ni Kansuru Tsusokuho* [Act on General Rules on Application of Laws] (Hereafter referred to as “*Tsusokuho*”)), and that, in absence of the parties’ choice, it should be most often the law of the seat of the insurer by way of Article 8 which adopts the theory of the characteristic performance.¹⁰ It is also pointed out that, in certain types of insurance contracts such as life insurance contracts, the special rule relating to

⁵ H. Matsuoka, “Sekinin Hoken Keiyaku niokeru Kokusaishiho Mondai” [Issues on Private International Law in Liability Insurance Contracts], *Handai Hogaku* [Osaka University Law Review], No. 62 (1967), p. 52.

⁶ *Ibid.*, p. 53.

⁷ *Ibid.*, pp. 67-69.

⁸ *Ibid.*, p. 70.

⁹ *Ibid.*, pp. 70-72.

¹⁰ Y. Sakurada and M. Dogauchi (eds.), *Chushaku Kokusaishiho (1)* [Commentary on Private International Law Vol. 1] (Yuhikaku, 2011), p. 209 [Y. Nakanishi]; T. Yoshizawa, “Gaikoku Kyojusha wo Hokenkeiyakusha Ken Hihokensha tosuru Seimeihoken no Junkyoho” [Law Applicable to Life Insurance Contracts in which the Contracting Party as well as the Insured is a Person Residing Abroad], *Seimei Hoken Ronshu* [Journal of Life Insurance], No. 199 (2017), p. 35, pp. 57-58.

consumer contracts is to apply.¹¹ The academic opinions seem to find the solution appropriate with regard to the law applicable to insurance contracts under the *Tsusokuho*.

Lastly, how about the case decisions about this issue? Except the cases where there is a choice-of-law clause designating the UK law in a maritime insurance contract, most often the case the court did not discuss the applicable law or declared that Japanese law is the applicable law without any serious justification and applied Japanese law.¹² This attitude seems at least implicitly in line with the above-mentioned majority of academic opinions.

2. Claim by the Victim against the Insurer

Second, as for the direct claim by the victim against the insurer, the academic opinions have been long divided. On the one hand, some authors claim that the insurance claim by the victim against the insurer should be governed by the law applicable to insurance contracts as the effect of the insurance contract upon the third party.¹³ On the other hand, other authors claim that it should be governed by the law applicable to torts since this right is allowed specially by law to assure the implementation of the victim's right arising out of a tort and hence can be considered as the effect of the tortious right.¹⁴

In this regard, one lower court considered, in a case with regard to a liability

¹¹ Yoshizawa, *ibid.*, pp. 58.

¹² Supreme Court of Judicature, Judgment, December 24, 1915, *Minroku*, Vol. 21, p. 2182 (fire insurance contracts between a Japan office of a UK insurance company and a Japanese); Tokyo District Court, Judgment, October 15, 1956, *Kaminshu*, Vol. 7, No. 10, p. 2906, Tokyo High Court, Judgment, April 9, 1960, *Kaminshu*, Vol. 11, No. 4, p. 765, Supreme Court, Judgment, October 15, 1964, *Minshu*, Vol. 18, No. 8, p. 1637 (credit insurance contract concluded between a American company and a Japan office of an American Insurance Company); Tokyo District Court, Judgment, April 26, 1965, *Kaminshu*, Vol. 16, No. 4, p. 739, Tokyo High Court, August 29, 1966, *Kaminshu*, Vol. 17, No. 7=8, p. 719 (liability insurance contracts between a Japan office of a foreign insurance company and an American residing in Japan); Kobe District Court, Judgment, April 14, 1970, *Hanrei Taimuzu*, No. 288, p. 283 (maritime insurance contract between a Japanese insurance company and a Japanese importing company); Kobe District Court, Judgment, March 30, 1983, *Hanrei Jiho*, No. 1092, p. 114; Tokyo District Court, Judgment, May 13, 1998, *Hanrei Jiho*, No. 1676, p. 129, Tokyo High Court, Judgment, February 9, 2000, *Hanrei Jiho*, No. 1749, p. 157 (Maritime Insurance Contracts between an American residing in Japan and a Japanese Insurance Company).

¹³ Doi, *supra* note (4), p. 164; Y. Aizawa, "Kokusai Hoken Keiyaku womeguru Hitotsu no Mondai: Higaisha no Chokusetsu Seikyoken no Junkyoho" [One Issue Regarding International Insurance Contracts: The Law Applicable to the Direct Claim from the Victim], *Tohoku Hogaku* [Tohoku University Law Review], No. 6 (1982), p. 1, p. 26; Sakurada and Dogauchi, *supra* note (10), p. 458 [Y. Nishitani]; F. Masuda, Case Note, *Waseda Hogaku* [Waseda Law Review], Vol. 91, No. 2 (2016), p. 67; D. Yokomizo, Case Note, *Jurisuto* [Jurist], No. 1524(2018), p. 143, p. 145.

¹⁴ Matsuoka, *supra* note (5), p. 78; M. Narazaki, Case Note, *Bessatsu Juristo* [Jurist, Special Issue], No. 210 (2012), p. 97; T. Yoshizawa, "Hoken Sakidori Tokken no Junkyoho – Chokusetsu Seikyoken no Junkyoho wo Tegakari ni" [The Law Applicable to Insurance Statutory Lien: Based on the Law Applicable to the Direct Claim], *Songai Hoken Kenkyu* [Study on Non-life Insurance], Vol. 81, No. 2 (2019), p. 49, p. 120-136.

insurance contract on traffic accidents, the direct claim as the surrogated right and characterized it as a procedural matter and applied Japanese civil law as the forum's law.¹⁵ However, there is no support from the academic opinion to this decision.

As a related issue, the law applicable to a statutory lien in connection with the right to claim an insurance payment is also under discussion in Japan since it was introduced in 2010 by the Japanese Insurance Act (Article 22(1)). In a recent case where a Japanese entity petitioned for seizure of a South Korean entity's property including its claim payment against the insurance concerning a maritime accident, based on a statutory lien, the Tokyo District Court dismissed the part of the petition concerning the insurance, in holding that, with respect to the governing law of the statutory lien claim, the governing law of the underlying claim itself (which is the subject matter of the statutory lien claim) and the governing law of the secured claim should cumulatively apply.¹⁶ The academic opinions unanimously criticized the court's holding about the cumulative application, but the law applicable to the statutory lien is divided again between the governing law of the underlying claim (insurance claim)¹⁷ and the law applicable to torts.¹⁸

III. Rules Relating to Insurance Contracts in the EU

In the EU, the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations of 1980 excluded most insurance contracts from its scope of application, and some EU directives contained choice-of-law rules.¹⁹ The Rome I Regulation integrated these rules into one provision (Article 7) with a few adjustments. Furthermore, the Rome II Regulation introduced a provision relating to the direct action against the insurer of the person liable (Article 18). In this section, these two provisions will be analyzed successively.

1. Insurance contracts

Article 7 of the Rome I Regulation is extremely complicated since it mainly integrated the previous rules without a fundamental reform.²⁰ Thus, it is harshly criticized by the

¹⁵ Tokyo District Court, Judgment, July 20, 1962, *Hanrei Jiho*, No. 311, p. 20.

¹⁶ Tokyo District Court, Judgment, Ruling, June 30, 2017, *Hanrei Taimuzu*, No. 1446, p. 93. English translation can be found in *the Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 62 (2019), p. 458/

¹⁷ Yokomizo, *supra* note (13), p. 145.

¹⁸ Yoshizawa, *supra* note (14), pp. 136-143.

¹⁹ Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life insurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services (OJ L 172, p. 1), and Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life insurance.

²⁰ F. Ferrari (ed.), *Rome I Regulation: Pochet Commentary* (selp, 2015), p. 256 [A. Staudinger].

academic opinions as a failure.²¹ We will describe the feature of the provision (A) and the criticism against it (B).

A. Features

The objective of Article 7 is to protect the policyholder as the potentially weaker party.²² It covers not only consumers but also small and medium-sized businesses. Furthermore, a high degree of predictability is also mentioned as its objective.²³

It should be first noted that this provision does not cover all types of insurance contracts. Reinsurance contracts are covered by the general choice-of-law rule relating to contracts (Art. 3 and 4)²⁴. Furthermore, contracts on mass risks situated outside the EU are not covered either by Article 7 and subject to the general rules (Art. 7 (1)). The distinction between risks situated within and outside the EU just followed the previous law.²⁵

It distinguishes two types of insurance contracts depending on the necessity of the protection for the policy-holder: contracts on mass risks and contracts on large risks. The provision regulates them differently, and it also has a special rule relating to compulsory insurance. An insurance contract covering a large risk is defined in Article 5 (d) of the First Council Directive 73/239/EEC.²⁶ Thus, transportation risks such as railway rolling stock, aircraft, ships, goods in transit, aircraft liability, liability for ships,²⁷ and risks associated with credit, insolvency or suretyship²⁸ are considered large risks. Furthermore, when the policy-holder exceeds the limits of at least two of the following three criteria (balance-sheet total: 6, 2 million Euros, net turnover: 12, 8 million Euros, average number of employees during the financial year: 250), insurance contracts are considered those on large risks.²⁹ Contracts on mass risks are contracts other than large risks (Art. 7 (3)). Thus, contracts concluded by SMEs are considered contracts on mass

²¹ In particular, see, H. Heiss, "Insurance Contracts in Rome I: Another Recent Failure of the European Legislature", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10 (2008), p. 261.

²² Staudinger, *supra* note (20), p. 257.

²³ J. Morel-Maroger, "Regard critique sur les règles de conflits de lois en matière d'assurance-vie", in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer* (LGDJ, 2015), p. 561, p. 564.

²⁴ Art. 7 (1) s. 2.

²⁵ U. P. Gruber, "Insurance Contracts", in F. Ferrari and S. Leible, *Rome I Regulation* (sellier european law publishers, 2009), p. 109, p. 123.

²⁶ First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance. Article 5 (d) was amended by Article 5 of the Second Council Directive 88/357/EEC.

²⁷ Art. 5 (d)(i).

²⁸ Art. 5 (d) (ii) (as far as the policy-holder is engaged professionally).

²⁹ Art. 5 (d) (iii).

risks if they don not deal with transportation risks or risks associated with credit, insolvency or suretyship.³⁰

a) Contracts on mass risks

Contracts on mass risks shall be governed by the law of the Member State in which the risk is situated at the time of conclusion of the contract (Art. 7 (3) subpar. 3). The location of risk shall be determined in accordance with the provisions in the directives (Art. 7(6)).³¹ Generally, the risk is situated in the Member State where the policy-holder has his habitual residence establishment. However, in insurance contracts relating to buildings the risk is located in the Member State where the building is situated. In cases of insurance relating to vehicles, it is the Member State of registration which should be considered the location of risk. Finally, in cases of policies of a duration of four months or less covering travel or holiday risks, the risk is situated in the Member State where the policy-holder took out the policy.

As for contracts on mass risks, the choice of law by the parties is exceptionally allowed in a limited way (Art. 7 (3) subpar. 1).³²

Finally, there is a rule relating to additional choice-of-law rules when the Member State is chosen by the parties as the country where the risk is located, the country where the policy holder has his/her habitual residence, and the country where one of the risks is situated in case there is a contract covering several risks located in different Member States and the policy holder pursues a commercial or industrial activity or a liberal profession (Art. 7 (3) subpar. 2). If the above-mentioned Member State has a choice-of-law rule granting greater freedom of choice, the other Member States should respect that rule and apply it as well. This provision was found in the previous

³⁰ Gruber, *supra* note (25), p. 115.

³¹ Article 2(d) of the Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and, in the case of life assurance, the country in which the risk is situated shall be the country of the commitment within the meaning of Article 1(1) (g) of Directive 2002/83/EC.

³² The alternatives are as follows:

“a) the law of any Member State where the risk is situated at the time of conclusion of the contract;
(b) the law of the country where the policy holder has his habitual residence;
(c) in the case of life assurance, the law of the Member State of which the policy holder is a national;
(d) for insurance contracts covering risks limited to events occurring in one Member State other than the Member State where the risk is situated, the law of that Member State;
(e) where the policy holder of a contract falling under this paragraph pursues a commercial or industrial activity or a liberal profession and the insurance contract covers two or more risks which relate to those activities and are situated in different Member States, the law of any of the Member States concerned or the law of the country of habitual residence of the policy holder.”

directives.³³

b) Contracts on large risks

As for contracts on large risks, choice-of-law rules are almost the same as the one relating to ordinary contracts. The parties can freely choose the applicable law. In absence of the parties' choice, the law of the country where the insurer has his habitual residence shall apply. But, this law is rebuttable, and in cases where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with another country, the law of that country shall apply (Art.7 (2)).

c) Compulsory insurance

Finally, as for compulsory insurance contracts, they are subject to the law of that country which imposes an obligation to take out insurance (Art. 7 (4)).

B. Criticism

Although some supportive views can be found in some points,³⁴ this provision is, generally speaking, harshly criticized by scholars. We will mention some of the main criticisms.

a) Scope of the provision

First, as has been mentioned earlier, Article 7 does not cover all types of insurance contracts. Reinsurance and insurance contracts on mass risks located outside the EU are excluded from its scope. This fragmentation of the international insurance law is criticized as no reasonable justification and it is proposed for the provision to cover these excluded types of insurance contracts.³⁵

b) Distinction of contracts on mass risks located between inside the EU and outside the EU

Second, Article 7 distinguishes contracts on mass risks according to whether risk is located within or outside the EU, and provides the special rule to protect the policy-holder only in the former case. However, this distinction is heavily criticized since it lacks a

³³ Gruber, *supra* note (25), p. 120.

³⁴ Gruber, *supra* note (25), p. 111 (finding the basic concept underlying Article 7 is reasonable); X. Kramer, "The New European Conflict of Law Rules on Insurance Contracts in Rome I: A Complex Compromise", *The icfai University Journal of Insurance Law*, Vol. 6 (2008), p. 23 (finding that the treatment of large-risk insurance contracts in line with other commercial contracts makes sense).

³⁵ Gruber, *supra* note (25), p. 111.

convincing explanation.³⁶

c) Location of risk

Third, the concept of the location of risk is considered complicated and unnecessary by some authors. They claim to replace it with the policy-holder's habitual residence and omit three derogations from it, the insurance of property, the insurance of registered vehicles, and the insurance of short-term holiday.³⁷

d) Options for the parties' choice in contracts on mass risks

Finally, some options for the parties' choice in Article 7 (3) are criticized.³⁸ In particular, as regards the law of the nationality of the policy holder in the case of life insurance, the use of the nationality as a connecting factor in international contracts is considered inappropriate, and practical difficulties which it would bring in cases of double nationalities or of legal persons are pointed out.³⁹

2. Direct Action against the Insurer of the Person Liable

Article 18 of the Rome II Regulation adopts the alternative connection for direct action against the insurer of the person liable. According to this provision, "the person having suffered damages may bring his or her claim directly against the insurer of the person liable to provide compensation if the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to the insurance contract so provides". This provision was inspired by Article 141 of the Swiss Act on Private International Law and Article 40 (4) of the Introductory Law to the German Civil Code (EGBGB).⁴⁰ This rule is considered to relieve the need to resolve a complex classification problem about direct claims between torts and insurance contracts.⁴¹

IV. Reflections

After having analyzed the discussions on the law applicable to insurance contracts and to

³⁶ Gruber, *supra* note (25), pp. 123-124; Morel-Maroger, *supra* note (23), pp. 568-569 (asking whether the weak party residing within the EU only deserves the protection); M-É. Ancel, P. Deumier and M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux* (2ème ed., Sirey, 2019), p. 518.

³⁷ Heiss, *supra* note (21), pp. 276-277.

³⁸ Kramer, *supra* note (34) ("superfluous").

³⁹ Morel-Maroger, *supra* note (23), p. 569.

⁴⁰ U. Magnus and P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law [ECPI] Commentary, Vol. III Rome II Regulation* (ottoschmidt, 2019), pp. 57-58 [H. Heiss].

⁴¹ *Ibid*, p. 58.

direct claim against the insurer in Japan and in the EU, we will reflect on whether it is desirable for Japanese choice-of-law rules to introduce special rules relating to these issues.

1. Insurance Contracts

First, is it necessary or desirable for Japanese choice-of-law rules to introduce a special provision relating to insurance contracts?

In the EU, the law applicable to reinsurance contracts as well as the law applicable to insurance on large risks are determined in line with the other contracts. Thus, the main difference between the EU and Japan lies in the law applicable to insurance contracts on mass risks. Furthermore, considering that insurance contracts concluded by a consumer fall within the scope of the special rule relating to consumer contracts and the protection is given for the weak party (Art. 11 of the *Tsusokuho*), the main question is whether the SMEs should be protected as the weak party in insurance contracts on mass risks.

Why does the EU protect the SMEs in insurance contracts? In this regard, it seems useful to focus on the distinction between insurance contracts on mass risks located within the EU and those outside the EU. Although the heavy criticism by the academic opinions, the Rome I Regulation kept that distinction and excluded the latter from the scope of Article 7. Why should only the policy holders having their habitual residence in the EU be protected?

In this regard, one author points out the relation of this protective rule with the deregulation of supervision.⁴² According to the author, the ECJ declared in the case of December 4, 1986 that the requirement of permanent establishment imposed under German insurance supervisory law was incompatible with the freedom to provide services.⁴³ It was the start of the cross-border sale of insurance products in the EU, and this direction was further strengthened by the so-called Second and Third Non-Life Insurance Directives⁴⁴ and the Second and Third Life Insurance Directives.⁴⁵ They

⁴² U. Magnus and P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law [ECPII] Commentary, Vol. II Rome I Regulation* (ottoschmidt, 2017), pp. 497-498 [H. Heiss].

⁴³ *Commission v. Federal Republic of Germany* (Case 205/84) [1986] ECR 3755.

⁴⁴ Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 (*supra* note (19)) and Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC (third non-life insurance Directive), OJ L 228, 11.8.1992, p. 1-23.

⁴⁵ Council Directive 90/619/EEC of 8 November 1990 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance, laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 79/267/EEC, OJ L 330, 29.11.1990, p. 50-61, and Council Directive 92/96/EEC of 10 November 1992 on the coordination of

introduced the principle of home country control, according to which supervision is conducted by the authority in the country of origin. This principle was also accompanied towards deregulation such as the elimination of prior review of insurance policy terms and conditions. The author points out that, in order to counterbalance these deregulatory measures, these directives introduced choice-of-law rules which essentially established the host country principle.⁴⁶ The above-mentioned distinction between mass risks located within the EU and those located outside the EU can be understood smoothly from this perspective. The EU found it unnecessary to provide the protection for the policy holders having their habitual residence outside the EU since the deregulation did not occur with regard to them to counterbalance with the special choice-of-law rule.

Then, a question to be considered is whether the deregulation of control have been accelerated in the other context than in the EU. The answer to this question seems clear: although the deregulation may be advanced on a country level, the deregulation on the international level remains for the future.⁴⁷ Thus, it seems unnecessary for Japanese choice-of-law rules to introduce a special rule relating to insurance contracts in order to protect the SMEs. In the current situation, it seems appropriate for Japan to deal with the law applicable to insurance contracts with general choice-of-law rules relating to contracts as well as the special rule relating to consumer contracts.⁴⁸

2. Claim by the Victim against the Insurer

Second, how about introducing a special rule relating to the direct claim against the insurer?

Considering the current situation in Japanese choice-of-law rules which are hesitant to adopt the alternative connection in civil and commercial matters,⁴⁹ a strong justification seems necessary to adopt a provision like Article 18 of the Rome II Regulation. The advantage of avoiding the complicated classification between the tort and the insurance contract seems insufficient although it was important to establish a

laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance and amending Directives 79/267/EEC and 90/619/EEC (third life assurance Directive) OJ L 360, 9.12.1992, p. 1–27.

⁴⁶ Heiss, *supra* note (42), p. 498.

⁴⁷ For the current situation of state controls on life insurance, see generally, T. Yoshizawa and D. Yokomizo, “Gaikoku Kyojusha wo Hoken Keiyakusha ken Hihokensha tosuru Seimei Hoken Keiyaku heno Togai Gaikoku no Kaigai Chokusetsu Fuho Kisei no Tekiyo Kahi” [Application of Foreign Regulations Prohibiting Direct Insurance], *Seimei Hoken Ronshu* [Journal of Life Insurance], No. 202 (2018), p. 1.

⁴⁸ And with the implicit rules relating to the application of overriding mandatory rules, in particular, in relation with compulsory insurance.

⁴⁹ In civil and commercial matters, the alternative connection is adopted only for the formality of juristic acts (Art. 10 of the *Tsusokuho*).

unified rule in the context of the EU. Thus, it seems preferable to continue to discuss the appropriate applicable law between the law applicable to torts and the law applicable to insurance contracts, rather than to introduce a new choice-of-law rule relating to this issue.⁵⁰

V. Concluding Remarks

This paper examined the necessity and appropriateness of introducing specific choice-of-law rules relating to insurance contracts and to the direct claim against the insurer in Japanese conflict of laws, by analyzing discussions on the special rules in the EU. The conclusion has become negative for both the law applicable to insurance contracts and the law applicable to the direct claim against the insurer. In addition to the above-mentioned reflections, considering the current development of the so-called InsurTec which blurs the definition of insurance, it seems prudent to avoid introducing choice-of-law rules focusing on insurance newly.

Lastly, the above-mentioned conclusion does not deny the necessity of examining the introduction of a special choice-of-law rule or a jurisdictional rule for the protection of the SMEs in a more general way. The current structure of Japanese conflict-of-law rules attaches more importance to the predictability for the parties of cross-border transactions than to the protection for the weaker parties, except for consumer contracts and labor contracts. However, there have been cases in which the inequality of the power between the companies was obvious. It will be meaningful to focus on this inequality and to introduce special rules for protecting the SMEs in the context of the validity of a choice-of-law, choice-of-court, and arbitration clause.

⁵⁰ This author considers the direct claim against the insurer and the claim against the insurance claim of the liable to the insurer by way of a statutory lien in the same framework as the question to what extent the victim can receive payment preferentially from the insurance claim and that it should be governed by the law applicable to the insurance contract in question. Yokomizo, *supra* note (13), p. 145.

**Discussant's Remark for Prof. Yokomizo's Presentation
with Regard to the Law Applicable to Insurance Contracts**

Changmin Chun

(Prof. Dr. iur., Seoul Nat'l Univ. of Science & Technology)

16 Sept. 2023

First of all, I would like to thank Professor Yokomizo for his excellent presentation and today's discussion, which provides a detailed introduction to the situation and discussion in Japan and the EU, regarding the law applicable to insurance contracts and the victim's right of direct claim against the insurer, and for his thoughtful comments on whether there is a need to introduce a relevant article in the Japanese Private International Law Act (JPILA). I would like to much appreciate Professor Yokomizo's presentation in this regard.

Actually, as a discussant, it would be difficult for me to provide meaningful comments as I have not done in-depth research on the issues of the law applicable to insurance contracts, which is the main focus of Prof. Yokomizo's presentation; thus I would like to use my discussion session as an opportunity to ask some questions and learn from Prof. Yokomizo.

1. Issues on the law applicable to insurance contracts

Prof. Yokomizo mentions that there has not been much discussion on the law applicable to insurance contracts in Japan. In this regard, I would like to know why Prof. Yokomizo thinks that there has not been much discussion on this issue in Japan. Likewise, in Korea, there has been relatively little discussion on the governing law of insurance contracts, and as a result, there is a negative opinion on the timing of introducing a special rule for insurance contracts like the EU. I wonder if the reason there has not been much discussions in Japan is because there are not many cases related to the law applicable to insurance contracts for contract issues, so that there is

not much need for it, or if there is no progress in the discussion itself because most Japanese PIL scholars think that there is no need to have a separate special governing law of insurance contracts as a special rule and that it should be resolved by the parties themselves, like general contracts. In addition, if there are arguments that a special rule for insurance contracts is necessary, such as in the EU, I am wondering what the arguments are.

As for the choice of law rules for insurance contracts provided for in Article 7 of Rome I, I think it seems that Article 7 is a political product, as Prof. Heiss and Prof. Yokomizo mentioned, and that it reflects the view of policy holder protection as a counteraction for the deregulation of insurance supervision in the EU. And as the material scope of Art 7 of Rome I which ultimately applies only to mass insurance contracts, I think, as Prof. Heiss properly pointed out, is focused on the protection of policy holders, who are, in fact, the weaker party. While the connecting factor of Article 7 is mainly the policy holder's habitual residence, which is good for the protection of the policy holders, but the associated costs for the insurer are bound to be quite high to comply with all the requirements of each policy holder.

As the conclusion, Prof. Yokomizo is not in favor of introducing a separate special connecting factor for insurance contracts, and instead suggests that it is more appropriate to discuss protecting vulnerable legal entities, such as SMEs as consumers. I do agree with the Prof. Yokomizo's view. However, I think it will be a difficult task to determine the scope of SMEs if the special rules for consumer contracts are extended to SMEs. My opinion is to be in favor of extending the choice of law rules for consumer contracts to SMEs, in that financial regulatory regimes around the world have already included the protection of legal entities that are retail investors other than professional investors in the scope of financial consumer protection. However, as mentioned earlier, I believe that the scope of such an extension will be a very challenging issue, and I would be grateful for your thoughts in this regard. In addition, regarding the interpretation of the consumer contracts rules under Japanese Private International Law Act, it would be grateful for me if you could comment on the scope of 'consumers' and the 'types of contracts' that are excluded from the application of the protection rules (e.g., contracts related to the issuance of securities, transportation contracts, etc.).

2. Issues on Direct Claim to the Insurer

Although the discussion has not progressed to a specific legislation, there is a consensus among Korean PIL scholars on the need for the rule for direct claims vis-a-vis the insurer. In 2017, the Korean Supreme Court recognized the right of direct claims for the first time (2015Da42599 Decided on 26 October 2017); therefore the need to properly reflect it in international law has also increased. Accordingly, it can be said that Korea is in a positive position to introduce a special rule for direct claims in the KPILA.

Prof. Yokomizo, on the other hand, is of the opinion that instead of introducing special rule for the direct claim, it would be preferable to continue to discuss the appropriate applicable law between the law applicable to torts and the law applicable to insurance contract laws. In connection with this conclusion, I am of the opinion that in the respect that Rome II Art. 18, German EGBGB Art. 40(4), Swiss PILA Art. 141 and Taiwan's PILA Art. 29 allow the victim may directly claim against the insurer when a direct claim is recognized under the law of torts or the law of insurance contracts, it seems that it might not be necessary to find out which of the two laws is more appropriate, but if one of them recognizes a direct claim, it may be a way to quickly protect the victim. In particular, given that English law is often designated as the law applicable to maritime liability insurance contracts and that it is difficult to exercise a direct claim under English law, it seems desirable to allow a choice between the two connection, namely the law of insurance contracts and the place of tort. I would be very grateful if you could introduce a little more about the discussions in Japan in this regard.

Once again, I'd like to thank you Prof. Yokomizo for your remarkable and excellent presentation, and I'll end this short and poor discussion here.

Discussant's Remark for Prof. Yokomizo's Presentation with Regard to the Law Applicable to Insurance Contracts

Changmin Chun

(Prof. Dr. iur., Seoul Nat'l Univ. of Science & Technology)

16 Sept. 2023

우선, 보험계약의 준거법과 피해자의 보험사에 대한 직접청구권에 관한 일본 및 EU에서의 상황과 논의를 상세히 소개하고, 일본 국제사법에 관련 조문을 신설할 필요가 있을 것인지에 대한 훌륭한 의견을 주신 Yokomizo 교수님의 발표문과 오늘의 발표를 통해 많은 것을 배우고 생각할 수 있는 기회가 되었습니다. 이 지면을 빌려 감사의 말씀을 드립니다. 사실 토론자로 나섰지만 요코미조 교수님 발표의 주 초점인 보험계약의 준거법과 관련하여 심도 있는 연구를 하지 못한 저로서 의미 있는 코멘트를 드리는 것은 어려울 것 같고, 오늘 발표문을 읽으면 궁금하였던 점을 여쭙면서 배우는 기회로 삼고 싶습니다.

1. 보험계약의 준거법 관련

우선, 요코미조 교수님께서서는 일본에서 보험계약의 준거법에 관한 논의가 많지 않다는 것을 언급하고 계십니다. 이와 관련하여, 왜 그간 일본에서 보험계약의 준거법과 관련한 논의가 많지 않았다고 보시는지 궁금합니다. 한국에서도 보험계약의 준거법에 관한 논의가 상대적으로 적은 편이고, 그에 따라 EU와 같이 보험계약에 관한 특칙을 마련하는 것에 대해서도 시기적으로 부정적이라는 의견이 형성되어 있습니다. 일본에서의 논의가 많지 않은 이유가 계약으로서의 보험계약의 준거법과 관련한 사건 자체가 많지 않기 때문에 필요성이 많지 않아서인지, 아니면 오늘 교수님께서 발표해 주신대로 특칙으로서의 보험계약의 준거법을 별도로 둘 필요가 없고 일반 계약과 동일하게 당사자자치에 의한 해결을 하면 된다는 의견이 대부분이기 때문에 논의자체의 진전이 별도로 없는 것인지 궁금합니다. 이와 더불어 혹시 EU와 같이 특칙이 필요하다는 주장이 있다면 그 논거는 무엇을 들고 있는 것인지 궁금합니다.

Rome I 제7조에서 규정하는 보험계약의 준거법 규칙은 Heiss 교수님께서 언급한 바와 같이 제7조는 정치적인 산출물로서 보험감독의 Deregulation에 따른 저축법적 피보험자 보호의 관점을 투영한 것이 분명 있다고 생각합니다. 그리고 그 물적 적용범위도 결론적으로 mass insurance contracts에만 적용되기 때문에, 교수님께서 적절히 지적하신 바와 같이 사실상 약자인 피보험자 보호에 치중하고 있다고 생각합니다. 제7조가 규정하는 연결점인 policy holder's habitual residence가 적용되므로 피보험자 보호에는 좋겠지만 그에 따라 보험사의 관련 비용

은 상당히 높아질 수밖에 없는 문제가 발생할 것입니다.

결론적으로, 교수님께서서는 보험계약의 준거법을 별도로 도입하는 것은 반대하시면서 대신 자연인이 아닌 중소기업과 같은 약자인 법인을 소비자로서 보호하기 논의가 보다 적절하다는 의견을 제시하고 계십니다. 저도 교수님의 견해에 동의합니다만, 소비자계약의 특칙을 중소기업에까지 확장하게 될 경우 중소기업의 범위를 확정하는 것은 쉽지 않은 작업으로 생각됩니다. 사건으로 금융소비자 보호와 관련하여 이미 전세계 규제법은 법인에 대해서는 전문투자자가 아닌 일반투자자인 법인의 보호를 금융소비자 보호의 범위에 포함하고 있기 때문에 국제사법상 소비자 계약의 준거법 규칙을 중소기업에까지 확장하는 것에 적극적입니다. 다만, 앞서 언급한 바와 같이 그 범위를 어떻게 할지가 매우 까다로운 과제가 될 것으로 생각합니다. 이와 관련하여 교수님의 고견을 들을 수 있으면 좋겠습니다. 아울러, 일본 국제사법상 소비자계약 규정의 해석과 관련하여 소비자의 범위와 동 규정의 적용이 배제되는 계약(예컨대, 증권발행 관련 계약, 운송계약 등)의 종류에 대해 말씀해 주시면 대단히 감사하겠습니다.

2. 직접청구권 관련

구체적인 입법방법론에 대해서까지 논의가 진전되지는 않았으나, 한국 국제사법학계에서는 직접청구권의 필요성에 대해 거의 공감대가 일치하고 있습니다. 그리고 2017년 대법원이 처음으로 직접청구권을 인정한 판례(2015Da42599 Decided October 26, 2017)도 있어 이를 국제사법에서 적절히 반영할 필요성도 커졌기 때문에 한국에서는 국제사법상 직접청구권에 관한 특칙을 도입하는데 적극적이라고 말씀 드릴 수 있습니다.

이에 반해, 요코미조 교수님께서서는 불법행위법과 보험계약법 중에서 어느 법이 더 적절할 것인지 더 논의가 필요하다는 의견을 제시하고 계십니다. 이와 관련하여, Rome II 제18조, EGBGB 제40조 제4항, 스위스 국제사법 141조, 대만 국제사법 제29조는 불법행위법 또는 보험계약법에서 직접청구권을 인정하는 경우, 피해자가 직접청구를 할 수 있도록 하고 있다는 점에서 굳이 둘 중 어느 법이 더 적절할 것인지를 찾을 것이 아니라 그 성질상 둘 중 하나가 직접청구권을 인정할 경우 그에 따라 연결하는 것이 피해자를 빠르게 보호하기 위한 방법이 아닐까 생각합니다. 특히, 해상책임보험계약의 준거법이 영국법으로 지정되는 경우가 상당하다는 점과 영국법에 따르면 직접청구권을 행사하기가 어렵다는 점을 감안하면, 결국 보험계약과 불법행위이라는 두개의 연결점 중 어느 하나를 선택할 수 있도록 하는 것이 바람직해 보입니다. 이와 관련하여 일본에서의 논의를 조금 더 소개해 주실 수 있다면 대단히 감사하겠습니다.

다시 한 번 탁견을 제시한 교수님의 발표에 감사를 드리면 부족한 토론을 여기서 마치겠습니다.

第4主題

Special Rules on Consumer Contracts and Employment Contracts (Protection of the Weaker Party)

Ai MURAKAMI (Hokkai-Gakuen University)

- I . Introduction
- II . Special Rules for Consumer Contracts and Employment Contracts in the AGRAL
- III. Similarities and Differences between the AGRAL and the KPIL
- IV. Final Remarks

I . Introduction

The Act on General Rules for Application of Laws¹ (“AGRAL”), which entered into force in 2007, introduced special choice-of-law rules for consumer and employment contracts. These special rules are one of the main features of the revised law, and their basic idea is to protect the weaker parties in terms of unequal bargaining power. The general rules for contracts are laid down in Articles 7-10 AGRAL. Articles 7 and 9 AGRAL allow the parties to choose the law applicable to their contract. If the parties have not made an express nor implicit choice, Article 8 (1) AGRAL provides for the application of the law of the country with which the contract was most closely connected at the time of its conclusion. Special rules for consumer contracts and employment contracts are laid down in Articles 11 and 12 AGRAL, respectively, and both of which adopt essentially the same protective rules modeled on the Rome Convention. The special rules adopted in the AGRAL allow the parties to choose the applicable law, but ensure that the consumer and the employee are not deprived of the protection they would otherwise have enjoyed in the absence of a choice of law.

The Korean Private International Law (“KPIL”) also provides special rules for consumer and employment contracts that are modeled on the Rome Convention (Articles 47 and 48 KPIL), and in this respect, Korean law and Japanese law have something in common. This presentation discusses the special rules for consumer and employment contracts (note that this report deals only with the rules of formation and effect, not with the formalities due to time constraints). In the following, I will first introduce the Japanese rules and court decisions, followed by a comparative analysis of the similarities and differences with the Korean rules, and then examine some issues.

¹ Law No. 78 of 21 June 2006.

II. Special Rules for Consumer Contracts and Employment Contracts in the AGRAL

This section presents the special rules for consumer contracts and employment contracts in the AGRAL in the following order: safeguards for the choice of a law other than the objectively applicable law (1), determination of the objectively applicable law (2), and consumer contracts and employment contracts subject to the special rules (3).

1) Safeguards for the Choice of a Law other than the Objectively Applicable Law

a. Overview of the Rules

According to Articles 11 (1) and 12 (1) AGRAL, the parties may choose the law applicable to their contract. However, if the law chosen by the parties is not the objectively applicable law, certain mandatory rules of the objectively applicable law will also apply. Contrary to Articles 5 and 6 of the Rome Convention, which require judges to compare the law chosen by the parties with the objectively applicable law, Articles 11(1) and 12(1) AGRAL provide that a certain mandatory rule of the objectively applicable law applies only if the consumer/employee specifies the relevant mandatory rule and expresses his/her intention to have it applied. This approach, which allows for the application of both the law chosen by the parties and the objectively determined law, is justified in terms of the protection of the weaker party. It should be noted that the preferential approach provided for in the Rome Convention and the Rome I Regulation has not been adopted because it would be difficult and burdensome for judges to compare the rules of two different legal systems.

b. Court Decisions

There are five court decisions in which the application of Article 11(1) AGRAL was at issue. Four of them concerned the validity of an investment contract between a U.S. corporation incorporated in Nevada and Japanese consumers (the applicable law was Nevada law).² In each case, the court applied the Japanese mandatory rules and declared the contract invalid. The other case involved a claim for damages for breach of a passenger transportation contract between a shipping company incorporated in Panama and Japanese consumers (the applicable law was English law).³ The court refused to apply the Japanese mandatory rule on

² Judgment of Tokyo District Court, 17 January 2017, LEX/DB25538647; Judgment of Tokyo District Court, 31 January 2017, 2017WLJPCA01318037; Judgment of Tokyo District Court, 30 March 2017, 2017WLJPCA03308004; Judgment of Tokyo District Court, 25 May 2017, 2017WLJPCA05258019.

³ Judgment of Tokyo High Court, 29 June 2017, 2017WLJPCA06296007.

the ground that the judicially created doctrine that the consumers sought to apply did not fall within the “mandatory rules” of Article 11 (1) AGRAL.

With regard to employment contracts, there are six court decisions in which employees have requested the application of the mandatory rules of the law most closely connected with the contract under Article 12(1) AGRAL. In two of these cases, the application of Article 12(1) AGRAL was refused because the law most closely connected with the contract was chosen.⁴ In three of the remaining four cases, where the work was mainly carried out in Japan and the parties had chosen foreign law, the court applied the mandatory rules of Japanese law under Article 12 (1) AGRAL.⁵ The last case, decided in March this year, is noteworthy in that it is the first time that a Japanese court has applied mandatory rules of foreign law under Article 12 (1) AGRAL.⁶ The case concerned Japanese flight crews on an international flight operated by a Dutch airline. Although the parties had chosen Japanese law and were on board based in Japan, the court held that Dutch law was the law most closely connected with the contract.

The AGRAL rules have been criticized as lacking protection because they require consumers and employees to identify the relevant mandatory rules and express an intention to seek their application. However, judging from the court decisions, such a shift of the burden to consumers or employees seems to have worked well so far.

2) Determination of the Objectively Applicable Law

a. Overview of the Rules

In the absence of a choice of law by the parties, the contract is governed by the law that is objectively applicable (Article 11(2) and Article 8 (1) AGRAL), so that this law must always be determined for consumer contracts and employment contracts, regardless of whether the parties have chosen the law or not. For consumer contracts, the objectively applicable law is always the law of the consumer’s habitual residence, while for employment contracts it is the law most closely connected with the contract. As with the general rules for contracts, the principle of the closest connection in combination with the presumption rules also applies to the employment contract. However, the presumption based on the

⁴ Judgment of Osaka District Court, Sakai Branch, 17 March 2016, 2016WLJPCA03176001; Judgment of Tokyo High Court, 24 October 2018, *Rohan* 1221, 89.

⁵ Judgment of Tokyo District Court, 18 December 2013, 2013WLJPCA12188004; Judgment of Tokyo District Court, 20 May 2016, 2016WLJPCA05208002; Judgment of Tokyo District Court, 26 September 2016, 2016WLJPCA09268020.

⁶ Judgment of Tokyo District Court, 27 March 2023, *Rohan* 1287, 17.

characteristic performance (Article 8 (2) AGRAL) does not apply to the employment contract. According to Article 12 (2) AGRAL, the employment contract is presumed to have the closest connection with the place where the work should be provided under the employment contract or, if this place cannot be identified, with the place of business at which the employee was engaged. The reason why flexible rules have been adopted for employment contracts is that these contracts are continuous and there are various types of work, so the circumstances surrounding them may vary from case to case.

b. Court Decisions

In all the court decisions concerning consumer contracts, the plaintiffs were consumers with their habitual residence in Japan, and there were no cases in which the determination of the law of the consumer's habitual residence was disputed. On the other hand, with respect to employment contracts, the determination of the law of the place most closely connected with the contract, which involved identifying the presumed place and determining whether that presumption could be rebutted, became a highly controversial issue. The solution is relatively straightforward where the employee has worked continuously in one country. In all but one such case, the court has found that country to be the "place of work" presumed to be most closely connected with the contract, and has not rebutted the presumption.⁷

Issues that have arisen in court decisions regarding employment contracts include: 1) when an employee habitually performs work in one country, but is then transferred to another country, which country is the "place of work" for purposes of the presumption, 2) in what cases the "place of work" cannot be determined, 3) what is meant by "the place of business at which the employee was engaged," and 4) when it is appropriate to rebut the presumption.

First, in cases where the employee works consecutively in more than one country, the question is whether the "place of work" changes with the transfer. In the case of an employee who worked at the UK headquarters for one year and then at a Japanese subsidiary for about three years, the court held that the "place of work" changed from the UK to Japan

⁷ Judgment of Tokyo District Court, 18 December 2013, 2013WLJPCA12188004; Judgment of Osaka District Court, Sakai Branch, 17 March 2016, 2016WLJPCA03176001; Judgment of Tokyo District Court, 20 May 2016, 2016WLJPCA05208002; Judgment of Tokyo High Court, 24 November 2016, *Rohan* 1158, 140; Judgment of Tokyo High Court, 10 April 2019, 2019WLJPCA04106011.

during the term of the contract.⁸ Some scholars argue that the “place of work” does not change if the employee temporarily carries out work in another country and then plans to return, but the court only recognized the possibility of change and did not provide clear criteria as to when the “place of work” can change.

Second, according to the explanation at the time of the legislation, cases where the “place of work” cannot be determined are assumed to be the case of employees who perform duties that span several jurisdictions (e.g., crew members of international airline flights) and the case of work performed without specifying the place of work (e.g., online program development). There is one case in which the court held that the “place of work” could not be determined for flight attendants.⁹

Third, there are two major schools of thought as to the meaning of the “place of business at which the employee was engaged.” One is based on the location of the place of business where the employee was hired, i.e., the location of the place of business where the employment contract was entered into, and the other is based on the location of the place of business where the management and employment administration are conducted. The court decision that decided this issue involved employees working as Japanese flight attendants for a Dutch airline, and in line with the latter’s view, held that the Netherlands was the “place of business at which employee was engaged”.¹⁰

Finally, the presumption may be rebutted if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country. In making this determination, the court may consider all the circumstances, but it is unclear whether the presumption in Article 12(2) AGRAL is strong or weak and what the relevant factors are. Some argue that the presumed applicable law will only be displaced if there is a clear preponderance of factors in favor of another jurisdiction. However, in cases where the “place of work” was the presumed applicable law and other factors, such as the place of conclusion of the contract or the place of employment management, were located elsewhere, some courts have overturned the presumption¹¹ and others have not.¹²

⁸ Judgment of Tokyo District Court, 26 September 2016, 2016WLJPCA09268020.

⁹ Judgment of Tokyo District Court, 27 March 2023, *Rohan* 1287, 17.

¹⁰ Judgment of Tokyo District Court, 27 March 2023, *Rohan* 1287, 17.

¹¹ Judgment of Tokyo High Court, 24 October 2018, *Rohan* 1221, 89.

¹² Judgment of Tokyo District Court, 26 September 2016, 2016WLJPCA09268020.

3) Consumer and Employment Contracts subject to the Special Rules

Contracts concluded between a consumer and a business operator are subject to the protection provided by Article 11 (1)-(5) AGRAL, but when contracts fall under one of the four scenarios listed in paragraph 6, the general rules on contracts contained in Articles 7-10 AGRAL should be applied. These can be divided into two types. The first is based on the idea of the “active consumer”. According to Article 11 (6)(i) and (ii), “active consumers” who voluntarily go to the place where the business operator is located in order to conclude a contract or receive full performance of the obligation are not protected. However, active consumers are protected again if he/she went to the place upon a “solicitation” by the business operator. The second is based on the idea of appearance. According to Article 11 (6)(iii) and (iv), the consumer is not protected if the business operator did not know the consumer’s habitual residence or mistakenly believed that the other party was not a consumer and had reasonable grounds for such ignorance or mistaken belief. With regard to employment contracts, there is no definition of a protected “employment contract,” nor is there any provision providing for exclusion from the protection of Article 12 AGRAL.

There are no court decisions that have determined whether a contract qualifies for protection under Articles 11 or 12 AGRAL. In particular, it remains to be seen, what kind of activity by a business operator towards active consumers constitutes a “solicitation” under Articles 11(6) (i) and (ii) AGRAL. The prevailing view is that e-mails, etc. to individual consumers constitute “solicitation”. However, it may become an issue in the future whether activities that are less specific to individuals, such as targeted advertising based on user data on the Internet, or advertising activities directed to the consumer’s habitual residence (e.g., opening a website in Japanese), also constitute “solicitation”.

III. Similarities and Differences between the AGRAL and the KPIL

In this section, after identifying the similarities and differences between the AGRAL and the KPIL, we would like to raise some questions about the interpretation and application of the KPIL in light of these considerations. Please note that my understanding of the Korean rules may be incorrect, in which case, please provide me with the correct information.

1) Safeguards for the Choice of a Law other than the Objectively Applicable Law

Both the AGRAL and the KPIL’s special rules on consumer and employment contracts are modeled on the Rome Convention. They share the same basic structure of allowing the parties to choose the applicable law, while guaranteeing consumers and employees the application of an objectively determined law. An important difference in this respect is that, the KPIL adopts the preferential approach provided for in the Rome

Convention (Articles 47(1) and 48(1) KPIL), whereas the AGRAL requires consumers and employees to express their intention to seek the application of a specific mandatory rule (Articles 11(1) and 12(1) AGRAL). The AGRAL did not adopt the preferential approach out of concern for the burden on judges in comparing the laws of two different legal systems.

My questions regarding the KPIL are as follows.

1. How many court decisions have applied a law other than the law chosen by the parties pursuant to Articles 47(1) and 48(1) KPIL? Please also tell us about any trends or characteristics of the cases.
2. Have judges compared the law of two different legal systems without any particular problem?

2) Determination of the Objectively Applicable Law

For consumer contracts, both the AGRAL and the KPIL provide that the objectively applicable law is the law of the consumer's habitual residence (Article 11 AGRAL and Article 47 KPIL). For employment contracts, the rules of the AGRAL and the KPIL are similar in substance, but the decision-making process is somewhat different. According to Article 48 (2) KPIL, the objectively applicable law is the law of the country where the employee habitually carries out his work or, if the employee does not habitually carry out his work in any one country, the law of the place of business that engaged him. The AGRAL has made the law most closely connected with the contract the objectively applicable law, and provides for a presumption based on factors similar to those used in the KPIL (Article 12 (2) AGRAL). Since the AGRAL gives the court wide discretion in determining the place most closely connected with the contract, including whether the presumption can be rebutted, it may be somewhat difficult for parties to predict this law.

My questions regarding the KPIL are as follows.

1. How many court decisions have applied Article 48 KPIL to determine the law of the place of work or the law of the place of business that engaged the employee as the objectively applicable law? In what cases is it understood that the law of the place of business where the employee was engaged applies? What about crew members of an international airline?
2. Have there been any court decisions applying "the law of another country most closely related to the contract" under a general exception clause in Article 21 KPIL?
3. How would you evaluate the court decisions in terms of the parties' foreseeability of the objectively applicable law?

3) Consumer and Employment Contracts subject to the Special Rules

Like the AGRAL, the KPIL provides that the special rules for consumer contracts do not apply if certain conditions are met. Article 42 (1) KPIL defines a “consumer contract” that is eligible for protection in the following three cases: (i) where a business entity conducts business activities within or towards the country of consumer’s habitual residence and the contract falls within the framework of such business activities, (ii) where a business entity receives an order from a consumer in the consumer’s country of habitual residence, (iii) where a business entity encourages a consumer to place an order in a country other than his or her country of habitual residence. The basic concept of excluding “active consumers” from the protection is common to both the AGRAL and the KPIL. The main difference is that the KPIL has a criterion that focuses on the business activities of a business entity in or towards the country of the consumer’s habitual residence, whereas the AGRAL does not have a criterion based on the business activities in general, but only on the individual activity of “soliciting” active consumers (Articles 11(6)(i) and (ii) AGRAL). Instead, the AGRAL provides exceptions based on the idea of appearance, focusing on the ignorance or misidentification of the business operator. Incidentally, with regard to employment contracts, the KPIL, like the AGRAL, does not contain any specific provisions on exceptions.

My questions regarding the KPIL are as follows.

1. How many court decisions have determined whether the consumer contract in question was eligible for protection under Article 47 KPIL? If there are such cases, please let us know what requirements were at stake and what decisions were made.
2. The KPIL contains the phrase “solicitation of transactions through advertisements” as an example of business activities of a business entity in a consumer’s habitual residence (Article 42 (1)(i)KPIL). Does this include setting up a website on the Internet, etc.? If there is any discussion about the significance of business activities “towards” the country of the consumer’s habitual residence, especially activities on the Internet, please explain.

IV. Final Remarks

This presentation has introduced the Japanese rules and court decisions on the special provisions of consumer and employment contracts, and made a brief comparison with the Korean rules. Since a comparative study of the rules in Japan and Korea would be beneficial for the future development of this field, we would be grateful if you could exchange opinions and provide us with information on the Korean rules.

ANNEX: AGRAL and KPIL (special rules on consumer and employment contracts)

Act on General Rules for Application of Laws (Japan)

Article 11 (Special Provisions for Consumer Contracts)

(1) Even when the law applicable to the formation and effect of a contract (excluding a labor contract: hereinafter referred to as a “Consumer Contract” in this Article) between a consumer (meaning an individual, excluding an individual who becomes a party to a contract as a business or for a business; hereinafter the same applies in this Article) and a business operator (meaning a juridical person and any other association or foundation and an individual who becomes a party to a contract as a business or for a business; hereinafter the same applies in this Article) as a result of a choice or a change of law under Article 7 or Article 9 is a law other than the law of the consumer’s habitual residence, if the consumer has manifested their intention to the business operator that a specific mandatory provisions from within the law of the consumer’s habitual residence should be applied, the mandatory provisions also apply to the matters stipulated by the mandatory provisions with regard to the formation and effect of the Consumer Contract.

(2) Notwithstanding Article 8, in the absence of a choice of law under Article 7 with regard to the formation and effect of a Consumer Contract, the formation and effect of the Consumer Contract are governed by the law of the consumer’s habitual residence.

(3) Even where a law other than the law of a consumer’s habitual residence is chosen under Article 7 with regard to the formation of a Consumer Contract, if the consumer has manifested their intention to the business operator that a specific mandatory provisions from within the law of the consumer’s habitual residence should be applied to the formalities for the Consumer Contract, the mandatory provisions exclusively apply to the matters stipulated by the mandatory provisions with regard to the formalities for the Consumer Contract, notwithstanding paragraphs (1), (2) and (4) of the preceding Article.

(4) Where the law of a consumer’s habitual residence is chosen under Article 7 with regard to the formation of a Consumer Contract, if the consumer has manifested their intention to the business operator that the formalities for the Consumer Contract should be governed exclusively by the law of the consumer’s habitual residence, the formalities for the Consumer Contract are governed exclusively by the law of the consumer’s habitual residence, notwithstanding paragraphs (2) and (4) of the preceding Article.

(5) In the absence of a choice of law under Article 7 with regard to the formation of a Consumer Contract, notwithstanding paragraphs (1), (2) and (4) of the preceding Article, the formalities for the Consumer Contract are governed by the law of the consumer’s habitual residence.

(6) The preceding paragraphs of this Article do not apply in any of the following cases:

(i) where a business operator's place of business that is connected with a Consumer Contract is located in a place governed by a different law from the law of a consumer's habitual residence, and the consumer proceeds to a place governed by the same law as the law of the place of business and concludes the Consumer Contract there; provided, however, that this does not apply where the consumer has been, in the place of their habitual residence, solicited by the business operator to conclude the Consumer Contract in a place governed by the same law as the law of the place of business;

(ii) where a business operator's place of business that is connected with a Consumer Contract is located in a place governed by a different law from the law of a consumer's habitual residence, and the consumer has received or has been supposed to receive the entire performance of the obligation under the Consumer Contract in a place governed by the same law as the law of the place of business; provided, however, that this does not apply where the consumer is, in the place of their habitual residence, solicited by the business operator to receive the entire performance of the obligation in a place governed by the same law as the law of the place of business;

(iii) where at the time of conclusion of a Consumer Contract a business operator did not know a consumer's habitual residence, and had adequate grounds for not knowing that; or

(iv) where at the time of conclusion of a Consumer Contract a business operator misidentified the counterparty as not being a consumer, and had adequate grounds for making that misidentification.

Article 12 (Special Provisions for Labor Contracts)

(1) Even where the applicable law to the formation and effect of a labor contract as a result of a choice or change under Article 7 or Article 9 is a law other than the law of the place with which the labor contract is most closely connected, if a worker has manifested their intention to an employer that a specific mandatory provisions from within the law of the place with which the labor contract is most closely connected should be applied, that mandatory provisions also apply to the matters stipulated in the mandatory provisions with regard to the formation and effect of the labor contract.

(2) For the purpose of the application of the preceding paragraph, the law of the place where the work should be provided under the labor contract (in cases where that place cannot be identified, the law of the place of business at which the worker was employed; the same applies in paragraph (3)) is presumed to be the law of the place with which the labor contract is most closely connected.

(3) In the absence of a choice of law under Article 7 with regard to the formation and effect of a labor contract, notwithstanding Article 8, paragraph (2), the law of the place where the work should be provided under the labor contract is presumed to be the law of the place with which the labor contract is most closely connected with regard to the formation and effect of the labor contract.

Act on Private International Law (Korea)

Article 42 (Jurisdiction over Consumer Contracts)

(1) Where a consumer who has a habitual residence in the Republic of Korea concludes a contract for a purpose other than his or her occupation or business activities, he or she may file a lawsuit with the court against the other party to the contract (referring to a person who concludes a contract for his or her occupation or business activities; hereinafter referred to as “business entity”) in any of the following cases:

1. Where a business entity engages in occupation or business activities, such as solicitation for transactions through advertising, before the conclusion of a contract in a country in which a consumer has a habitual residence (hereinafter referred to as “country of habitual residence”) or where a business entity engages in occupation or business activities, such as solicitation for transactions through advertising in a territory not included in the consumer’s country of habitual residence toward the country of habitual residence, and where the contract falls under the scope of the business entity’s occupation or business activities;
2. Where a business entity receives an order from a consumer in the consumer’s country of habitual residence;
3. Where a business entity encourages a consumer to place an order in a country other than his or her country of habitual residence.

(2) Where the habitual residence of a customer is in the Republic of Korea, a business entity may file a lawsuit over a contract under paragraph (1) (hereinafter referred to as “consumer contract”) against the consumer in the court only.

(3) Where the parties to a consumer contract reach an agreement on international jurisdiction under Article 8, such agreement shall be effective only in any of the following cases:

1. Where an agreement on international jurisdiction is reached after the occurrence of a dispute;
2. Where an international jurisdiction agreement allows a consumer to file a lawsuit not only with the court, but also with a foreign court.

Article 43 (Jurisdiction over Employment Contracts)

(1) Where an employee provides his or her labor habitually or provided such labor for the last time in the Republic of Korea, he or she may file a lawsuit against the employer with the court. The same shall also apply where the employee did not or does not habitually provide labor in the Republic of Korea, but the place of business in which the employer hired him or her existed or exists in the Republic of Korea.

(2) A lawsuit regarding an employment contract initiated by an employer against an employee may be filed with the court only, where the employee has a habitual residence in the Republic of Korea or where he or she habitually provides labor in the Republic of Korea.

(3) Where the parties to an employment contract reach an agreement on international jurisdiction under Article 8, such agreement shall be effective only in any of the following cases:

1. Where a dispute has already occurred;
2. Where an international jurisdiction agreement allows a consumer to file a lawsuit not only with the court, but also with a foreign court.

Article 47 (Consumer Contract)

(1) Even where the parties to a consumer contract choose the applicable law, the protection given to the consumer pursuant to the mandatory provisions of the country in which the habitual residence of the consumer is located shall not be deprived.

(2) Where the parties to a consumer contract do not choose the applicable law, the law of the habitual residence of the consumer shall govern, notwithstanding Article 46.

(3) Notwithstanding Article 31 (1) through (3), the method of a consumer contract shall be governed by the law of the habitual residence of the consumer.

Article 48 (Employment Contract)

(1) Even where the parties to an employment contract choose the applicable law, the protection given to the employee pursuant to the mandatory provisions of the country of the applicable law designated under paragraph (2) shall not be deprived.

(2) Where the parties to an employment contract do not choose the applicable law, the employment contract shall be governed by the law of the country in which the employee habitually provides his or her labor, notwithstanding Article 46, and where the employee does not habitually provide his or her labor within one country, the law of the country, in which the place of business of the employer who hires the employee is located, shall govern.

****Article 21 (Exception to Designation of Applicable Law)**

(1) Where the applicable law designated under this Act is slightly related to the corresponding legal relationship and where the law of another country most closely related to such legal relationship obviously exists, the law of the other country shall govern.

(2) Paragraph (1) shall not apply if the parties choose the applicable law by agreement.

Discussion - Special Rules on Consumer Contracts and Employment Contracts

(Protection of the Weaker Party)

Seong-Ho KIM (Pukyong National University)

I would like to thank Professor Ai MURAKAMI for her insightful analysis. The conference presentation introduced the choice-of-law rules on consumer contracts and employment contracts under Japanese Act on General Rules for Application of Laws ("AGRAL"), and compared them with those of Korean Private International Law ("KPIL") in detail. I would like to answer the questions as follows.

1. Safeguards for the Choice of a Law other than the Objectively Applicable Law

1. How many court decisions have applied a law other than the law chosen by the parties pursuant to Articles 47(1) and 48(1) KPIL? Please also tell us about any trends or characteristics of the cases.
2. Have judges compared the law of two different legal systems without any particular problem?

According to Article 47(1) KPIL, even if the parties to a consumer contract choose the governing law, the mandatory rules of the country of the consumer's habitual residence shall prevail. According to Article 48(1) KPIL, a choice of law made by the parties to a employment contract shall not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him/her by the mandatory rules of the law which would be applicable in the absence of choice. There appears to be a small amount of case law on these topics. This makes it difficult to analyze trends or characteristics in case law. It is however worth noting that many scholars agree that recognizing an overly broad scope for mandatory rules in situations where the parties have agreed on the governing law would undermine party autonomy more than necessary. While we'll have to wait for the accumulation of precedents, I would like to introduce two prominent cases of the Supreme Court and the lower court in the following.

(1) Korean Supreme Court Judgment 2017Da219232 dated 13 April 2023

In this case, the plaintiffs, users of Google services, sought disclosure of the transfer of personal information to third parties and damages in the form of compensatory damages for the refusal to disclose from defendant Google Incorporated and defendant Google Korea Limited. The Supreme Court held that the plaintiffs were protected by Article 30(2) and (4) of the former Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection ("Information and Communications Network Act"), which is a mandatory provision despite the governing law agreement:

- ① The right of users to request access and provision of information under the Information and Communications Network Act (Article 30, paragraph 2) embodies the constitutional right to self-determination of personal information (個人情報自己決定權) and has inherent limitations, so information and communications service providers may restrict or refuse the access and provision if there is a legitimate reason, and in particular, if a foreign law imposes a duty of non-disclosure, the contents of such foreign law may also be considered in determining the existence of a legitimate reason.
- ② However, the existence of the above-mentioned foreign laws alone does not constitute legitimate reason, and the Company must comprehensively consider whether the non-disclosure obligation under the foreign laws is in accordance with the content and purpose of the Constitution, laws, etc. of the Republic of Korea, whether the need to respect the foreign laws is significantly superior to the need to protect personal information, and whether the non-disclosure requirements required by the foreign laws have been met and the Company has actually borne the non-disclosure obligation.
- ③ In addition, even if a legitimate reason is recognized, the information and communication service provider must specify the items, and in particular, even if the information is provided to a foreign investigative agency for reasons such as national security or criminal investigation, the Company must provide the record of the provision of the information to the users unless such reason has already ended.

In conclusion, the Supreme Court held that Defendant Google was obligated to disclose the status of the information to Plaintiffs even if U.S. law provided for a duty of non-disclosure.

(2) Seoul High Court Judgment 2019Nu38108 dated 20 May 2020

This is a case in which a Netherlands-based online platform operator for accommodation booking service posted a "non-refundable" condition under "Conditions" or "Optional" in the "Room Type" section of a listing found on its platform, which prevented customers from receiving a refund of their pre-paid accommodation if they booked a room with the non-refundable condition and then canceled it. The court held that even though the company does not have a sales office in Korea, it operates a Korean-language platform for domestic consumers and conducts business through advertisements on domestic Internet portal sites, and Korean consumers use the company's platform in Korea to perform acts necessary to conclude a contract, so the platform use contract and the accommodation contract constitutes a 'consumer contract' protected by the former Article 27 KPIL and are subject to the Act on the Regulation of Terms and Conditions ("Terms and Conditions Act"), which is a mandatory law.

① However, since the non-refundable clause is included in the accommodation contract and the parties to the accommodation contract are the accommodation provider and the customer, the company is not a party to the accommodation contract.

② The accommodation provider decides whether to include the non-refundable clause in the accommodation contract, so it is difficult to see the non-refundable clause as the platform provider's terms and conditions.

③ The company cannot be seen as a person who proposes the non-refundable clause to the customer as its terms and conditions, so it is not a business entity under the Terms and Conditions Act.

2. Determination of the Objectively Applicable Law

1. How many court decisions have applied Article 48 KPIL to determine the law of the place of work or the law of the place of business that engaged the employee as the objectively applicable law?

2. In what cases is it understood that the law of the place of business where the employee was engaged applies? What about crew members of an international airline?

3. Have there been any court decisions applying "the law of another country most closely related to the contract" under a general exception clause in Article 21 KPIL?

4. How would you evaluate the court decisions in terms of the parties' foreseeability of the objectively applicable law?

Currently, it's hard to find cases related to the above questions 1, 2 and 3. For example, the Supreme Court denied the existence of an employment contract between the Bulgarian pilots and Asiana Airlines to which they were assigned.¹ If the contractual relationship had been affirmed in the case and the objective connection to the governing law had been in question, the test for determining the law of the place of work (*lex loci laboris*) or the law of the place of business would have been discussed as well.

3. Consumer and Employment Contracts subject to the Special Rules

1. How many court decisions have determined whether the consumer contract in question was eligible for protection under Article 47 KPIL? If there are such cases, please let us know what requirements were at stake and what decisions were made.

2. The KPIL contains the phrase "solicitation of transactions through advertisements" as an example of business activities of a business entity in a consumer's habitual residence (Article 42 (1)(i)KPIL). Does this include setting up a website on the Internet, etc.? If there is any discussion about the significance of business activities "towards" the country of the consumer's habitual residence, especially activities on the Internet, please explain.

(1) I think that "Article 47" of the above question 1 is a misprint for "Article 42" in context. Presently, it is difficult to find a case that recognizes 'protective jurisdiction' under Article 42 KPIL. This Article provides special rules of jurisdiction for consumer contracts primarily to protect 'passive consumers'. The essence of paragraph 1 is to recognize, for the sake of consumer protection, an international rule of jurisdiction (i.e., plaintiff's jurisdiction) that flies in the face of the principle of *actor sequitur forum rei* (the plaintiff follows the defendant's forum), a fundamental principle of civil procedure in continental-european law since roman law. In short, in order for Article 42 to apply, the contract must be one that the consumer enters into outside of his or her professional or business activities and, in addition, the consumer must, in principle, be a so-called 'passive consumer'.

(2) In order for Article 42 (1) (i) to apply, a business entity must: ①-1 engage in professional or business activities (hereinafter referred to as "business activities" for convenience only), including the solicitation of transactions through advertisements, in the country of the consumer's habitual residence prior to the conclusion of the contract; or ①-2 engage in

¹ Korean Supreme Court Judgment 2002Da56130, 56147 dated 25 June 2004

business activities, including the solicitation of transactions through advertisements, toward the country of the consumer's habitual residence outside that country; and ② the contract must fall within the scope of business activities of the business entity. In this context, solicitation of transactions through advertisements includes advertisements on Internet websites. For example, if a foreign business entity engages in business activities such as solicitation of transactions through advertisements in Korea, or engages in business activities such as solicitation of transactions through advertisements towards Korea through telecommunications or Internet, even if it does not engage in such activities in Korea, Article 42 (1) (i) can be applied. If a Korean consumer travels to a foreign country and purchases goods there on their own, even though the business entity has not conducted business activities in Korea or through the Internet, the consumer is an active consumer (or mobile consumer) and is not subject to Article 42.

In particular, ①-2 introduces a "targeted activity criterion" (or "directed to" criterion) to take into account consumer contracts concluded over the Internet or by electronic transactions. Here, the "directed activity test" limits the scope of protective jurisdiction by limiting protection to passive consumers (in principle) with a domicile in the destination. According to the general view, the establishment of a website that merely displays advertisements and is accessible to consumers does not constitute the targeted activity, but the establishment and operation of an interactive website that allows consumers to access the site, click to place an order, and pay for the order may be considered to be the targeted activity in a specific country. However, if this were to be fully recognized, the scope may be overly broadened to include, for example, business activities through the Internet that are written in English and oriented toward the entire world, so it is necessary to limit the scope appropriately. In this regard, it is worth referring to the judgment of the European Court of Justice², which presented the criteria for determining "directed activities" (auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers „ausgerichtete“ Tätigkeit) in Internet transactions.

² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 7 December 2010, Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09)

第5主題

Transnational Act of Working of Network-related Invention and Scope of Effect of Japanese Patent Rights:

Two Recent Judgments of Intellectual Property High Court of Japan

Yusuke Tanemura*

Introduction

I. Key Cases

1. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 1)*
2. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 2)*

II. Background

1. **Applicable Law**
2. **Finding of Transnational Patent Infringement**
3. **Joint Tort**

III. Analysis

1. **Law Applicable to Finding of Transnational Patent Infringement**
2. **Remaining Issues: Joint Tort**

Conclusion

Introduction

Network-related invention refers to inventions that can be worked by a combination of multiple computers, such as servers and clients, connected via a network. It includes both product and process inventions. The characteristics of acts infringing network-related inventions are that (i) the infringing act may be jointly committed by several actors and (ii) the infringing act may occur partly outside the country.¹ With regard to (ii), each element of a network-related invention is connected by informational relationships. Therefore, even if part of the act of infringing a network-related invention occurs outside the country, the technical effect of the invention is realized much like if all these elements were present in one country.²

* Professor of Private International Law, Waseda University, Japan. This paper was prepared for the 3rd KOPILA-PILAJ Joint Symposium of 2023 “Current Developments in the Law and Practice of Japanese Choice-of-Law Rules” held at Dong-A University School of Law (Busan, Republic of Korea) on September 16, 2023. I would like to thank Prof. O Seoeg-Ung (Cheongju University, Korea) and Prof. LEE Joo Yeon (Hanyang University, Korea). This work was also supported by JSPS KAKENHI Grant Number JP22K01177.

¹ Chiteki Zaisan Kenkyujo [Institute of Intellectual Property], “Nettowaku Kanren Hatsume niokeru Kokkyo o mataide Kosei sareru Shingaikoi nitaishuru Tekisetsu na Kenrihogo no Arikata nikansuru Chosa Kenkyu Hokokusho [Report on the State of Appropriate Protection of Intellectual Property Rights for Cross-Border Infringement in Network-related Invention]” (2017), *available at* <https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11250662/www.jpo.go.jp/resources/report/sonota/document/zaisan-ken-seidomondai/2016_11.pdf> (last visited on August 31, 2023), pp. 5, 8-10.

² Ryuta Hirashima, “Kokkyo o matagu Shingaikoi to Tokkyoho niyoru Hogo no Mondai [‘Cross-Border

The two key cases concerning network-related inventions recently heard by the Intellectual Property High Court of Japan involve acts of infringement that occurred partly outside Japan. Importantly, the Court held that, unlike previous Japanese precedents, these acts constitute infringement. On the other hand, interestingly, these two judgments have different conclusions regarding the formation of a joint tort, despite the similar factual situation.

In this paper, I examine these two issues, reviewing precedents in Japan and Korea.

I. Key Cases

In these cases, plaintiff X (DWANGO Co., Ltd, a Japanese corporation) brought several actions against defendants Y1 (FC2 Inc., a US corporation) and Y2 (Homepage System, Inc., a Japanese corporation) in Japanese courts seeking an injunction and damages grounded on the infringement of X's Japanese patent rights. Each of X's patents relates to a function that enables users to exchange comments on a video screen in a video hosting service. Y1 provides a video-sharing service with comments on the Internet. Y1's web servers, comments servers, and video streaming servers are located in the US.

1. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 1)*³

In *DWANGO v. FC2 (No. 1)*, X, who holds patent rights for the inventions of “display device” and “program,” sued Y1 and Y2 seeking an injunction and damages on the basis that the producing, transferring, and offering to transfer or lease of the program used in Y's services (hereinafter, “Y's program”), and the information-processing terminal device in which Y's program is installed (hereinafter, “Y's device”) fall within the technical scope of X's patent.

The Intellectual Property High Court concluded that Y's program is “provided” via the Internet.⁴ This means that Y's conduct constitutes “transferring or leasing” as an act of working. In that decision, the Court held that, although the server on which Y's program is stored is located in the territory of the US, and that part of the providing of the program via telecommunications occurs outside Japan, the providing can be viewed as occurring in the territory of Japan when it is considered substantively and totally.

Next, concerning the joint tort, the Intellectual Property High Court confirmed the formation of the joint tort by holding that Y1 and Y2 communicated with each other, used each other's acts, jointly developed (or produced) Y's program, and operated Y's services. On the other hand, it also held that the subject of the

Infringement’ and Issues of Protection by Patent Law]”, *Aipi Janaru* [Intellectual Property Journal], No. 2 (2017), pp. 25-26.

³ Intellectual Property High Court, Judgment, July 20, 2022 (2018 (Ne) 10077), *available at* LEX/DB (25572334).

⁴ Article 2, paragraph (3), item (i) of the Japanese Patent Act (Act No. 121 of 1959) provides that “[t]he term ‘work’ as used in this Act in respect of an invention means the following acts: (i) if the invention is a product (including a computer program or anything equivalent; the same applies hereinafter): the act of producing or using it, transferring or leasing it (meaning transferring it or leasing it out; this includes providing it through a telecommunications line, if it is a computer program or anything equivalent; the same applies hereinafter), exporting or importing it, or offering to transfer or lease it (this includes displaying it for the purpose of transferring or leasing it; the same applies hereinafter)”.

use of Y's device and the subject of the production (reproduction on the terminal device) of Y's program is the user and denied the subjectivity of Y1 and Y2 in these acts of working.

2. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 2)*⁵

In *DWANGO v. FC2 (No. 2)*, X, who holds the patent rights for the inventions of the “comment streaming systems,” sued Y1 and Y2 seeking an injunction and damages on the basis that the systems used in Y1's video streaming service (hereinafter, “Y's systems”) fall within the technical scope of X's patent and that the streaming of Y's files (video files and comment files) from Y's server constitutes “production” of Y's systems. X also argued that Y2 played a role as a substantially integral part of Y1.

The Intellectual Property High Court concluded that the act of producing a networked system such as the one at issue in this case constitutes the working of an invention as defined in Article 2 (3) (i) of the Japanese Patent Law. In its judgment, the Intellectual Property High Court found that these acts included both the sending of Y's files from Y's server located in the US to a user's terminal device located in Japan and the receiving of the files by the user's terminal device located in Japan. However, the Court concluded that this act of producing “can be considered to have committed in the territory of Japan,” taking into account that the sending and receiving can be considered to have taken place in Japan, that the user's terminal device located in Japan performs the main function of the invention, that the results of the invention are expressed in Japan, and that the use of the invention may affect X's economic interests in Japan.

Next, regarding joint torts, the Intellectual Property High Court denied the formation of joint torts on the basis that Y2 did not carry out the work associated with Y's services and therefore Y2 did not “produce” Y's systems. The Court also held that Y1 was the entity that “produced” Y's systems, not the user. This is because the user did not proactively “produce” the system in question.

II. Background

1. Applicable Law

When infringements occur across borders, issues on applicable law arise. There is no special provision on the infringement of intellectual property rights in the Japanese code of private international law, Act on General Rules for Application of Laws (hereinafter, “AGRAL”).⁶ In the *Card Reader case*⁷, a case under

⁵ Intellectual Property High Court, Judgment, May 26, 2023 (2022 (Ne) 10046), *available at* LEX/DB (25572920).

⁶ Act No. 78 of 2006.

⁷ *Fujimoto v. Neuron Corporation*, Supreme Court, Judgment, September 26, 2002, 56 *Minshu* (7) 1551 [2003] (English translation is available at *the Japanese Annual of International Law*, Vol. 46 (2003), p. 168 and <https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=619> (last visited on August 31, 2023)). In that case, plaintiff (appellant) X, who is a Japanese national residing in Japan and owns a US patent right on one invention, sued defendant (appellee) Y, which is a Japanese corporation and owns a Japanese patent right on the same invention, insisting that Y's manufacturing and exporting act in Japan infringed on X's US patent right. X sought an injunction and damages against Y pursuant to Article 271 (b) of the US Patent Act (35 U. S. C. § 271 (b)), which stipulates that whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer.

the old Japanese law (*Horei*⁸), the Supreme Court held that a claim for damages on the grounds of an infringed patent is characterized as a tort, and the law of the place “where the act of directly infringing the US patent has occurred and the result has been an infringement of the right”, i.e., US law, applies. As to claims for injunction and disposal under the US patent right, the Court characterized it as an effect of the patent right and held that the law of the country where the patent right was registered (US law) shall apply. Article 17 of AGRAL on torts provides for the application of the law of the place of consequence in principle.⁹ Article 22 of AGRAL places some restrictions under Japanese law when the rights and obligations relating to a tort shall be governed by a foreign law.¹⁰ With regard to such a special reservation clause (Article 11 (2) of the *Horei*¹¹), the Supreme Court in the *Card Reader* case stated the following:

“[I]n light of the Patent Law and the Civil Code of Japan, it is to be examined whether or not the act of actively inducing infringement of a patent outside of the territory where the said patent was registered meets the prerequisite for constituting a tort.”

It concluded as follows:

“Under the laws of Japan which has employed the principle of territoriality while not having such provision that allows the validity of a patent right to extend to the act of actively inducing infringement outside of its own territory as in Section 271 (b) of the U.S. Patent Act, unless a legislation or treaty comes into effect to hold this true, the act of actively inducing infringement outside of the territory of a country where the patent is registered cannot be ruled illegal or construed to meet the requisite for constituting a tort.”¹²

⁸ Act No. 10 of 1898, as amended.

⁹ Article 17 of AGRAL (Torts)

The formation and effect of a claim arising from a tort is governed by the law of the place where the result of the place where the results of the infringing act are produced. However, if it was not foreseeable under normal circumstances that the results would be produced at that place, the law of the place where the infringing act occurred shall apply.

¹⁰ Article 22 of AGRAL (Limitation on Torts by Public Policy (*ordre public*))

(1) In the rights and obligations relating to a tort shall be governed by a foreign law, claims for damages or any other remedies under that law may not be claimed if the actions causing the tort are not unlawful under Japanese law.

(2) In the rights and obligations relating to a tort shall be governed by a foreign law, even if the actions causing the tort are unlawful both under that foreign and Japanese law, the victim may not claim any greater recovery of damages or any other remedies than those available under Japanese law.

¹¹ Article 11 of the *Horei* (Creation and Effect of Obligations Imposed by Law)

(1) The creation and effect of claims arising from management of affairs without mandate, unjust enrichment, and unlawful acts are governed by the law of the place where the facts giving rise to the claim occur.

(2) As to unlawful acts, the preceding paragraph does not apply where facts occurring in a foreign country are not unlawful under Japanese law.

(3) Even if facts occurring in a foreign country are unlawful under Japanese law, the injured person shall not recover damages or have any other remedy not available under Japanese law.

¹² The Supreme Court also held that, with regard to injunction and disposal claims, Japan has adopted the

According to Article 40 of the Korean Private International Law of 2022 (hereinafter, “KPIL”), which stipulates the choice-of-law rules for intellectual property rights, the law applicable to an infringement of intellectual property rights should be the law of the place of infringement. Article 52 (1) of KPIL provides that tort shall be governed by either the law of “the place where the tortfeasor committed the wrongful act” or “the place of injury (*locus damni*)”. It stipulates the principle of *lex loci delicti commissi*, i.e., the law of the place where the tort was committed. It is interpreted that the victim may choose the law advantageous to him or her as the governing law for the tort (principle of ubiquity). In the *X-Girl* trademark case,¹³ a case under the Korean Private International Law of 2001, the Korean Supreme Court held that the act of inducement in Korea should be governed by Japanese law when the result of the alleged conduct occurred in Japan. However, it held that the act in Korea did not constitute a tort because of the principle of territoriality adopted in Japan.

2. Finding of Transnational Patent Infringement

The question of whether the act of working that includes elements outside the territory constitutes patent infringement has been discussed in relation to the principle of territoriality (under substantive law), which states that the effect of each country’s patent is acknowledged only within the country.¹⁴ Japanese case law has strictly required that the act of working be completed domestically.¹⁵ There are some precedents that hold that an act falling within the technical scope of a process invention cannot be considered an act of working on the basis that the act is not completed in Japan¹⁶; and that the “act of producing” as “work” of a product invention is limited to that in Japan, and that in order to constitute “act of producing,” a thing that satisfies all of the elements of the invention must be newly produced in Japan.¹⁷ Recent cases, however,

principle of territoriality and that it would be contrary to public policy (Article 33 of the *Horei*) to apply US law to allow these claims.

¹³ Korean Supreme Court, Judgment, 27 January, 2005 (2003 Da 62910). For this case, see Eonsuk Kim, *Chitekizaisanken to Kokusaishiho* [Intellectual Property Rights and Private International Law], (2006), p. 142; Eonsuk Kim, “Cross-border Enforcement of Patent Rights: Limits and Solutions in Current Conflict of Laws Regimes”, *Nagoya Daigaku Hoseironsyu* [Nagoya Journal of Law and Politics], No. 252 (2013), pp. 22-23.

¹⁴ “[T]erritorial principle means that as far as a patent is concerned, emergence, transfer, effect etc. of the patents of each country are governed by their respective national laws, and the effect of patents is acknowledged only within the country.” *BBS, Inc. v. Racimex Japan et al.*, Supreme Court, Judgment, July 1, 1997, 51 *Minshu* (6) 2299 [1998] (English translation is available at [the Japanese Annual of International Law](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=314), Vol. 41 (1998), p. 100 and < https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=314 > (last visited on August 31, 2023)). The principle of territoriality under substantive law refers to the latter part of the citation. See Makiko Takabe, *Jitsumu Shosetu Tokkyo Kankei Soshō* [Patent Litigation: Explication of Practice] (4th ed., 2022), p. 356; Masabumi Suzuki, “Ekkyoteki Yoso o yusuru Koi niyoru Tokkyokenshingai nikansuru Ichikosatsu [A Study on Patent Infringement by Acts with Cross-Border Elements]”, *Eru ando Tei* [Law & Technology], No. 98 (2023), pp. 13-14.

¹⁵ See Dai Yokomizo, “Intellectual Property Infringement on the Internet and Conflict of Laws”, *AIPPI Journal*, Vol. 36, No. 3 (2011), pp. 109-110.

¹⁶ Tokyo District Court, Judgment, 20 September, 2001 (2000 (Wa) 20503), reproduced in *Hanrei Jiho* [*H. J.*] (1764) 112 [2002].

¹⁷ Tokyo District Court, Judgment, 24 March, 2022 (2019 (Wa) 25152), available at LEX/DB (25572116).

tend to interpret the principle of territoriality under substantive law more loosely. For example, the Tokyo District Court held that an act of offering to transfer in Japan constitutes an infringement of Japanese patent rights, even if the transfer itself occurred outside Japan.¹⁸¹⁹

In Korea, some cases held that the provision of services using servers located outside Korea constituted an infringement of Korean patent rights.²⁰ In addition to network-related inventions, the Korean Supreme Court held that the act of manufacturing semi-finished products in Korea constitutes an infringement even if that products are exported and assembled into finished products outside Korea.²¹

3. Joint Tort

Acts of Infringement of network-related inventions may be committed jointly by several actors. The question arises as to how an infringement can be constituted when only part of the acts are committed within one country or when the actors are located across borders.

In the *Card Reader* case, Justice FUJII Masao expresses a dissenting opinion on Article 11 (2) of the *Horei*. He states the following as an interpretation of Japanese law as applied in accordance with Article 11 (2) of the *Horei*:

“[E]ven in the case where the act of a person actively inducing infringement of a patent registered with Japan was carried out outside Japan, if the act of the infringing party directly infringing the relevant patent was carried out at home, it is appropriate to construe that the party actively inducing the infringement should be regarded as a co-actor, as an instigator or an aider and abettor, involved in infringement upon the patent at home and is held liable for damages by reason of causing damage at home together with the directly infringing party.”

In contrast, *DWANGO v. FC2 (No. 2)*, the appellate review, changed the judgment of the first instance and found patent infringement.

¹⁸ Tokyo District Court, Judgment, 24 September, 2020 (2016 (Wa) 25436), *available at* LEX/DB (25571328).

¹⁹ In other cases, it was held that the act of providing services to Japanese users using servers located in a foreign country constitutes the infringement of neighboring rights on copyright (right to make transmittable). See Tokyo High Court, Judgment, 31 March, 2005 (2004 (Ne) 446), *available at* LEX/DB (28100713).

²⁰ Seoul Central District Court, Judgment, 7 September, 2007 (2006 Ga-Hap 73442); Seoul Central District Court, Judgment, 17 February, 2015 (2013 Ga-Hap 546931). For these cases, see Chiteki Zaisan Kenkyujo, *supra* note 1, pp. 322-327. For an appellate review of the latter (Seoul High Court, Judgment, 8 October, 2015 (2015 Na 2014387)), see Chiteki Zaisan Kenkyujo [Institute of Intellectual Property], “Puroguramu Kanren Hatsume niokeru Kokkyo o mataide Kosei sareru Jisshikoi oyobi Fukusu Shutai niyori Kosei sareru Jisshikoi nitaishuru Tekisetsu na Kenrihogo no Arikata nikansuru Chosa Kenkyu Hokokusyo [Report on the State of Appropriate Protection of Intellectual Property Rights for Cross-Border Act of Working and Acts of Working by Multiple Entities in Program-related Invention]” (2023), *available at* <https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken_kouhyou/2022_01.pdf> (last visited on August 31, 2023), pp. 467-470.

²¹ Korean Supreme Court, Judgment, 17 October 2019 (2019 Da 222782, 222799 (Merged)). For this case, see Chiteki Zaisan Kenkyujo, *supra* note 20, pp. xv, 470-471.

There is a precedent in Korea for joint direct infringement that does not cross borders. It clarifies the criteria for whether an alleged infringing act by multiple entities constitutes joint direct infringement or infringement by a single entity.²²

III. Analysis

1. Law Applicable to Finding of Transnational Patent Infringement

Japanese academics and practitioners are generally positive about the Intellectual Property High Court's flexible interpretation of the principle of territoriality in the two key cases and its finding of patent infringement even in cases involving partially extraterritorial conduct. What impact does this argument have on certain issues of private international law?

When the alleged act of infringement has a transnational element, whether or not the act constitutes a national patent infringement is a matter of interpretation of substantive law that arises at the stage of application of the governing law.²³ In the two key cases, the Intellectual Property High Court, relying on the *Card Reader* case, held that Japanese law was the governing law for each of the claims for injunction and disposal (effect of the patent) and for damages (tort). The Court then considered whether the Y's acts constituted "providing" or "producing."²⁴ Both cases appear to have decided this issue by applying Japanese law, which is the governing law of remedies (the effect of patent infringement), to the finding of infringement.

The above understanding justifies the conclusions in the *Card Reader* case and the *X-Girl* trademark case, as seen in Chapter II, Section 1. This is because, under Japanese law at the time, active inducement outside Japan did not constitute an infringement of Japanese patent rights.²⁵ Under current Japanese law, at least concerning the working of a network-related invention, it may constitute an infringement of Japanese patent rights even if it is done using a server located outside of Japan.

However, dissenting from the above understanding, the conflict-of-laws problem of discussing the principle of territoriality (under substantive law) after the choice-of-law has been raised.²⁶ This view prevails among private international law scholars in Japan. From this position, the answer is either (a) to

²² Seoul High Court, Judgment, 21 Augst 2017 (2015 Ra 20296). For this case, see *ibid.*, pp. xvi, 480.

²³ Shoichi Kidana ed., *Chiteki Zaisan no Kokusai Shiho Gensoku Kenkyu: Higashi Ajia karano Nikkan Kyodo Teian* [Studies on the Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights: A Japanese-Korean Joint Proposal from East Asian Points of View] (2012), p. 33. See also Annette Kur, "Applicable Law: An Alternative Proposal for International Regulation—The Max-Planck Project on International Jurisdiction and Choice of Law", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 30, No. 3 (2005), p. 968.

²⁴ In *BBS v. Racimex Japan*, *supra*, the Supreme Court also stated that "the problem of to what extent the circumstances that the product which is the object of the exercise of the said right had been assigned by the same patent holder outside Japan should be taken into account when deciding on the permissibility of the exercise of the right by the patent holder is a matter of interpretation of the Patent Law of Japan."

²⁵ This reasoning is different from the exclusion of the application of foreign law by public policy in individual cases. Cf., Yuko Nishitani, "Intellectual Property in Japanese Private International Law", *The Japanese Annual of International Law*, Vol. 48 (2005), pp. 105-106

²⁶ Dai Yokomizo, Case Note, *Hogaku Kyokai Zasshi* [Journal of the Jurisprudence Association], Vol. 120, No. 11 (2003), pp. 192-193; Dai Yokomizo, "Intellectual Property and Conflict of Laws: Between State Policies and Private Interests," *AIPPI Journal*, Vol. 35, No. 3 (2010), p. 123.

ignore the intent of the geographic scope of the substantive law, because it is not within the scope of the governing law,²⁷ or (b) to characterize the issue of patent rights as “public law” and take this intent into account.²⁸ Japanese academics who take the view (a) are critical of the majority opinion in the *Card Reader* case.

In response to viewing (a) above, however, it is pointed out that it would be problematic if the scope of effect of intellectual property rights, which are territorially limited, were not taken into account in the choice-of-law process.²⁹ It seems to be necessary to clarify which law governs the finding of transnational patent infringement.

2. Remaining Issues: Joint Tort

Another issue is the finding of a joint tort.³⁰ In principle, the law applicable to acts of inducing or aiding and abetting direct infringement should be the same as the law applicable to acts of direct infringement.³¹

²⁷ Yasuyuki Echi, “Aiotei Jidai niokeru ‘Zokuchishugi no Gensoku’ no Igi: ‘Nettowaku Kanren Hatsume’ no Kokkyo o koeta Jisshi to Tokkyoken Shingai [The Significance of ‘Principle of Territoriality’ in IoT Era: Cross-Border Act of Working of ‘Network-related Invention’ and Patent Infringement]”, in Toshiaki Makino ed., *Saishin Chiteki Zaisan Soshō Jitsumu* [Latest Intellectual Property Litigation Practice] (2020), pp. 266-268; Yasuyuki Echi, “Tokkyoken no Ekkyo Shingai: Kinji no Futatsu no Saibanrei o Sozai toshite [Cross-Border Patent Infringement: Two Recent Cases],” *Tokkyo Kenkyu* [Patent Studies] No. 74 (2022) pp. 9-10, Yasuyuki Echi, Case Note, *Hogaku Ronso* [Kyoto Law Review], Vol. 192, Nos. 1=6 (2023), p. 277.

²⁸ Yoshihisa Hayakawa, “Kokkyo o matagu Tokkyo Shingai to Kokusai Chiteki Zaisan Ho no Kaisyakuron Teki Kiban [Cross-Border Patent Infringement and Hermeneutic Basis of International Intellectual Property Law]”, *Aipi Janaru* [Intellectual Property Journal], No. 2 (2017), p. 23; Yoshiaki Sakurada and Masato Dogauchi eds., *Chushaku Kokusai Shiho (I)* [Commentary on Private International Law (1)] (2011), p. 632 [Masato Dogauchi]. For the view of treating intellectual property law as an overriding mandatory rule, see Yokomizo, *supra* note 26 (Case Note), p. 194; Yokomizo, *supra* note 26 (Intellectual property and Conflict of Laws), p. 123.

²⁹ Richard Fentiman, “Choice of Law and Intellectual Property”, in Josef Drexler and Annette Kur eds., *Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future* (2005), p. 143; Kazunori Ishiguro, *Kokkyo o koeru Chiteki Zaisan: Saibasupesuo eno Dotei to Zokuchishugi* [Intellectual Property Rights in Cross-border Settings: Territoriality, Conflict of Laws, TRIPS Agreement & The Regulatory Reform--The Road to Cyberspace] (2005), pp. 397-400. More generally, see Jun Yokoyama, “Chiikiteki ni Jokenzakerareta Gaikoku Jisshitsu Hoki no Tekiyo [Application of Foreign Spatially Conditioned Internal Rules]”, *Dokkyo Hogaku* [Dokkyo Law Review], No. 14 (1980), p. 10.

³⁰ Although in the *DWANGO v. FC2 (No. 1)*, the Intellectual Property High Court found indirect infringement on the grounds that Y’s program was a product that was only used in the production of Y’s device, the two key cases mainly dealt with the finding of joint direct infringement by the partner that jointly conducts its business activities. Further discussion is necessary when indirect infringement (contributory or secondary infringement, namely, an act involving multiple parties, that is specifically listed in patent law as an act of patent infringement) rather than joint direct infringement (that is, an act of work that satisfies all the claim components, which is not committed by a single entity but is shared by multiple entities) is at issue, and when the actor is a party assisting with the execution of business, such as a subsidiary or subcontractor, or an intermediary, such as an Internet service provider. For the last issue, see Hisao Shiomi, “Chitekizaisanken Shingai no Baikaisya no Sekinin ni kansuru Kokusaishihoho no Mondai [Private International Law on the liability of intermediary in Intellectual Property Rights infringement]”, *Tokkyo Kenkyu* [Patent Studies], No. 56 (2013), p. 20; Dai Yokomizo, “Internet Intermediaries and Conflict of Laws with Regard to IP Infringement”, *Nagoya Daigaku Hoseironsyu* [Nagoya Journal of Law and Politics], No. 285 (2020), p. 73.

³¹ See Article 3:604 (1) of Conflict of Laws in Intellectual Property: the CLIP Principles, prepared by the

In the *X-Girl* trademark case, the Korean Supreme Court decided whether damages for acts of inducing or aiding and abetting in Korea could be awarded under Japanese law, the law of the place of infringement.³² As already seen, in the *Card Reader* case, the Japanese Supreme Court characterized a claim for injunction or disposal on the grounds of infringement of a patent right as an effect of the patent right and a claim for damages as a tort. Therefore, only a claim for damages based on acts of inducing or aiding and abetting would be governed by the *lex loci delicti commissi* (in principle, the law of the place of consequence) pursuant to Article 17 of the AGRAL.³³ However, it is questionable whether such a distinction is correct.

Despite the similar situation in the two key cases, why were the Intellectual Property High Court's decisions on the finding of the joint tort divergent? There is an ongoing debate in Japan regarding the criteria under which a multi-entity infringement can be found in relation to an act of working with transnational elements.³⁴ In the two key cases, at issue was the infringement of domestic patent rights. It is different from the *Card Reader* case and the *X-Girl trademark* case, where the infringement of foreign intellectual property rights was at issue, and only the act of inducing or aiding and abetting was committed in the forum. In *DWANGO v. FC2 (No. 1)*, on the one hand, the Intellectual Property High Court focused on the fact that Y1 and Y2 had reciprocally used the components of Y's act (of providing). In *DWANGO v. FC2 (No. 2)*, on the other hand, the Court focused on the fact that Y1 had substantial control over Y2 and the users with respect to the production of Y's systems. The attitude of the Court in this regard is not consistent.

Conclusion

This paper discussed two issues, the finding of transnational patent infringement (Chapter III, Section 1) and joint tort (Chapter III, Section 2), focusing on two recent cases in the Intellectual Property High Court of Japan. It concludes that the law applicable to the infringement of intellectual property rights should govern both issues. There is no special provision on the infringement of intellectual property rights in AGRAL, and it is also unclear whether Article 17 of the Act applies to these issues. I am interested in the relationship between Articles 40 and 52 of the KPIL. It would be desirable to clarify the scope of application of both provisions.

European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), 1 December 2011.

³² See Kim, *supra* note 13 (Intellectual Property Rights and Private International Law), p. 142.

³³ Takabe, *supra* note 14, pp. 360-361; Shiomi, *supra* note 31, p. 37, fn. 41. In contrast, the law applicable to a claim for an injunction against an instigator or an aider and abettor would be the law of the country where the patent right is registered, because it would be characterized as an effect of that right. The laws applicable to both claims are often the same. In some cases, however, they may be different. See Dai Yokomizo, "Patent Infringement by Multiple Parties and Conflict of Laws", *Nagoya Daigaku Hoseironsyu* [Nagoya Journal of Law and Politics], No. 250 (2013), pp. 210-211.

The Japanese Patent Act is negative toward a claim for an injunction against an instigator or an aider and abettor. See, for example, Intellectual Property High Court, Judgment, 8 October, 2015 (2015 (Ne) 10097), available at LEX/DB (25447500).

³⁴ See Yokomizo, *supra*, pp. 212-214.

ネットワーク関連発明の越境的な実施行為と日本特許権の効力が及ぶ範囲：
近時の日本の2つの知財高裁判決を素材に

種村 佑介*

はじめに

I. 近時の2つの知財高裁判決

1. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 1)* 事件判決
2. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 2)* 事件判決

II. 背景

1. 知的財産権侵害の準拠法
2. 領域外行為についての侵害の認定
3. 共同不法行為

III. 分析

1. 領域外行為についての侵害の認定の準拠法
2. 残された課題：共同不法行為

おわりに

はじめに

ネットワーク関連発明とは、サーバ、クライアントのような、ネットワークを介して接続された複数のコンピュータの組合せによって実施され得る発明を意味する。これには物の発明と方法の発明の双方が含まれる。ネットワーク関連発明を侵害する行為の特徴は、(i)侵害行為が複数の行為者によって共同して行われる可能性があること、(ii)侵害行為の一部が国外で行われる可能性があることである¹。(ii)について、ネットワーク関連発明を構成する各要素は、情報関係性によって結合されている。したがって、ネットワーク関連発明を侵害する行為の一部が国外で行われたとしても、発明の技術的效果は、これらの要素がすべて1つの国に存在する場合とほぼ同様に実現される²。

* 早稲田大学教授。本稿は、the 3rd KOPILA-PILAJ Joint Symposium of 2023 “Current Developments in the Law and Practice of Japanese Choice-of-Law Rules” held at Dong-A University School of Law (Busan, Republic of Korea) on September 16, 2023 のために用意されたものである。素晴らしいセッションの機会をいただいた Prof. O Seoeg-Ung (Cheongju University) および Prof. LEE Joo Yeon (Hanyang University) に、心より感謝申し上げる。本研究はまた、JSPS 科研費 JP22K01177 の助成を受けたものである。

¹ 知的財産研究所「ネットワーク関連発明における国境をまたいで構成される侵害行為に対する適切な権利保護の在り方に関する調査研究報告書」(2017年)5、8-10頁。

² 平嶋竜太「『国境を跨ぐ侵害行為』と特許法による保護の問題」IPジャーナル2号(2017年)25-26頁。

最近、日本の知的財産高等裁判所で審理されたネットワーク関連発明に関する2つの重要な事件は、その一部が日本国外で行われた侵害行為に関するものであった。重要なことは、これまでの日本の判例とは異なり、これらの行為は侵害にあたるとしたことである。一方、興味深いことに、この2つの判決は、事実関係が類似しているにもかかわらず、共同不法行為の成立について異なる結論を下している。

本稿において、私は日本と韓国における先例を概観しつつ、これら2つの問題について検討する。

I. 近時の2つの知財高裁判決

これらの事件は、原告 X（日本法人である株式会社ドワンゴ）が、被告 Y1（米国法人である FC2 Inc.）及び被告 Y2（日本法人である株式会社ホームページシステム）に対し、X の日本特許権侵害に基づく差止め及び損害賠償を求める複数の訴訟を日本の裁判所に提起したものである。X の各特許は、動画共有サービスにおいて、ユーザが動画画面上でコメントを交換できる機能に関するものである。Y1 は、インターネット上でコメント付きの動画共有サービスを提供している。Y1 のウェブサーバ、コメント用サーバ、ビデオストリーミング用サーバは米国にある。

1. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 1)* 事件判決³

この事件では、「表示装置」及び「プログラム」の発明について特許権を有する X が、Y1 及び Y2 に対し、Y のサービスにおいて使用されるプログラム（以下、「Y らプログラム」という）及び Y のプログラムがインストールされた情報処理端末装置（以下、「Y ら装置」という）の製造、譲渡及び譲渡等の申し出が X の特許権の技術的範囲に属するとして、その差止め及び損害賠償を求める訴えを提起した。

知的財産高等裁判所は、Y らプログラムはインターネットを介して「提供」される（日本特許法2条3項1号にいう「電気通信回線を通じた提供」に該当する）と結論づけた⁴。つまり、Y の行為は、実施行為としての「譲渡等」に該当する。同判決では、Y らプログラムが保存されているサーバは米国にあり、電気通信を介したプログラムの提供の一部は日本国外で行われているが、実質的かつ総合的に考慮すれば、その提供は日本国内において行われているとみることができるとした。

³ 知財高判令和 4・7・20（裁判所 Web、LEX/DB 25572334）

⁴ 日本特許法 2 条 3 項 1 号は、以下のように規定する。

「この法律で発明について『実施』とは、次に掲げる行為をいう。

一 物（プログラム等を含む。以下同じ。）の発明にあつては、その物の生産、使用、譲渡等（譲渡及び貸渡しをいい、その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む。以下同じ。）、輸出若しくは輸入又は譲渡等の申出（譲渡等のための展示を含む。以下同じ。）をする行為」。

次に、共同不法行為について、知財高裁は、Y1とY2は、互いに連絡を取り合い、互いの行為を利用し、Yらプログラムを共同で開発（生産）し、Yのサービスを運営しているとして、共同不法行為の成立を肯定した。また、Yら装置の利用主体、Yらプログラムの生産（端末装置への複製）主体はユーザであるとし、これらの実施行為におけるY1、Y2の主体性を否定した。

2. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 2)* 事件判決⁵

この事件では、「コメント配信システム」に関する発明の特許権を有するXが、Y1の動画配信サービスで使用されているシステム（以下、「Yシステム」という）がXの特許権の技術的範囲に属し、YのサーバからYのファイル（動画ファイル及びコメントファイル）を配信することがYシステムの「生産」に当たるとして、Y1及びY2に対し、差止及び損害賠償を求める訴訟を提起した。またXは、Y2はY1と実質的に一体的な役割を果たしていると主張した。

知的財産高等裁判所は、本件で問題となったようなネットワーク型システムを生産する行為は、日本特許法2条3項1号にいう発明の実施に該当すると結論づけた。同裁判所は、これらの行為には、米国にあるYのサーバから日本にあるユーザの端末装置へのYのファイルの送信と、日本にあるユーザの端末装置による受信の両方が含まれると認定した。しかし、送受信が日本国内で行われたとみることができること、日本国内にあるユーザの端末装置が発明の主要な機能を果たすこと、発明の結果が日本国内で表現されること、発明の使用が日本国内のXの経済的利益に影響を与え得ることなどを考慮すると、この生産行為は「日本国内で行われたとみることができる」と結論づけた。

次に、共同不法行為について、裁判所は、Y2はYのサービスに関する業務を行っておらず、Y2はYシステムを「生産」していないとして、Y1とY2の共同不法行為を否定した。また、Y1がYシステムを「生産」した主体であり、ユーザではないとした。なぜなら、ユーザは当該システムを主体的に「生産」したわけではないからである。

II. 背景

1. 知的財産権侵害の準拠法

侵害行為が国境を跨いで構成される場合、いずれの国の法律を適用するかが問題となる。日本の法の適用に関する通則法（Act on General Rules for Application of Laws。以下、「AGRAL」⁶）には知的財産権侵害についての規定はない。日本の旧法（法例）⁷下の事件である、いわゆるカードリーダー事件判決⁸で、最高裁は、特許権侵害を理由とする損害賠償請求についてはこれを

⁵ 知財高判令和 5・5・26（裁判所 Web、令和 4 年（ネ）10046 号）

⁶ Act No. 78 of 2006.

⁷ Act No. 10 of 1898.

⁸ 最判平成 14・9・26 民集 56 巻 7 号 1551 頁。この事件では、ある発明について米国特許権を有する日本在住の日本人である原告（上告人）X が、同じ発明について日本特許権を有する日本人である被告（被上告人）Y に対し、Y の日本国内における製造・輸出行為が X の米国特許権を侵害すると主張した。X は、特許権侵害を積極的に教唆した者は侵害者として責任を負うと規

不法行為と性質決定し、「本件米国特許権の直接侵害行為が行われ、権利侵害という結果が生じた」地、すなわち米国法が適用されるとした。米国特許権にもとづく差止請求や破棄請求について、最高裁はこれを特許権の効力と性質決定し、特許権が登録された国の法（米国法）が適用されるとした。不法行為に関する AGRAL17 条は、第一義的に結果発生地法を適用する⁹。また同 22 条は、不法行為について外国法が準拠法となる場合に、日本法による制限をかけている¹⁰。このような特別留保条項（法例 11 条 2 項¹¹）に関し、カードリーダー事件判決における最高裁は、「我が国の特許法及び民法に照らし、特許権侵害を登録された国の領域外において積極的に誘導する行為が、不法行為の成立要件を具備するか否かを検討すべき」としたうえで、「属地主義の原則を採り、米国特許法 271 条(b)項のように特許権の効力を自国の領域外における積極的誘導行為に及ぼすことを可能とする規定を持たない我が国の法律の下においては、これを認める立法又は条約のない限り、特許権の効力が及ばない、登録国の領域外において特許権侵害を積極的に誘導する行為について、違法ということはできず、不法行為の成立要件を具備するものと解することはできない」とした¹²。

知識財産権に関する準拠法選択規定を定めた 2022 年韓国国際私法（以下、「KPIL」）40 条によれば、知的財産権の侵害に適用される法律は侵害地の法律であるべきである。そして、KPIL52

定する米国特許法第 271 条(b)項（35 U. S. C. § 271 (b)）にもとづき、Y に対して差止及び損害賠償を請求した。

⁹ AGRAL17 条（不法行為）

「不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、加害行為の結果が発生した地の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法による。」

¹⁰ AGRAL22 条（不法行為についての公序による制限）

「不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法を適用すべき事実が日本法によれば不法とならないときは、当該外国法に基づく損害賠償その他の処分の請求は、することができない。

2 不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法を適用すべき事実が当該外国法及び日本法により不法となるときであっても、被害者は、日本法により認められる損害賠償その他の処分でなければ請求することができない。」

¹¹ 法例 11 条

「事務管理、不当利得又ハ不法行為ニ因リテ生スル債権ノ成立及ヒ効力ハ其原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律ニ依ル

2 前項ノ規定ハ不法行為ニ付テハ外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス

3 外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依リテ不法ナルトキト雖モ被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ処分ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス」

¹² 最高裁はまた、差止めおよび廃棄請求についても、日本が属地主義の原則を採用しており、米国法を適用してこれらの請求を認めることは公序（法例 33 条）に反するとした。

条1項は、不法行為は「行動地」または「結果発生地」のいずれかの法に準拠すると規定している。これは不法行為地法主義、すなわち不法行為が行われた場所の法律に従うと定めるものである。被害者は自分にとって有利な法律を不法行為の準拠法として選択できると解釈されている（遍在理論）。*X-Girl* 商標事件判決（2001年韓国国際私法下での事案）において、韓国最高裁は、被疑行為の結果が日本で発生した場合、韓国における誘引行為は日本法に準拠すべきであるとした。しかし、日本では属地主義の原則が採用されているため、韓国での行為は不法行為を構成しないとされた¹³。

2. 領域外行為についての侵害の認定

領域外の要素を含む実施行為が特許侵害にあたるかどうかは、各国の特許の効力はその国内においてのみ認められるという（実質法上の）属地主義の原則との関係で議論されてきた¹⁴。すなわち、従来の日本の裁判例は、実施行為が国内で完結することを厳格に求めてきた¹⁵。先例では、「国内において……方法の特許の技術的範囲に属する行為を完結していない」ために実施と評価できないとするものや¹⁶、*DWANGO v. FC2 (No. 2)*事件の原審判決¹⁷においても、「物の発明の『実施』としての……『生産』は、日本国内におけるものに限定され……、上記の『生産』に当たるためには、特許発明の構成要件の全てを満たす物が、日本国内において新たに作り出されることが必要」とされてきたのである。他方で、近時は譲渡自体が日本国外で行われた場合にも国内における譲渡の申出を日本の特許権の侵害行為と判断するもの¹⁸など、実質法上の属地主義を緩やかに解する例もある¹⁹。

¹³ Korean Supreme Court, Judgment, 27 January 2005 (2003 Da 62910). 同判決については、金彦叔「知的財産権と国際私法」（信山社、2006年）142頁；Eonsuk Kim「Cross-border Enforcement of Patent Rights: Limits and Solutions in Current Conflict of Laws Regimes」名古屋大学法政論集 252号（2013年）22-23頁を参照せよ。

¹⁴ 最判平成9・7・1民集51巻6号2299頁[BBS]は、属地主義の原則につき、「各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められることを意味する」とした。実質法上の属地主義は、その後段部分を指す。高部真規子『実務詳説特許関係訴訟』（金融財政事情研究会、第4版、2022年）356頁、鈴木將文「越境的要素を有する行為による特許権侵害に関する一考察」L&T98号（2023年）13-14頁。

¹⁵ See Dai Yokomizo, “Intellectual Property Infringement on the Internet and Conflict of Laws”, *AIPPI Journal*, Vol. 36, No. 3 (2011), pp. 109-110.

¹⁶ 東京地判平成13・9・20判時1764号112頁。

¹⁷ 東京地判令和4・3・24（裁判所Web、LEX/DB25572116）。これに対し、控訴審である *DWANGO v. FC2 (No. 2)*事件判決は、原審判決を変更して特許権侵害を認めた。

¹⁸ 東京地判令和2・9・24[2016 (Wa) 25436]。

¹⁹ その他、国外に設置されたサーバを用いた国内利用者へのサービス提供が著作隣接権（送信可能化権）侵害とされた事例として、東京高判平成17・3・31[2004 (Ne) 446]参照。

韓国では、いくつかの裁判例が韓国外に設置されたサーバを用いたサービス提供は韓国特許権の侵害を構成すると判示した²⁰。また、ネットワーク関連発明に加えて、韓国最高裁は、韓国国内で半製品を製造する行為は、その製品が韓国外に輸出され完成品に組み立てられたとしても侵害に当たると判示した²¹。

3. 共同不法行為

ネットワーク関連発明の侵害は、複数の行為者によって共有される場合がある。侵害行為の一部のみが国内で行われる場合、あるいは行為者が国境を越えて存在する場合、侵害はどのように構成されるかが問題となる。

カードリーダー事件判決において、藤井正雄裁判官は、法例 11 条 2 項に関する法廷意見に対する反対意見を表明している。藤井裁判官は、法制 11 条 2 項に従って適用される日本法の解釈として、以下のように述べている。すなわち、「我が国で登録された特許権の侵害を積極的に誘導する者の行為が我が国の国外で行われた場合であっても、特許権侵害者の直接侵害行為が国内で行われたときは、侵害を積極的に誘導した者は、国内における特許権侵害に加担した教唆者又は幫助者として共同行為者とみなされ、直接侵害者と一体となって国内での損害を生じさせたものとして損害賠償責任を負うべきものと解するのが相当である」、と。

韓国には、国境を越えない実施行為に関して 1 つの裁判例がある。この判例は、複数主体による侵害被疑行為が共同侵害にあたるか、単一主体による侵害にあたるかの基準を明確にしている²²。

²⁰ Seoul Central District Court, Judgment, 7 September 2007 (2006 Ga-Hap 73442); Seoul Central District Court, Judgment, 17 February 2015 (2013 Ga-Hap 546931). 両判決については、知的財産研究所・前掲注 1・322-327 頁参照。なお、後者の控訴審判決（Seoul High Court, Judgment, 8 October 2015 (2015 Na 2014387)）につき、知的財産研究所「プログラム関連発明における国境を跨いで構成される実施行為及び複数主体により構成される実施行為に対する適切な権利保護の在り方に関する調査研究報告書」（2023 年）467-470 頁参照。

²¹ Korean Supreme Court, Judgment, 17 October 2019 (2019 Da 222782, 222799 (Merged)) 「医療用糸挿入装置」は、国内で特許発明の実施のための部品または構成のすべてが生産されたり、ほとんどの生産段階を終え主要構成をすべて備えた半製品が生産され、これが 1 つの主体に輸出され、最後の段階での加工・組み立てが行われることが予定されており、そのような加工・組み立てが極めて些細であったり、または簡単で、上記のような部品全体の生産または半製品の生産だけでも、特許発明の各構成要素が有機的に結合した一体として有する作用効果を実現できる状態に達したならば、例外的に国内で特許発明の実施製品が生産されたもののように見るのが、特許権の実質的保護に符合すると判示した。この判決については、知的財産研究所・前掲注 20・xv、470-471 頁参照。

²² Seoul High Court, Judgment, 21 Augst 2017 (2015 Ra 20296) 「医療用室挿入装置」は、複数の主体が単一の特許発明の一部の構成要素を分担して実施する場合であっても、複数の主体のうち、①いずれかの単一主体が他の主体の実施を支配・管理し、その他の主体の実施によって営

III. 分析

1. 領域外行為についての侵害の認定の準拠法

日本の学者や実務家は、知的財産高等裁判所が重要な事件において属地主義の原則を柔軟に解釈し、部分的に域外的な行為を含む事件でも特許侵害を認定したことについて、概して肯定的である。この議論は、国際私法のいくつかの問題にどのような影響を与えるのだろうか。

領域外行為についての侵害の認定は、準拠法の適用段階で生じる実質法の解釈問題である²³。Key cases において、知的財産高等裁判所は、カードリーダー事件判決に依拠して差止・廃棄請求（特許権の効力）と損害賠償請求（不法行為）のそれぞれにつき日本法が準拠法となると判示した。そのうえで同裁判所は、Y 氏による行為が「提供」や「生産」に該当するかどうかを検討したのである²⁴。両判決は、救済方法（特許権侵害の効力）の準拠法である日本法を侵害の成立の問題にも適用して、この問題を判断しているように見える。

以上の理解は、第 II 章第 1 節でみたカードリーダー事件判決と X-Girl 商標事件判決の結論を正当化するものである。なぜなら、当時の日本法では、日本国外で行われた誘引行為は、日本特許権の侵害を構成しなかったからである²⁵。現在の日本法では、少なくともネットワーク関連発明の実施に関しては、たとえ日本国外にあるサーバを使用して行われたとしても、日本の特許権の侵害となる可能性がある。

しかし、上記のような理解に異議を唱えつつ、準拠法選択の後に（実質法上の）属地主義を論じることの抵触法上の問題性が指摘されている²⁶。実際、日本の国際私法学者の間では、このよう

業上の利益を得る場合には、他の主体の実施を支配・管理しながら営業上の利益を得るいずれかの単一主体が単独で、②複数の主体がそれぞれ他の主体の実施行為を認識してこれを利用する意思、すなわち、異なる主体の実施行為を利用して共同で特許発明を実施する意思を持って、特許発明の全体の構成要素を分けて実施する場合には、これら複数の主体が共同で特許発明をしたとみるのが妥当であると判示した。同判決については、知的財産研究所・前掲注 20・xvi、480 頁参照。

²³ 木棚照一編著『知的財産の国際私法原則研究—東アジアからの日韓共同提案』（成文堂、2012 年）33 頁。See also Annette Kur, “Applicable Law: An Alternative Proposal for International Regulation—The Max-Planck Project on International Jurisdiction and Choice of Law”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 30, No. 3 (2005), p. 968.

²⁴ 前掲最判平成 9・7・1 も、「権利行使の対象とされている製品が当該特許権者等により国外において譲渡されたという事情を、特許権者による特許権の行使の可否の判断に当たってどのように考慮するかは、専ら我が国の特許法の解釈の問題というべきである」とする。

²⁵ この理由付けは、個別事案での公序による外国法の適用排除とは異なるものである。Yuko Nishitani, “Intellectual Property in Japanese Private International Law”, *The Japanese Annual of International Law*, Vol. 48 (2005), pp. 105-106 と対比せよ。

²⁶ 横溝大「判批」法協 120 巻 11 号（2003 年）192-193 頁；Dai Yokomizo, “Intellectual Property and Conflict of Laws: Between State Policies and Private Interests”, *AIPPI Journal*, Vol. 35, No. 3 (2010), p. 123.

な見解が有力である。この立場からは、(a)準拠法とされる実質法規が有する場所的・空間的適用範囲の意思は準拠法の範囲外であるとして、これを無視するか²⁷、(b)特許権をめぐる問題を「公法的法律関係」と性質決定してこれを考慮するか²⁸のいずれかが答えとなる。(a)の考え方をとる日本の学者の多くは、カードリーダー事件判決の多数意見に批判的である。

しかしながら、上記(a)の考え方に対しては、地域的に限定される知的財産権の効力範囲を準拠法選択の過程でまったく考慮しないことの問題性が指摘される²⁹。国境を越えた特許権侵害の成立について、どの法律が適用されるのかを明確にする必要があると思われる。

2. 残された課題：共同不法行為

もう一つの問題は、共同不法行為の認定である³⁰。原則として、直接侵害行為の教唆・帮助行為の準拠法は直接侵害行為の準拠法と同じ法であるべきである³¹。X-Girl商標事件判決において、韓国最高裁は、韓国における教唆・帮助行為に対する損害賠償請求が、侵害地法である日

²⁷ 愛知靖之「IoT時代における『属地主義の原則』の意義—『ネットワーク関連発明』の国境を越えた実施と特許権侵害」牧野利秋編『最新知的財産訴訟実務』（青林書院、2020年）266-268頁、同「特許権の越境侵害—近時の2つの裁判例を素材として」特許研究74号（2022年）9-10頁、同「判批」論叢192巻1=6号（2023年）277頁。

²⁸ 早川吉尚「国境を跨ぐ特許侵害と国際知的財産法の解釈論的基盤」IPジャーナル2号（2017年）23頁。同旨、櫻田嘉章＝道垣内正人『注釈国際私法(1)』（有斐閣、2011年）632頁〔道垣内正人〕。また、知的財産法を強行的適用法規ととらえる見解として、横溝・前掲注26・194頁；Yokomizo, *supra* note 26, p. 123 参照。

²⁹ Richard Fentiman, “Choice of Law and Intellectual Property”, in Josef Drexler and Annette Kur eds., *Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future* (2005), p. 143；石黒一憲『国境を越える知的財産——サイバースペースへの道程と属地主義』（信山社、2005年）397-400頁。より一般的には、横山潤「地域的に条件づけられた外国実質法規の適用」獨協14号（1980年）10頁を参照せよ。

³⁰ *DWANGO v. FC2 (No. 1)* 事件判決において、知的財産高等裁判所はYらプログラムがYら装置の生産にのみ用いられる物であるとの理由で間接侵害の成立を認めたが、2つのKey casesでは、事業を共同して行うパートナーによる共同直接侵害の成否が主として争われた。共同直接侵害（単一の主体ではなく、複数の主体が分担して、クレームの構成要件をすべて満たす実施行為）ではなく、間接侵害（寄与侵害、二次的侵害。ここでは、複数者が関与する行為のうち、特許法が特許権侵害行為として限定列挙しているものを指す）の成否が争われる場合、および、行為者が子会社や下請企業のような履行補助者か、またはインターネット・サービス・プロバイダのような媒介者である場合には、さらなる議論が必要である。最後の論点につき、潮海久雄「知的財産権侵害の媒介者の責任に関する国際私法上の問題」特許研究56号（2013年）20頁；Dai Yokomizo「Internet Intermediaries and Conflict of Laws with Regard to IP Infringement」名古屋大学法政論集285号（2020年）73頁を参照せよ。

³¹ See Article 3:604 (1) of Conflict of Laws in Intellectual Property: the CLIP Principles, prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), 1 December 2011.

本法のもとで認められるか否かを判断した³²。すでにみたように、カードリーダー事件判決において、日本の最高裁は特許権侵害を理由とする差止・廃棄請求を特許権の効力、損害賠償請求を不法行為と性質決定している。このため、少なくとも教唆・幫助行為に対する損害賠償請求は、AGRAL17条のもとで不法行為地法（第一義的には結果発生地法）により規律される³³。しかし、このような区別が正当であるかは議論の余地がある。

Key casesで、同じような事実関係にもかかわらず、共同不法行為の認定に関する知的財産高等裁判所の判断が分かれたのはなぜか。国境を越えた実施行為について、どのような基準で複数主体による侵害が認定されるのか、日本では議論が続いている³⁴。Key casesでは、内国特許権の侵害が争われた。これは、外国知的財産権の侵害が争われ、かつ教唆・幫助行為のみが法廷地で行われていたカードリーダー事件判決やX-Girl商標事件判決とは異なる。一方で、DWANGO v. FC2 (No. 1)事件判決では、知的財産高等裁判所はY1とY2が一連の（提供）行為の構成要素を相互に利用していた点に着目した。他方でDWANGO v. FC2 (No. 2)事件判決では、Y1がYシステムの生産についてY2およびユーザーを実質的に支配していたことを重視した。この点に関する裁判所の態度は必ずしも一貫していない。

おわりに

本稿では、(i)国境を越えた特許権侵害の認定と(ii)共同不法行為の認定という2つの論点について、最近の知的財産高等裁判所の2つの判例を中心に論じた。本稿の結論は、これらの問題はいずれも知的財産権侵害の準拠法によるべきである、というものである。AGRALには知的財産権侵害に関する特別な規定はなく、同法第17条がこれらの問題に適用されるかどうか不明確ではない。私は、KPIL第40条と第52条の関係に興味がある。両規定の適用範囲を明確にすることが望ましいように思われる。

³² 金・前掲注13・142頁参照。

³³ 高部・前掲注14・360-361頁、潮海・前掲注30・37頁注41。これに対し、教唆・幫助者に対する差止請求の準拠法は、特許権の効力の問題として登録国法によることになる。両請求の準拠法は一致することが多いが、異なる場合もありうる。Dai Yokomizo「Patent Infringement by Multiple Parties and Conflict of Laws」名古屋大学法政論集250号（2013年）210-211頁参照。

なお、日本の特許法は特許権侵害の教唆・幫助者に対する差止請求に否定的である。たとえば、知財高判平成27年10月8日裁判所Web（平成27年（ネ）10097号）参照。

³⁴ Yokomizo・同上212-214頁参照。

**Transnational Act of Working of Network-related Invention and
Scope of Effect of Japanese Patent Rights:
Two Recent Judgments of Intellectual Property High Court of Japan**

YUSUKE TANEMURA

Contents

- ▶ Introduction
- ▶ I. Key Cases
 - ▶ 1. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 1)*
 - ▶ 2. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 2)*
- ▶ II. Background
 - ▶ 1. Applicable Law
 - ▶ 2. Finding of Transnational Patent Infringement
 - ▶ 3. Joint Tort
- ▶ III. Analysis
 - ▶ 1. Law Applicable to Finding of Transnational Patent Infringement
 - ▶ 2. Remaining Issues: Joint Tort
- ▶ Conclusion

Introduction

3

- ▶ What is a network-related invention?
- ▶ The characteristics of acts infringing network-related invention:
 - ▶ (i) the infringing act may be jointly committed by several actors.
 - ▶ (ii) the infringing act may occur partly outside the country.
 - ▶ Even if part of the act of infringing a network-related invention occurs outside the country, the technical effect of the invention is realized much like if all these elements were present in one country.

Introduction

4

- ▶ Key Cases
 - ▶ 1. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 1)*
 - ▶ 2. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 2)*
- ▶ These cases involve acts of infringement that occurred partly outside Japan.
- ▶ The Intellectual Property High Court of Japan held that, unlike previous Japanese precedents, these acts constitute infringement.
- ▶ On the other hand, these two judgments have different conclusions regarding the formation of a joint tort, despite the similar factual situation.

I. Key Cases

- ▶ Plaintiff X (DWANGO Co., Ltd, a Japanese corporation)
- ▶ Defendants
 - ▶ Y1 (FC2 Inc., a US corporation)
 - ▶ Y2 (Homepage System, Inc., a Japanese corporation)
- ▶ X sought an injunction and damages grounded on the infringement of X's Japanese patent rights.
- ▶ Each of X's patents relates to a function that enables users to exchange comments on a video screen in a video hosting service.
- ▶ Y1 provides a video-sharing service with comments on the Internet. Y1's web servers, comments servers, and video streaming servers are located in the US.

I. Key Cases

1. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 1)*

- ▶ X holds patent rights for the inventions of “display device” and “program.”
- ▶ X sued Y1 and Y2 seeking an injunction and damages.
- ▶ X argued that the producing, transferring, and offering to transfer or lease of Y's program, and Y's device in which Y's program is installed fall within the technical scope of X's patent.

I. Key Cases

1. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 1)*

7

- ▶ The Intellectual Property High Court concluded that Y's program is "provided" via the Internet.
- ▶ The Court held that, although the server on which Y's program is stored is located in the territory of the US, and that part of the providing of the program via telecommunications occurs outside Japan, the providing can be viewed as occurring in the territory of Japan when it is considered substantively and totally.
- ▶ The Court also confirmed the formation of joint torts, stating that Y1 and Y2 communicated with each other, used each other's acts, jointly developed (or produced) Y's program, and operated the Y's services.

I. Key Cases

2. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 2)*

8

- ▶ X holds the patent rights for the inventions of the "comment streaming systems."
- ▶ X sued Y1 and Y2 seeking an injunction and damages.
- ▶ X argued that Y's systems fall within the technical scope of X's patent and that the streaming of Y's files from Y's server constitutes "production" of Y's systems.
- ▶ X also argued that Y2 played a role as a substantially integral part of Y1.

I. Key Cases

2. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 2)*

9

- ▶ The Intellectual Property High Court found that these acts included both the sending of Y's files from Y's server located in the US to a user's terminal device located in Japan and the receiving of the files by the user's terminal device located in Japan.
- ▶ The Court concluded that this act of producing "can be considered to have committed in the territory of Japan," taking into account
 - ▶ (i) that the sending and receiving can be considered to have taken place in Japan,
 - ▶ (ii) that the user's terminal device located in Japan performs the main function of the invention,
 - ▶ (iii) that the results of the invention are expressed in Japan, and
 - ▶ (iv) that the use of the invention may affect X's economic interests in Japan.

I. Key Cases

2. *DWANGO Co., Ltd v. FC2 Inc. and Homepage System, Inc. (No. 2)*

10

- ▶ The Court denied the formation of joint torts on the basis that Y2 did not carry out the work associated with Y's services and therefore Y2 did not "produce" Y's systems.
- ▶ The Court also held that Y1 was the entity that "produced" Y's systems, not the user. This is because the user did not proactively "produce" the system in question.

II. Background

11

1. Applicable Law

- ▶ There is no special provision on the infringement of intellectual property rights in the Japanese code of private international law, Act on General Rules for Application of Laws (hereinafter, “AGRAL”).
- ▶ In the *Card Reader* case*, the Supreme Court held that a claim for damages on the grounds of an infringed patent is characterized as a tort, and the law of the place “where the act of directly infringing the US patent has occurred and the result has been an infringement of the right”, i.e., US law, applies. As to claims for injunction and disposal under the US patent right, the Court characterized it as an effect of the patent right and held that the law of the country where the patent right was registered (US law) shall apply.
 - ▶ * Plaintiff (appellant) X, who is a Japanese national residing in Japan and owns a US patent right on one invention, sued defendant (appellee) Y, which is a Japanese corporation and owns a Japanese patent right on the same invention, insisting that Y’s manufacturing and exporting act in Japan infringed on X’s US patent right. X sought an injunction and damages against Y pursuant to Article 271 (b) of the US Patent Act (35 U. S. C. § 271 (b)), which stipulates that whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer.

II. Background

12

1. Applicable Law

- ▶ Article 17 of AGRAL (Torts)
 - ▶ The formation and effect of a claim arising from a tort is governed by the law of the place where the result of the place where the results of the infringing act are produced. However, if it was not foreseeable under normal circumstances that the results would be produced at that place, the law of the place where the infringing act occurred shall apply.
- ▶ Article 22 of AGRAL (Limitation on Torts by Public Policy (*ordre public*))
 - ▶ (1) In the rights and obligations relating to a tort shall be governed by a foreign law, claims for damages or any other remedies under that law may not be claimed if the actions causing the tort are not unlawful under Japanese law.
- ▶ Article 11 of the *Horei* (Creation and Effect of Obligations Imposed by Law)
 - ▶ (1) The creation and effect of claims arising from management of affairs without mandate, unjust enrichment, and unlawful acts are governed by the law of the place where the facts giving rise to the claim occur.
 - ▶ (2) As to unlawful acts, the preceding paragraph does not apply where facts occurring in a foreign country are not unlawful under Japanese law.

II. Background

13

1. Applicable Law

- ▶ With regard to the special reservation clause (Article 11 (2) of the *Horei*), the Supreme stated the following:

“[I]n light of the Patent Law and the Civil Code of Japan, it is to be examined whether or not the act of actively inducing infringement of a patent outside of the territory where the said patent was registered meets the prerequisite for constituting a tort.”

- ▶ It concluded as follows:

“Under the laws of Japan which has employed the principle of territoriality while not having such provision that allows the validity of a patent right to extend to the act of actively inducing infringement outside of its own territory as in Section 271 (b) of the U.S. Patent Act, unless a legislation or treaty comes into effect to hold this true, the act of actively inducing infringement outside of the territory of a country where the patent is registered cannot be ruled illegal or construed to meet the requisite for constituting a tort.”

II. Background

14

1. Applicable Law

- ▶ According to Article 40 of the Korean Private International Law of 2022 (hereinafter, “KPIL”), which stipulates the choice-of-law rules for intellectual property rights, the law applicable to an infringement of intellectual property rights should be the law of the place of infringement.
- ▶ Article 52 (1) of KPIL provides that tort shall be governed by either the law of “the place where the tortfeasor committed the wrongful act” or “the place of injury (*locus damni*)”.
- ▶ In the *X-Girl* trademark case, a case under the Korean Private International Law of 2001, the Korean Supreme Court held that the act of inducement in Korea should be governed by Japanese law when the result of alleged conduct occurred in Japan. However, it held that the act in Korea did not constitute a tort because of the principle of territoriality adopted in Japan.

2. Finding of Transnational Patent Infringement

15

- ▶ The principle of territoriality under substantive law: the effect of each country's patent is acknowledged only within the country.
- ▶ Japanese case law has strictly required that the act of working be completed domestically.
- ▶ However, recent Japanese cases tend to interpret this principle more loosely.

2. Finding of Transnational Patent Infringement

16

- ▶ In Korea, some cases held that the provision of services using servers located outside Korea constituted an infringement of Korean patent rights.
 - ▶ Seoul Central District Court, Judgment, 7 September, 2007 (2006 Ga-Hap 73442);
Seoul Central District Court, Judgment, 17 February, 2015 (2013 Ga-Hap 546931);
Seoul High Court, Judgment, 8 October, 2015 (2015 Na 2014387)
- ▶ The Korean Supreme Court held that the act of manufacturing semi-finished products in Korea constitutes an infringement even if that products are exported and assembled into finished products outside Korea.
 - ▶ Korean Supreme Court, Judgment, 17 October 2019 (2019 Da 222782, 222799 (Merged))

3. Joint Tort

17

- ▶ How can an infringement be constituted when only part of the acts are committed within one country or when the actors are located across borders?
- ▶ In the *Card Reader* case, Justice FUJII Masao states the following as an interpretation of Japanese law as applied in accordance with Article 11 (2) of the *Horei*:

“[E]ven in the case where the act of a person actively inducing infringement of a patent registered with Japan was carried out outside Japan, if the act of the infringing party directly infringing the relevant patent was carried out at home, it is appropriate to construe that the party actively inducing the infringement should be regarded as a co-actor, as an instigator or an aider and abettor, involved in infringement upon the patent at home and is held liable for damages by reason of causing damage at home together with the directly infringing party.”

3. Joint Tort

18

- ▶ In Korea, the Seoul High Court clarifies the criteria for whether an alleged infringing act by multiple entities constitutes joint direct infringement or infringement by a single entity.
 - ▶ Seoul High Court, Judgment, 21 Augst 2017 (2015 Ra 20296)

III. Analysis

19

1. Law Applicable to Finding of Transnational Patent Infringement

- ▶ What impact does the two key cases have on certain issues of private international law?
- ▶ When the alleged act of infringement has a transnational element, whether or not the act constitutes a national patent infringement is a matter of interpretation of substantive law that arises at the stage of application of the governing law.
- ▶ The two key cases appear to have decided this issue by applying Japanese law, which is the governing law of remedies, to the finding of infringement.
- ▶ This understanding justifies the conclusions in the *Card Reader* case and the *X-Girl* trademark case.

1. Law Applicable to Finding of Transnational Patent Infringement

20

- ▶ However, the conflict-of-laws problem of discussing the principle of territoriality after the choice-of-law has been raised.
- ▶ From this position, the answer is either
 - ▶ (a) to ignore the intent of the geographic scope of the substantive law, because it is not within the scope of the governing law, or
 - ⇔ It is pointed out that it would be problematic if the scope of effect of intellectual property rights, which are territorially limited, were not taken into account in the choice-of-law process.
 - ▶ (b) to characterize the issue on patent rights as “public law” and take this intent into account.
- ▶ Japanese academics who take the view (a) are critical of the majority opinion (⇒ slide 13) in the *Card Reader* case.

III. Analysis

2. Remaining Issues: Joint Tort

21

- ▶ In principle, the law applicable to acts of inducing or aiding and abetting direct infringement should be the same as the law applicable to acts of direct infringement.
- ▶ The two key cases mainly dealt with the finding of joint direct infringement by the partner that jointly conducts its business activities.
 - ▶ Further discussion is necessary
 - ▶ (i) when indirect infringement (contributory or secondary infringement) is at issue, and
 - ▶ (ii) when the actor is a party assisting with the execution of business, such as a subsidiary or subcontractor, or an intermediary, such as an Internet service provider.

2. Remaining Issues: Joint Tort

22

- ▶ In the *X-Girl* trademark case, the Korean Supreme Court decided whether damages for acts of inducing or aiding and abetting in Korea could be awarded under Japanese law, the law of the place of infringement.
- ▶ According to the *Card Reader* Case, only a claim for damages based on acts of inducing or aiding and abetting is governed by the *lex loci delicti commissi* (in principle, the law of the place of consequence) pursuant to Article 17 of the AGRAL. In contrast, the law applicable to a claim for an injunction against an instigator or an aider and abettor would be the law of the country where the patent right is registered, because it would be characterized as an effect of that right.

2. Remaining Issues: Joint Tort

23

- ▶ Despite the similar situation in the two key cases, why were the Intellectual Property High Court's decisions on the finding of the joint tort divergent?
- ▶ In the two key cases, at issue was the infringement of domestic patent rights. It is different from the *Card Reader* case and the *X-Girl trademark* case, where the infringement of foreign intellectual property rights was at issue, and only the act of inducing or aiding and abetting was committed in the forum.
- ▶ In *DWANGO v. FC2 (No. 1)*, the Intellectual Property High Court focused on the fact that Y1 and Y2 had reciprocally used the components of Y's act (of providing).
- ▶ In *DWANGO v. FC2 (No. 2)*, the Court focused on the fact that Y1 had substantial control over Y2 and the users with respect to the production of Y's systems.

Conclusion

24

- ▶ This paper concludes that the law applicable to the infringement of intellectual property rights should govern the finding of both transnational patent infringement and joint tort.
- ▶ Suggestion: I am interested in the relationship between Articles 40 and 52 of the KPIL. It would be desirable to clarify the scope of application of both provisions.

관심 가져주셔서 정말 감사합니다!

Thank you very much for your attention!

tanemura@waseda.jp

**Discussion on Prof. Tanemura's "Transnational Act of Working of Network-related Invention
and Scope of Effect of Japanese Patent Rights: Two Recent Judgments of Intellectual
Property High Court of Japan"**

Lee, Ju Yoen (Hanyang University School of Law)

Prof. Tanemura's paper deals with very important but also difficult issues of whether to recognize (i) patent infringement and (ii) joint tort when certain cross-border acts are at issue in a patent infringement case. I would like to express my sincere gratitude to Prof. Tanemura for this wonderful presentation.

Prof. Tanemura concluded that, in terms of private international law, both issues (i) and (ii) should be decided by the applicable law to the infringement of intellectual property rights (hereafter "IPRs"), which I fully agree with. In this context, Prof. Tanemura expressed his interest in the relationship between Articles 40 and 52 of the Korean Private International Law Act (hereafter "KOPIA"), which I would like to comment on briefly. First, Article 40 stipulates the law of the place of infringement, which will be the *lex loci protectionis* in the context of an infringement case, as the applicable law regarding IPR infringement and its remedies and is a special provision in relation to Article 52.¹ Therefore, it can be said that Article 52 does not apply to IPR infringement cases. In the *X-Girl trademark* case, the South Korean Supreme Court held that Japanese law—the law of the place of infringement—is the applicable law under Article 24 of the former KOPIA (Article 40 of the current KOPIA) for the question of whether the South Korean defendant was an aider or abettor in the infringement of the Japanese trademark.² In the light of this precedent, it seems that the applicable law will be determined according to Article 40 (not Article 52) of the KOPIA even in cases where joint tortious acts of IPR infringement are at issue.

If issues (i) and (ii) are to be governed by the law applicable to IPR infringement, it becomes critical

¹ This is the same as the relationship between Article 4 of REGULATION (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), which deals with the law applicable to general torts, and Article 8 of Rome II, which deals with the law applicable to IPR infringement as one of the special torts.

² Korean Supreme Court, Judgment, 22 July 2004 (2003 Da 62910).

to determine the place of infringement. In a real lawsuit, however, the place of infringement would be determined based on the plaintiff's claim, say, "my patent right has been infringed in country X". For example, in the *Card Reader* case, the Japanese court ruled that U.S. law was the applicable law because the plaintiff alleged that the plaintiff's U.S. patent was infringed. The question seems to be whether it is justified to apply Article 22 of the Act on General Rules for Application of Laws (*Horei* Articles 11(2) and 33), i.e., to consider the U.S. patent law as a violation of Japanese public policy because it is against the principle of territoriality. I would be interested to hear Prof. Tanemura's thoughts on this. And in light of the recent trend in Japanese courts towards a more relaxed interpretation of the principle of territoriality under substantive law, I am curious to hear Prof. Tanemura's thoughts on whether the *Card Reader* case might have had a different outcome had a Japanese court decided it today.

Next, the Japanese courts, in accordance with the ruling in the *Card Reader* case, have divided remedies into two categories by the following characterization: Injunction and disposal claims are characterized as a question of the effect of the patent right and thus are governed by the law of the country where the patent right was registered, while damages claims are characterized as a question of tort and thus are governed by the law of the place of consequence of the patent infringement. In order to be logically consistent with the ruling in the *Card Reader* case, the characterization of the patent infringement, which is a prerequisite for the granting of remedies, would also have to be dualized: the effect of the patent right (one for injunction and disposal claims), and tort (the other for damages). In my humble opinion, however, it's a bit awkward. In a case where a plaintiff alleges that its patent rights have been infringed in country X, the country of registration and the place of consequences will refer to the same country (i.e., country X). Therefore, it is questionable whether such a distinction is necessary. I would like to ask Prof. Tanemura to answer whether it is difficult under Japanese law to unify the two, e.g., to characterize them both as a question of the effect of patent right or as a question of tort, or whether there is any practical reason to maintain such a distinction between the two.

This ends my discussion. Thank you very much.

타네무라 교수님의 발표, "네트워크 관련 발명의 국경을 넘는 실시행위와 일본 특허권의 효력이 미치는 범위: 최근 일본 지재고재의 두 판결을 소재로"에 대한 토론문

이주연(한양대학교 법학전문대학원)

오늘날 글로벌화된 세계에서 국경을 넘는 어떠한 행위(들)에 대해 특허권 침해가 문제될 경우, (i) 특허권 침해의 인정과 (ii) 공동불법행위의 인정이라는 실무상 매우 중요하고도 해결이 어려운 문제에 대한 타네무라 교수님의 발표문을 읽고 많은 공부가 되었습니다. 훌륭한 발표를 준비해주신 타네무라 교수님께 진심으로 감사의 인사를 드립니다.

타네무라 교수님께서 국제사법과의 관계에서 위 (i), (ii)의 문제는 모두 지식재산권 침해의 준거법에 따라야 한다고 말씀하셨고, 저도 이러한 타네무라 교수님의 의견에 전적으로 동의합니다. 이와 관련하여 타네무라 교수님께서 한국 국제사법 중 지식재산권 보호의 준거법에 관한 제40조와 불법행위의 준거법에 관한 제52조의 관계에 관심을 표하셨기에 이 토론문에서 이에 대하여 짧게 코멘트하고자 합니다. 먼저 제40조는 지식재산권 침해 및 구제수단에 관하여 보호국법으로서 침해지법을 준거법으로 규정한 것으로서, 제52조에 대한 특칙적 규정이라고 할 수 있습니다. 따라서 지식재산권 침해 사건에서는 제52조는 적용되지 않는다고 하겠습니다.¹ X-Girl 상표사건에서 한국 대법원이 한국인 피고의 일본 상표권 침해에 대한 교사 또는 방조행위가 성립하는지에 대하여 구 국제사법 제24조(현재 국제사법 40조)에 의하여 침해지법인 일본법이 준거법이라고 판시한 것²에 비추어서도, 지식재산권 침해의 공동불법행위가 문제되는 경우에도 국제사법 제40조에 의한 준거법만 판단하면 되고, 제52조의 적용은 문제되지 않을 것이라 생각합니다.

위 (i), (ii)의 문제를 지식재산권 침해의 준거법에 따라야 한다면, 침해지 판단이 중요합니다. 그런데 현실의 소송에서 침해지란 어느 국가에서 자신의 지식재산권이 침해되었다고 하는 원고의 주장에 따르게 될 것입니다. 예컨대 카드 리더기 사건에서 일본 법원이 미국법이 준거법이라고 한 것도 원고가 자신의 미국 특허권 침해를 주장하였기 때문이라 생각합니다. 문제는 일본 법 적용에 관한 통칙법 제22조(법제 11조 2항과 33조)를 적용하는 것, 즉 미국 특허법이 속지주의 원칙에 어긋난다는 이유로 일본(법정지)의 공서 위반이라 보는 것이 타당한가에 있는 것 같습니다. 이

¹ 이는 계약외채무의 준거법에 관한 2007년 7월 11일 유럽의회 및 이사회의 No 864/2007규정("로마II") 중 일반불법행위에 관한 제4조와 특수불법행위의 하나로서 지식재산권 침해의 준거법을 정한 제8조의 관계와 같다고 볼 수 있습니다.

² 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003다62910 판결.

점에 대한 타네무라 교수님의 고견을 청해 듣고 싶습니다. 그리고 최근 실질법상의 속지주의를 완화하여 해석하는 일본 법원의 트렌드에 비추어 볼 때, 만약 카드 리더기 사건을 만약 (2002년 이 아닌) 오늘날 현재 일본 법원에서 판단을 내렸다면 다른 결과가 내려졌을 수도 있는지, 이점에 대한 타네무라 교수님의 생각이 궁금합니다.

다음으로, 일본 법원은 카드 리더기 사건의 법리에 따라 구제수단의 성질결정을 이원화하여, 금지·폐기 청구는 특허권의 효력 문제로 성질결정하고 그 준거법은 특허등록국법이라 하고, 손해배상청구는 불법행위의 문제로 성질결정하고 그 준거법은 특허권침해의 결과발생지법이라 합니다. 이와 같은 일본 법원의 태도와 논리적 일관성을 유지하려면 그 구제수단이 주어지기 위한 전제인 특허권 침해의 성질결정도 이원화해야 할 것입니다. 그러나 저의 짧은 생각으로는, 이는 좀 어색한 것 같습니다. 원고가 자신의 어느 국가의 특허권이 침해되었다고 주장하는 사안에서 특허등록국과 결과발생지국은 같은 나라를 지칭하게 될 것인데, 굳이 양자를 이원화하여 구별할 필요가 있는지 의문입니다. 예컨대 양자 모두 특허권의 효력 문제로 성질결정하거나 혹은 불법행위로 성질결정하는 식으로 일원화하는 것이 일본법의 체계상 어려운지, 아니면 양자를 이원화해야 할 어떠한 실익이 있는지, 이 점에 대한 답변을 타네무라 교수님께 청합니다.

이상으로 저의 부족한 토론을 마칩니다. 감사합니다.