法例新規定第二八条第三項について

畑 場 準 一

一九八九年に改正された法例第二八条の第三項は、次のように規定する。

「当事者が地方ニ依リ法律ヲ異ニスル国ノ国籍ヲ有スルトキハ其国ノ規則ニ従ヒ指定セラルル法律若シ其規則ナキトキハ当事者ニ最モ密接ナル関係アル地方ノ法律ヲ当事者ノ本国法トスル」

本項は、法例の旧規定第二七条第三項が「地方ニ依リ法律ヲ異ニスル国ノ人民ニ付テハ其者ノ属スル地方ノ法律ニ依ル」と規定していたのを改正したものである。両者の規定の仕方の相違からも明白な通り、今回改正の趣旨は以下の処にあったのである。(一)旧規定はいわゆる直接指定方式を定めたものであると解し

た上で、これを間接指定方式に改める。⁽¹⁾

(二)本国に当面の問題に関する「其国ノ規則」のない場合を予め想定し、この場合の補充的措置として「若シ其規則ナキトキハ」「当事者ニ最モ密接ナル関係アル地方ノ法律」を「本国法トスル」⁽²⁾。

要するに、我が法例が独自に定める直接的な決定の前に、本国の定めるところに従う間接指定方式を導入し、先ずは「其国ノ規則ニ従ヒ指定セラルル法律」を本国法とする。次いで「若シ其規則ナキトキハ」「当事者ニ最モ密接ナル関係アル地方ノ法律」つまり最密接関係地法を本国法とする。このように、順序の付いた決定方法に依って、段階的に本国法を特定することと

した。本國法特定過程の第一段階は間接指定、第二段階は直接指定⁽¹⁾、こうした段階的決定方法に改められたのである。

(1) この点は、極めて明確に意識されている。次などを参照。

参議院法務委員会審議(平成元年六月一六日)政府委員(藤井正雄・法務省民事局長) 答弁・民事月報四四巻号外『法例改正特集』三八七頁(澤木敬郎・南敏文(編)『新しい国際私法』所収四二六～二七頁)。

現行法のいわゆる直接指定方式から、当該国にこのための特別規定がある場合はそれによる間接指定方式に変更している。これは、ヘーグ国際私法会議の作成した各種の条約がいずれも間接指定方式によっていること、間接指定方式によれば、当該当事者がその本國で裁判がされる場合と同じ法律によることができ、指定方式としては、この方が優れていることを理由とする⁽²⁾。(南敏文・法例の一部改正について・民事月報四四巻号外右掲二・六一～六二頁(家庭裁判月報四一巻一・一五四～一五五頁))

(2) ここには次のことが明らかである。この場合の決定基準が日本の法律、つまり我が法例二八条三項であること、この場合における本國法特定の具体的な基準

が最密接関係地であり、その如何に依って本國法が最終的に特定されること、これらである。

旧規定第二七条第三項が直接指定方式を採用するものであることは、旧規定の立法者自身の意図するところであった⁽³⁾。今回改正の立法者も、そのように認識していたことは明らかである。しかし近時の有力な学説は、周知のように、この方式に早くから疑問を抱き、同項を間接指定として解釈すべきことを、ほぼ一致して説いてきた⁽⁴⁾。この立場に従えば、今回の改正で問題とすべきは、次の処に限られよう。直接指定に依らねばならない場合の具体的な基準が「属スル地方」から「最モ密接ナル関係アル地方」に代えられた処⁽⁵⁾、および第一段階で間接指定に依るときに決定される問題の対象が文言の上では「属スル地方ノ法律」から「指定セララル法律」に改訂されている点⁽⁵⁾、これらだけである。筆者はこの後者の点に興味を感じている。些細な疑問であり重大なものでもないかも知れないが、今後の立法作業に関係するところも無くはないと思うので、ここに多少の考察を加えてみたい。「属スル地方ノ法律」

から「指定セラルル法律」への文言上の変更が、規範の内容に如何なる変更を及ぼしたのか、あるいは何ら変更を生ぜしめなかったのか、この問題である。

(3) 穂積陳重『法例議事速記録第二巻』一五一・一五二頁、『法例修正案理由書』四八・四九頁。なお、旧法例(明治二三年)第八條第一項の規定は次であった。

「本國法ヲ適用ス可キ諸般ノ場合ニ於テ……地方ニ依リ法律ヲ異ニスル國ノ人民ハ其住所ノ法律ニ從フ若シ住所レサルトキハ其居所ノ法律ニ依ル。」

(4) 山田鐙一『國際私法』八三頁。参照 久保岩太郎・現行法例の成立について(総則の部)『國際身分法の研究』所収七四・七六・八一頁(四)(『青山法學論集四卷三号一五・四五・六〇頁(4)』など。

(5) もっとも、この点に改訂があったと云えるのは、旧規定の第二七条第三項が間接指定方式を採っている和解する場合だけである。それを直接指定方式と捉えている限り、間接指定を定めた規範はない。そもそも改正・変更の対象となる規範は存在せず、従って改訂の余地も在り得ないからである。こう考えると、今回の改正は、従前からある規範を改訂すると共に、これまでにはなかった新しい規範をも導入したことになる。

今回の立法作業に関わる資料のうち、右の点を明確

にできるものは見当らない。同様の事情にある他の法律の立法過程を顧ることにする。「扶養義務の準拠法に関する法律(昭和六一年)」の第七條に類似の規定がある。この規定の趣旨は如何であろうか。

同條制定の審議過程においては、常居所地を連結素とする場合に間接指定を採用する必要性が果たしてあるのか、この問題に議論が集中し、当面の問題——その者の属する地方または屬人法の特定にのみ関するか、あるいは当該の問題についての準拠法の決定に関するのか——この疑問に直接むすび付くような議論を見いだすことは、困難である。(6) 同法の解説記事に「遺言の方式の準拠法に関する法律第六條に本條と同旨の規定が置かれている」という一節が眼にとまるのみである。

(6) 法制審議會國際私法部會第十九回會議(昭和六〇年一月二三日)議事速記録三八〇四二頁(参照「子に対する扶養義務の準拠法に関する條約(一九五六年ハーグ、昭和五二年批准)」第三條)。

なお、参照 高桑昭・成人に対する扶養義務の準拠法に関する條約について・法曹時報二五卷八号七九頁以下(この條約案の場合、その一五條が不純一法國た

本国法への指定に関する規定である。それに関しても、
実質的な議論は明らかではない。

(7) 大内俊身・扶養義務の準拠法に関する法律の解説・民事月報四一巻九号三一頁以下(六七頁)。

そこで今度は「遺言の方式の準拠法に関する法律(昭和三十九年)」第六条の立法過程を調べてみる。同条は「遺言者が地方により法律を異にする国の国籍を有した場合には、……、その国の規則に従い遺言者が属した地方の法律を、……遺言者が国籍を有した国の法律とする。」と規定する。ここで「その国の規則に従い……」といわれる場合の「その国の規則」とは本国の内部的な関係において属人法がいずれの地域の法律であるかを定める規則をいい、遺言の方式の準拠法を定める規則を指すのではないとのことである。問題は、この文言表現が、この法律の基礎となった「遺言処分的方式の準拠法に関する条約(一九六一年ハーグ、昭和三十九年批准)第一条第二項とは明らかに異なるところである。条約では「適用せられるべき法律は(その国の)規則に依って定める」(参照・後出註(二五))

となっているからである。それにも拘らず、我が国の法律では右に引用の通り「その国の規則に従い遺言者が属した地方の法律」となっているのは、当時の「法の規定との調和を考慮したことによる」。言い換えれば、「国内法化しますときに法例の現行の規定に表現をあわせて書いたのです」⁽⁹⁾。

(8) 村岡二郎・遺言の方式の準拠法に関する法律の解説・法曹時報一六巻七号六一頁以下(九一頁)。この文は、後に見るように、江川英文『国際私法』九四頁で述べられている一般論を、この特定の問題にそのまま適用したものである。

(9) 村岡・法曹時報前掲九三頁(注一)、同・ジュリスト二九六号一〇・二五頁(座談会「涉外遺言の方式」江川・村岡・平賀・池原)。しかし、よく考えてみると、これは単なる表現上の調和に留まらない。当時の我國の学説が理解する意味での、間接指定方式と云うものの觀念とも見事に調和を保っていると認められる事実、その当時すでに、学説の多数が間接指定説を採用していることを確認した上で、右のような政策を採用したと説明されている。もっとも、当時の判例は、必ずしも、間接指定説に固まっていたわけではない。間

接指定説¹¹ 東京地裁昭和三三年四月三日判決・下級民集九卷四号五六七頁(離婚・米国法)、など(「人がその身分に關していかなる地方に屬するかは、当該外国法の決定するところであり」と明言する)。直接指定説¹² 東京地裁昭和三九年四月三〇日判決・下級民集一五卷四号一〇〇七頁(離婚・米国法)、など。

近時は間接指定説に依る判例が増加する傾向にある、と観るむきもあるが(木棚照一(島津一郎(編) 涉外家族法『判例コンメンタール民法V(増補版)』九〇七頁)、大勢は直接指定説に従っていると考えられる。

参照 東京高裁昭和六三年一〇月五日判決・判例タイムズ七〇三号二一五頁(相統・英国法)、東京地裁昭和五五年九月一九日判決・判例タイムズ四三〇号一三七頁(離婚・英国法)、大阪地裁昭和五五年二月二五日判決・家裁月報三三卷五号一〇一頁(認知・カナダ法)、など。もっとも、次は間接指定説に依っている。東京高裁昭和五四年七月三日判決・判例時報九三九号三七頁(相統・旧ソ連法)、東京地裁昭和六三年四月二五日判決・家裁月報四〇卷九号七七頁・判例時報一二七四号三〇頁(遺言・旧ソ連法)。なお参照『私法判例リマックス・一九九〇年度』二六五頁以下)。

たしかに、当時の法例には「其国ノ規則ニ從ヒ指定

セラルル法律」などという規定はなく、「其者ノスル地方ノ法律」に依ることとされていた(第二七条第三項)。しかし、同項を以て間接指定方式をとるものと解釈すべきことが提唱されていたのであるから、「其国ノ規則ニ從」うこと自体、つまり間接指定方式に依ること、これに政策的な異論はない。この点は、規定の文言上も「其国ノ規則ニ從ヒ」と明記すれば、格別の疑問を生じない。問題は、「其国ノ規則ニ從ヒ指定セラルル法律」を決定することが、既存の法例の規定にある「其者ノ屬スル地方ノ法律」の決定と、同一のものであるか否かである。

有力な学説に依ると、「この問題を本国の準国際私法によって決定するといっても、問題の法律關係を本国の準国際私法の抵触法的解決そのものによらしめるということではなく、本国においてその国の国民が国内のいづれの地域に屬するかを本国の準国際私法によって決定することである」。¹³ 間接指定主義において、結局適用すべき法律を決定する本国の法律は……準国際私法等といわれるが、要するに、本国の内部的な関

係において、属人法がいずれの地域の法律であるかを定めている統一的原則である”。このように説かれていた。⁽¹¹⁾ 間接指定方式に依るにせよ、それに依って解決されるべきは所属地方(法)の特定であって、特定の問題に関する判断基準(準拠法)の如何ではない、両者は明らかに異なる問題である、こう考えられていたのである。⁽¹²⁾ もし条約の趣旨が準拠法の選定問題にあり、所属地方(法)の決定問題にはないとすると、問題が生まれてくる。我が国の特別法第六条の規定が、条約に違反しているか、条約の許容範囲を逸脱しているか、この問題である。意図的に条約に違反する立法を為したとは考え難い。とすれば、条約の許容範囲を逸脱するものではないとの解釈に依ったものである。では、本当にそう言えるのか、この検討が必要となる。

(10) 実方正雄『国際私法概論』七四頁(其者の属する地方の決定問題ともいう)。久保岩太郎『国際私法』九六・九七頁は準拠地方法の決定問題とする。

(11) 江川英文・前掲書九七・九八・九四頁。新規定第

二八条第三項も同じ趣旨の規定である、つまり本国の規則によらしめられているのは属人法の決定である、このことを明確にしている論者もある(木棚照一(澤木・南(編))『新しい国際私法』二八一頁)。ところが、政府委員の答弁では、国内ではどういう法律を指定するかという、そういう抵触規則のことであると説明されている。参照 参議院法務委員会審議(平成元年六月一六日)政府委員(藤井正雄・法務省民事局長)答弁・民事月報四四巻号外・前掲三八七頁(11澤木・南(編))『新しい国際私法』所収四二六頁)。

(12) このように観てくると、大内・前掲論文の「同旨の規定が置かれている」という一節は、慎重に読まねばならなくなる。その同旨とは、間接指定方式を採用、この点にのみ関しており、準拠法の選定か所属地方(法)の決定かという問題については及ばない、こう解すべきこととなる。では、何故に扶養義務の準拠法に関する特別法では、敢えて「其国ノ規則ニ從ヒ指定セラルル法律」との表現を使用しているのか、これが問題となる。しかし、この点については、上述の通り、その理由を十分に示す資料が見当らない。

遺言の方式の準拠法に関する法律第六条の基礎となつた「遺言処分」の方式の準拠法に関する条約(一九五

六年ハーグ)第一条第二項の趣旨を検討することが必要になる。その前に、ハーグの諸条約における関連諸規定の立法趣旨を瞥見しておく。

「扶養義務の準拠法に関する条約(一九七三年)」第一六条の趣旨に関する報告者の説明には、この当面の問題について決定的な根拠となり得るような記述はない。「離婚・別居判決の承認に関する条約(一九七〇年)」第一六条および「養子縁組に関する管轄・準拠法および承認に関する条約(一九六五年)」第一条において採られた解決方法を踏襲したと言われるに留まる。⁽¹³⁾

「離婚・別居判決の承認に関する条約」の第一六条は、特別委員会の予備草案第一四条、同第二予備草案第一三条、これを分解した起草委員会草案第一三条の四を経て、最終原案および最終案第一六条と成ったものである。「遺言処分の方式」および「養子縁組」に関する条約の先例に倣い、本条の挿入を有益と判断したが、これらの先例とは異なり最も実効的な場所のような規程には依らしめず、直接的に判決国法・法廷地法・住所地法または常居所地法と規定したこと等が、

第二予備草案の段階で説明されている。最終案の解説は、管轄については勿論その者が何れの地域の所属民であるかに主眼を置いて議論されたことを伝えると共に、準拠法に関しては将に何れの法律を適用すべきかを問題にしていることを示している。⁽¹⁴⁾

「養子縁組に関する管轄・準拠法および承認に関する条約」の第一条に関しても、同条約予備草案第一条と同趣旨とするのみで、その解説も、問題の条項が「未成年子の保護に関する官庁の管轄および準拠法に関する条約(一九六一年)」第一四条を踏襲するといっただけである。⁽¹⁵⁾

そして「未成年子の保護」に関する条約の場合、問題の条項は特別委員会の予備草案の段階では入っておらず、英国代表グレイヴソンの提案に依って、最終案作成時に第一四条として挿入されたものである。不統一法国である英米では、このような規定が必要であること、同趣旨の規定は「遺言処分の方式の準拠法に関する条約」の場合にも異議なく採択されていること。

本国に統一の基準の無い場合には、特定の個人を何れ

かの地域の法律に結合させるための規準として、最も実効的な関連性 (*le lien le plus effectif*) に依らざるべきこと。本国法 (*loi national*) に代えて、所屬國法 (*loi de l'Etat dont le mineur est ressortissant*) が準拠法に採られているが、むしろ「遺言処分の方式の準拠法に関する条約」の規定の形式の方が望ましいこと、これらを主張していたことが明らかになる。けれども、本稿で問題として点に関しては、⁽¹⁶⁾ 決定的な資料となるものが見当たらない。

このように、結局、ハーグ会議においても、当面の問題に関する実質的な議論が為されていそふのは、「遺言処分の方式の準拠法に関する条約」案の審議過程であらうと推測される。

(31) cf. M. Verwilghen, *Rapport explicatif, Actes et Documents de la douzième session* (1972) Tome IV, 384 (462).

(14) *Rapport prévisoire de la Commission spéciale, Actes et Documents de la onzième session* (1970) Tome II, 17 (45); P. Bellet, *Rapport de la Commission spéciale, ibid* 54 (70); cf. *Procès-verbal Nos 12*

et 16, *ibid* 160, 185—87.; P. Bellet et B. Goldman, *Rapport explicatif, ibid* 210 (221—22).

(15) R. Maul, *Rapport explicatif, Actes et Documents de la dixième session* (1965) Tome II, 409 (427); R. Maul, *Rapport, Commission spéciale, ibid* 86 (105); cf. *Procès-verbal No. 14, ibid* 369—70, 362 (348, 384—85).

(9) *Actes et Documents de la neuvième session* (1961) Tome IV, 17, *Document de travail No. 14; Procès-verbal No. 9, ibid* 174—75.

この間、準拠法だけではなく管轄官庁に関する規定をもここに統合すべきことを提案したドゥ・ヴィンテルの修正動機が採択され、これが第一四条の成案となったのである。cf. W. von Steiger, *Rapport explicatif, ibid* 219 (239).

そこで、いよいよ「遺言処分の方式の準拠法に関する条約」第一条第二項の制定過程の検討に入ってみる。問題の所在は、当初の特別委員会原案の段階から、十分に意識されていた。予備原案第一条のb項に「遺言者に依って保持されている国籍」を連結素として導入したことが発端である。連合王国や北米合衆国のよう

に、国内に異法地域をもつ国の国民の場合には、この問題を如何に処理するべきか、それについて何らかの手当てが必要ではないのか、この点が連合王国代表から指摘されていたからである。結局この段階では、条文に盛り込まないこととなったが、それは個別特定の事項に関する準拠法条約に挿入するには、あまりにも一般的すぎる問題に関わらざるを得ないこと、このような問題に一応の解決を与えておくことが不可欠となるが、それは当該委員会の作業目的と範囲を超える、このように考えられたからである。⁽¹⁷⁾ グレイヴソンおよびウォートレイの要請に依り、最終案には第一条の第二項として規定されるに到ったのであるが、それまで為された議論を追ってみよう。

特別委員会草案およびバティフォルの報告書に対する英国政府の見解は、次のような趣旨であった。(一)異法地域をもつ連邦国家の国民の本国法について条約に規定を設けるべきである。(二)この場合の本国法決定の規準は、遺言者の最後の住所地や最後の常居所ではなくむしろ、最も実質的な関連性 (le lien le plus

réel, the most real connection) を持っていた地域とすべきである。⁽¹⁸⁾

第二回の会議(一九六〇年一〇月五日)では、そもそも本国法の決定基準を条約に規定することが適当か、仮にそうだとしても英国代表の云うような「最も実質的な関連性」が適切な規準たり得るか、この点が議論されている。⁽¹⁹⁾

第五回会議(一九六〇年一〇月一九日)には、採択された条約案と同一のものが第一条第二項として提出・付議されたが、遺言の方式に関する条約に挿入するには、あまりにも一般的すぎるという批判(シュヴェイント)が再び為されている。けれども、当該の規定の取扱う範囲を、この条約の目的に限定することを明記していること等が留意され(例えば、ボルム)、基本的には大方の賛同を得るに至っている。もっとも、バティフォルは、これが一つの先例となり将来は一般化されることもあり得ることを付言し、ボルムは本項を他の場合に類推適用することも考え得ると述べている。⁽²⁰⁾ さらに、「最も実質的な関連性」の規準に関して、そ

の具体的な適用方法に纏わる困難さに関して、オルフェルハウスやイエズディチから、疑念が表明されたが、⁽²⁾国籍の抵触に関する条約(一九三〇年)にも既に使用されているとの指摘もあって、原案のまま採択されたのである。⁽²²⁾

(17) H. Batifol, Rapport de la Commission spéciale, Actes et Documents de la neuvième session (1961) Tom III, 18 (20).

バティフォルの解説自体は、ポーランドの一九二六年法や属人的抵触に関わるシリアの事情のほか、この点では一般に良く知られているオウ・キーフィ事件(一九四〇年)にも眼配りが及んでいる。また、本国に統一的な規則があれば、これに依るべきことには、特別委員会でも大方の一致があったことが指摘されている。興味を惹くのは、この場合の統一的な規則のことを、この国の異なる法律のうち関係当事者が従っていたのは何れであるかを知るための、国内の法抵触に関する規則 (*regles de conflit internes pour savoir à la quelle des différentes lois de cet Etat l'intéressé était soumis*) と表現していることである。

オウ・キーフィ事件は一九四八年に英国国籍法が改

正制定される以前のものである。英領(南)アイルランドに生まれた父を持ち、カルカタで出生し英国臣民の地位を持つ独身女性の遺産に関する事案である。同女は、七七歳で死亡するまでの四七年間を、ナポリに定住して過ごしていたが、それに到る幼少の頃や青春の時代には、英・仏・西などの諸国で短期の居住を繰り返ししていた。アイルランドには、ごく短期間滞在しただけである。遺言が無く遺産だけが遺されていた本件の問題は二つあり、第一は彼女のドミサイルの、第二は遺産配分の準拠法の、如何であった。裁判所は、彼女の選定住所はイタリアに在ったと認定したが、イタリア国際私法から本国法への反致を認める場合に準拠法となる可能性のあるイングランド法・アイルランド法および英領インド法のうち、彼女の本源住所の在る——しかも、判決当時は既に英国から独立していた——アイルランドの法律を適用したのである (In re O'Keefe [1940] 1 Ch. 124)。

本件の判旨については批判も多い。しかし、連合国家の国民の本国法を特定する場合の困難さを良く示すものとして、引用されることが少なくなく (cf. Dicey & Morris, *The Conflict of Laws* (1987) Vol. I, 87 n. 76, 168 f.)。

参照 齊藤武生・英人の本国法について『国際私法

の基本問題(久保岩太郎先生還暦記念論文集)所収五
一頁以下(註(八)五九〜六〇頁、註(一六)六三頁、
な²¹⁾)。

(18) *ibid.* 35, 45.

(19) *Procès-verbal* No. 2, *ibid.* 65—68.

(20) *Procès-verbal* No. 5, *ibid.* 116, 117.

(21) *Procès-verbal* No. 5, *ibid.* 116, 117, 118.

この点につき報告者のバティフォルは、最終案の趣
旨説明等において、特定の領域における継続的な滞在、
当該領域に居住する親族との関係の保持、当該領域に
おける財産または利害関係の保有状態、さらには遺言
者の両親の所在地や、遺言者自身の銀行勘定の設定地、
これらを例に挙げている。

cf. *Rapport explicatif, ibid.* 162; *Procès-verbal*
No. 5, *ibid.* 118.

(22) この「実質的関連性」の規準に関しては、本条約
の基本政策である遺言保護の原則との絡みで、なお次
のような議論が為されてくる(*Procès-verbal* No. 5,
ibid. 117)。

実質的関連性を規準とする英国案を採れば、「既に
本国において住所を失っている米国人が日本で遺言を
したが、日本には未だに真の住所を取得していない場
合において、遺言者が最も実効的な(*la plus*

effective) 関連性を有している州の法律が当該遺言を
有効としているときには、遺言を有効なものとなし得
る」。このようにウォートレイが述べたのに対し、フ
イオレは左の如く指摘している。すなわち、もしスコ
ットランドの人が日本でイングランドの方式に従い遺
言を為した場合において、その人がスコットランドに
最も実効的な関連性を有していたときは遺言が無効に
なることもあり、遺言保護の基本原則に反することに
なるのではないのか、²³⁾、というのである。

本国の規則に依って定めるべきは、準拠法の選定か
所屬地方法の特定か。本稿の冒頭に掲げたこの種の問
題設定は、右の論議の過程について、必ずしも有効で
はなく適切でもない。その何れであったか、何れにつ
いて合意が形成されたか、これを確認することは困難
である。あらためて言うまでもなく、議論の対象は条
約の第一条第二項である。同項は本国法を準拠法に選
定した規定である。したがって、論議の趣旨・目的は
「何を以て本国法とするか」この問題に限定されてい
る。この問題は、遺言処分的方式という特殊具体的な
問題の準拠法選定に関する限度で、検討されている。²³⁾

そのため、一般論に通じ得る所屬地方法特定の問題や政策決定が、具体的な遺言処分的方式の準拠法の選定という個別的な問題や政策決定にいわば特殊化されてしまう。特定の地域・法域への所屬如何の決定問題と、特定の問題についての準拠法の選定問題とは、ほんらい段階を異にし必ずしも同一の問題ではない。にも拘らず、判然と区別されることもなく渾然一体となっている。いや、そもそも敢えて区別する実益があったか疑わしい。⁽²⁴⁾

英国代表の問題提起の仕方は、いずれかといえれば所屬地方法特定の方法に傾いていたと観る余地がある。そして、英国の提案に批判や危惧が表明されたのは、この問題の処理に関する、過度の一般化に対してであって、こうした方法自体についてのものではない。また、その何れの方法のみに依るべきかについて、明確な合意が形成されていたと、断定するには決定的な資料が欠けている。その趣旨・目的が本国法の特定にあることが十分に認識されている限り、もともと何れの方法に依ることも可能である。その国の規則に依って

決定されるのが、当該の人の所屬する地域やその法律であれ、遺言処分的方式の準拠法に相応しい法律の選択であれ、本国法としての資格で特定されることから逸脱しない限り、何れの方法に従って特定されても、そのこと自体に問題はない。要するに、「適用すべき法律」を定めれば良いのである。こうして、結局は、当該の問題について、本国法として「適用されるべき法律」が何であるかを「その国の規則」に依って決定する、という条文が規定されるに到ったのである。

問題の第一条第二項を直訳すると、次のようになる。「本国法が不統一の体系から構成されている場合、適用される法律はその法体系において施行されている規則に依って定める⁽²⁵⁾」。この「適用されるべき法律」を「本国法」として適用されるべき法律」とするのが、同項の趣旨・目的と制定過程に最も忠実な理解であろう。しかも、それを特定するにあたって、何れかの地域への所屬を規準とすることが、必ずしも同項の趣旨に反しないことは上述の通りである。遺言的方式の準拠法に関する条約および特別法を導入した当時の我が国に

において、本国法として適用すべき何れかの国内異法地域の法律を特定する規準は「其者ノ属スル地方」であつた。これとの整合性を考慮し「その国の規則に従い遺言者が属した地方の法律」と表記したことは、条約の趣旨に反せず、かつ誤解を避ける意味でも極めて合理的な規範の定立であつた、このように評価できる。⁽²⁶⁾

(23) それ以外の問題への適用可能性をも含めた、一般的な準拠法の選定に関わるものではない。このこと自体には何の不当さがある訳でもない。本来、ハーグの準拠法や管轄に関する条約は、一般的と云ふよりは個別的な特定の問題についての法律や管轄の抵触の解決を、目的としてきたからである。

(24) 個別具体的な事案の解決を任務とする、判例の場合も同様である。たとえば、先に引用されたオウ・キーン事件でクロスマン判事の述べるところを見てみよう。

“……which of the systems of municipal law which are applicable to British subjects is the law applicable to the succession to the intestate's estate.”
(In re O'Keefe's estate [1940] 1 Ch. at 129).

結論では、被相続人が何れの地域に所属していたか

を規準として準拠法を選んでゐる。それはイタリア国内際私法第二三条が「死亡を原因とする財産の承継は……人が死亡の当時に所属していた国の法律に依つて規律される」と規定していたからであらう。

“the only part of the British Empire to which the intestate can be said to have belonged in the circumstances is the part from which she originated;”
(ibid. at 130).

“Le successioni per causa di morte sono regolate, ……dalla legge dello Stato al quale apparteneva, al momento della morte, la persona della cui eredità si tratta.” (Disposizioni sulla legge in generale, Codice Civile). see, In re Ross [1930] 1 Ch. 377, 406; In re Askew [1930] 2 Ch. 259, 269.

(25) “si la loi nationale consiste en un système non unifié, la loi applicable est déterminée les règles en vigueur dans ce système ……”

(26) 公定訳は「遺言者の本国の法制が不統一のものである場合には、その法制において行われてゐる規則によつて準拠法を決定するものとす」となつてゐる(昭和三十九年六月条約第九号)。「このたゞう」準拠法を決定する」を例えば「本国法として適用されるべき準拠法を決定する」と読めば、条約の趣旨に反すること

はない。しかし、この公定訳の文言は、より広く遺言の方式の準拠法の選定問題一般を意味するかのような誤解を産む余地があり、適当ではない。特別法の規定の仕方の方が妥当であり、そのほうが親切で、明確です。ね。(池原・ジュリスト二九六号(座談会前掲)二五頁)。

以上の考察をふまえて、あらためて法例新規定の第二八条第三項を見てみると、次のように考えることができるであろう。そこにいわゆる「其国ノ法律ニ従ヒ指定セララルル法律」とは、「其国ノ法律ニ従ヒ当事者ノ本国法トシテ指定セララルル法律」のことである。なぜならば、同項は本国法を特定するための補充的な基準であり、それ以外の目的を持たないからである。本国法を特定するため、という特別の目的が明確である限り、誤解を産む余地はないであろう。その限度で、新規定の法文を必ずしも不適當とは断言できない。けれども、国内関係について「本国法」とはいかに不自然な感じを与えよう。本拠地法あるいは所屬地(方)法とすれば、趣旨は達成できるかも知れない。とはいえ、「其

国ノ法律ニ従ヒ其者ノ属スル地方ノ法律ト指定セララルル法律」というのは、いかに冗漫である。けれども、「其国ノ法律ニ従ヒ其者ノ属スル地方ノ法律」など、とすることくらいは可能であらう。この方が誤解を産む余地も少なく、旧規定との連絡も円滑ではなかつたか。にも拘らず、そのようになっていないのは、「扶養義務の準拠法に関する法律」第七条が「その国の規則に従い指定される法律」と書かれており、それとの調和を考慮したからであらうか。けれども、この第七条は、本国法のみならず常居所地法が不統一の場合をも取り扱い、さらに属人的な法律抵触の場合をも含め、これらの全てを統一的に同一の条文で規定する⁽²⁷⁾。この場合に「其者ノ属スル地方ノ法律」とのみ表記することは適切さを欠く。「其者ノ属スル法律」でも十分ではない。したがって、現行のような表記方法に依る以外には致し方がなかったか、と思われる。これに比べれば、新規定の第二八条第三項は、むしろ旧規定第二七条第三項や「遺言の方式の準拠法に関する法律」第六条と同様の、限定された目的しか持っていない。

これらとの整合性を考慮して当事者の所屬を基準と爲し、「其國ノ規則ニ從ヒ其者ノ屬スル地方の法律」とすることは可能である。また、誤解を産む余地をなくす意味でも、この方がより妥当ではなかつたか。おそらくは、屬人的な法律の抵触に関する別個の規定、つまり新規定の第三一条、これとの整合性を優先して、採られた表記方法であつたらう。けれども、その趣旨においては旧規定と異なるところはない。前述のように「本國の規則に依り所屬地方法として指定される法律」と解することができる、こう云えるのではなからうか。

(27) 「扶養義務の準拠法に関する条約」(昭和六一年条約第三号)の第一六条でも同様であり、それは「…当該國において行われている規則によって指定される法制を適用する…」と訳されている。この場合の「規則」によって指定される法制は、規則に依つて所屬地方法、常居所地法、あるいは屬人法として指定される法制の意に解すべきものである。その意味では、本条と遺言の方式の準拠法に関する法律の第六条とが同趣旨とする、先に引用の大内見解は、少なくとも「本國法」に関する限り、全ての点で妥当することになる。参照

本稿・註(一二)。条約の仏語原文は、次の通りである。

“si la loi d'un Etat qui connaît, en matière d'obligations alimentaires, deux ou plusieurs systèmes de droit d'application territoriale ou personnelle doit être prise en considération …… il y a lieu d'appliquer le système désigné par les règles en vigueur dans cet Etat.”

では、比較的多くの論者の云うように、その國の規則に従い、屬人法に指定される法律と解することは、如何であらうか。以下に述べるように、この可能性を全く排除してしまうことは必ずしも實際的でないと、思われる。先ず第一に、「屬人法」の決定規準に関する一般的なかつ直接的な規定を持つ法制が存在する。スペイン民法(一九七四年)第一四条第一項や同第一六条第一項第一号は、その一例であり、そこでは国内關係について、民籍(*la vicinadad civil*)を規準に、文字通りの屬人法(*la ley personal*)の如何を一般的に定めている。⁽²⁸⁾次に指摘できるのは、問題を逆から観て、その適用対象事項の方から捉え、一定の範圍の事項に適用

されるべき法律の決定規準を規定する国法の在り得ることである。⁽²⁹⁾

既に過去のものとなってしまうが、旧ユーゴスラヴィアの場合を例に採ってみよう。同国一九七九年の準国際私法は、その名の示す通り、人の身分・婚姻・親子関係・養子縁組・後見そして相続に関する準拠法と管轄を定めていた(第一条)。そして同法の第三条は、他の国の法律がユーゴスラヴィア共和国・自治州連邦の市民につき同連邦の法律に依るべきことを定めている場合、「適用すべき連邦の法律は、その者が住所を持つ共和国または自治州の法律とする」と規定する。これは、同連邦の国民に関して、同連邦内での「従うべき法律(従属法)」を定めた一般的な規定と解されよう。厳密には「所属地方法」に関する直接的な定めとは言い難い。けれども「属人法」の特定規準に関する一般的规定と観る余地はあるであろう。⁽³⁰⁾

また、ポーランドの準国際私法(一九二六年)も、同様の問題を考えさせる。同法の第一条は「ポーランド国民の人的能力は、その住所地法に依る」と規定す

る。第二条には「人的能力・親族関係および相続に関しては、住所の変更が適用すべき法律の変更をもたらずのは、一ケ年を経た後とする」との規定がある。これら二つの規定を合わせみれば、人的能力・親族・相続については住所を規準として準拠法を選定することを原則とすることが、明らかとなる。厳密な意味では、これらの規定が「所属地法」の如何を定めている訳ではないであろう。しかし婚姻の成立要件に関する同法第一三条第一項の明文の規定を見ると、「人が人的に従う法律」が何であるかは、先に引用した第一条および第二条が定めていると、考えていることが判明する。これらを根拠として、ポーランド法の中に「属人法」の観念を導入し、その決定規準は住所であると観念することもあり得よう。⁽³¹⁾

さらに、第三の可能性がある。一般的あるいは包括的な規定はないが、少なくとも我が法例の観点からは、属人法の適用対象とされ得る事項につき個別的な抵触規定があり、それらを総合することに依って、一般的な属人法に関する決定規準を、帰納的に「其国ノ規則」

として構成できそうな場合である。旧ソ連邦が、その一例を提供しよう。同国の連邦法である「民事立法の基本原則（一九六二年）」第一八条第五項が、ソ連邦内の法律の抵触の解決に関し「相続関係については、相続開始地の法律を適用する」という。「属人法」の特定規程を定めた一般的な規定は見当たらないようである。しかし、同第二七条第一項は、国際的事案につき「相続関係は、被相続人の最後の住所地国の法律に依る」とする。その第二項は遺言に関し、作成あるいは取消当時の遺言者の住所地が規程になることを、定めている。さらに、ロシア共和国民法に「相続関係は、被相続人が最後の定住所を有していた国の法律に依る」と規定されていることも判明する。（同第五六七条第一項）。このような事情の下で、ソ連国民の相続あるいは遺言が問題となれば、「属人法」の觀念を適用しつつ、これらの諸規定に基づき、その決定規程を住所地とする不文の「規則」を構成することが、その当否は一応別にしても、全く不可能とは言い切れぬ。

このような場合のあり得ることを考慮すると、第二

八条第三項の「指定セラルル法律」を所屬地方法の特定にのみ関するものと限定することは、必ずしも現実的ではないように思われる。

(28) 笠原俊宏・スペイン民法典中の國際私法規定（一九七四年）法学新報八四卷七・八・九号二二五頁。このような直接の規定のない場合、たとえば、米国の国民について、連邦憲法修正第一四条第一項第一文を根拠に、州籍または州民権あるいは居住地などを規程と為し得るか。必ずしも容易でないであろう。参照 桑田三郎・ジュリスト一七五号八三頁。

(29) こうした方法について、参照 「難民の地位に関する条約」（昭和五六年条約第二一号）第一二条第一項。この場合、問題は、属人法の適用対象について、各国法制の間に共通点を見付けだすことは容易ではないとらう、ところにある。

cf. M. Verwilghen (ed.), *Nationalité et statut personnel* (1984), 218, 223—24 (E. Groffier (Canada)); *ibid.* 240, 246—47 (M. Killerby (U.K.)).
(30) ユーロスラヴィアの準國際私法について cf. 27 N. I. L. R. (1980) 121; 70 R. C. D. I. P. (1981) 368.

(31) ポーランド「州際私法關係に適用すべき法律に関する法律（一九二六年）」の訳文は、久保岩太郎『國際

私法概論』(昭和二五年)付録(四)五一頁。なお他に参照メキシコ・(連邦)民法(一九三三年)第一二条(身分・能力には住所が規準となる)。

(32) 三井哲夫・判例時報一二九一号一九九・二〇四頁。東京地裁・昭和六三年四月二五日判決(判例時報一二七四号三〇頁)は、こうした帰納を困難であるとする。より根本的には、「基本原則」の第一八条第五項が属人的な発想に基づくものではなく、むしろ属物的に財産の所在地の如何を基礎にしているのではないかという、疑問もある。

微妙な問題が、いま一つ残っている。「其国ノ規則」は抵触規定ではない、とする通説的な見解に関してである。この見解が最も説得的なのは、次のような場合である。本国の抵触、「規則」に依れば、住所や居所が規準とされず、行為地あるいは物の所在地が規準となっている場合である。相続あるいは財産関係の能力などについて起こり易い。いわば属人的に問題を処理しようとした我が法例の趣旨と、同一の問題を属物的にあるいは属地的に解決しようとする本国の準国際私法との、原理的な抵触が原因である。このようなときに

も、我が法例に依る準拠法選定原理を貫徹しようとする、原理的に異なる「基国ノ規則」に従うことは当初の我が法例の本国法指定の趣旨に反する、ように考えられるからである。

では、両者の間に原理的な抵触がない場合には如何にすべきか。例えば、ユーゴスラヴィア連邦市民の相続が問題となり、この連邦の法律を適用すべき場合を考えてみる。通説によれば前記引用の第三条に基づき「所属地方法法」あるいは「属人法」の特定規準を住所と捉え、これを根拠に当事者が住所を持つ共和国あるいは自治州の法律を「本国法」として適用することになる。ところが、同法第三四条には「(本邦)市民の死亡に依る財産の承継に適用されるべき法律は、その者が住所を持つ共和国あるいは自治州の法律とする」と規定されている。けれども、この第三四条は、抵触規定であるが故に、少なくとも直接的には適用される余地がなく、本国法特定について基準となることはない。

ポーランド人の相続の場合には、前記引用の一九二

六年法第一条・第二条などから構成された「其国ノ（不文の）規則」に基づき、被相続人の「所属地方法」あるいは「属人法」を住所の規準を以て特定し、それは被相続人の「本国法」として適用することになる。

ところが、同法にも「相続事件は被相続人が死亡当時その身分に關して従つていた法律に依る」とする規定がある（同第二七条第一項）。ユーゴスラヴィア法の場合と同様に、この規定は直接的な根拠となることはない。

旧ソ連の国民の相続に關しても、先ず、「民事立法の基本原則」の第一八条第五項・第二七条ならびにロシア共和国民法第五六七条第一項を（直接の基準とするのではなく）総合的に類推することに依り、被相続人の最後の住所地を規準とする不文の「其国ノ規則」を構成して「本国法」を特定し、それを当該相続の準拠法とする。右の第一八条第五項を本国法ひいて我が國で処理すべき相続準拠法の直接的な特定準則とすることは、間違ひであるとされるのである。

以上の例は、「其国」に「所属地方法」または「属人

法」の特定規準に關する直接的な基準はないが、準國際私法の抵触規定の在ることは確認できる。そして「其国ノ」抵触「規則」に依り「指定セラルル法律」に従つたとしても、当初の我が法例に依る本国法指定の趣旨に著しく反することもなく、かつ実質的には結論も異ならない場合であつた。

けれども、少なくとも原理的には、人の所属地方法あるいは属人法の特定と、特定の事柄に關する準拠法の選定とは別物である。したがって、かりに後者に關する明文の規定があつたとしても、前者には直接的な規則のないときは、属人法または所属地方法の決定基準となる不文の「規則」を、敢えて「其国ノ」ものとして構成しなければならなくなる。直接的な規定のないことだけを直ちに「其規則ナキトキ」に該当するとするものは、妥当ではないであらうからである。結果として、明文の抵触規定は無視された形とならざるをえない。その過程において、必ずしも当該の実定法体系には親しまない概念——例えば「属人法」など——を導入せざるをえないことになる。そうしたことが当

該国の法律を適正に解釈・適用したことになり得るか、これは大いに疑問であろう。その点では、「所屬地方」の概念に依ることの方が問題はより、少ないか、とも考えらるる。

これまでに述べてきたことを総合して、冒頭に掲げた問題に対する解答を与えるとすれば、その骨子はおおよそ次の如くなるであろうか。(一) 現行法例第二八条第三項にいわゆる、「指定セラルル法律」とは「本國法ニ当ルモノトシテ指定セラルル法律」、より詳しくは、「国内關係ニ於テ本國法ニ当タルモノトシテ適用サルベク指定セラルル法律」のことである。言い換えれば、「其者が從フベキモノトシテ指定セラルル法律」(個人の從屬法)である。(二) この「指定セラルル法律」は、旧規定第二七条第三項の「其者ノ屬スル地方ノ法律」または「屬人法」と、同じ趣旨に解することをおげない。(三) しかし、我が国の伝統的な見解に従えば、この「指定セラルル法律」を本國の準國際私法に依つて規定されている個別具体的な問題に適用されるべき法律(準拋法)と解すること、換言すれば特定

の事柄が從うべきものとして指定される法律と考えること、これは同項の趣旨に反することがある。(四) けれども、我が法例上の本國法指定の趣旨が必ずしも属人的な處理にのみ固執しないと解されるときは、⁽³³⁾本國の準國際私法の定めるところに依ることも、少なくとも理論的には考え得る。(五) 結局、我が法例の本國法指定の趣旨を如何に解するかが、決定的な要素である。(六) 結論的には、新規定二八条三項の規範内容は旧規定二七条三項と實質的に異なるところはない。

(33) 英國人の相続が我が國で問題となる場合の事例で、考えてみよう。遺産の一部に不動産が含まれており、しかも、それが我が國に在るとする。法例第二六条(旧規定では第二五条)に従えば、このような場合でも問題の處理は、当該不動産の所在地の如何に関わらず、被相続人の本國法つまり英國法に依つてなされるべきこととなる。我が法例が、涉外相続に關して遺産の動・不動を問わず、問題を統一的に人的に捉え(参照、法例議事速記録二卷一四一頁)、被相続人の本國の法律を基準とすることを規定しているからである。ところが英國では、問題がむしろ財産的つまり物的に捉えられ、不動産相続については所在地法が基準となる。こ

こには、当面の問題に関する準拋法の選定という点を巡る、原理上の対立を観ることができるところで、我が国には法例第三二条（旧規定第二九条）があり、それに依ると、少なくとも当該不動産の準拋法に関しては、英国法から日本法への反致が認められることになる（参照、大阪高決・昭和四〇年一月三〇日・家裁月報一八巻七号四五頁、など）。我が国に在る不動産についても、我が法例は人的に、本国法に依って処理しようとしているが、反致を認め英国抵触法上の物的な処理方法に道を譲ったため、むしろ問題を物的に処理する結果になる。属人法的処理を意図した我が法例の準拋法指定の趣旨は貫徹されずに終わるのである。何故に、このような結果となったかといえは、反致を認めたからである。そして、反致を認めるといこうと

は、問題の解決を本国の準拋法選定原理に委ねることに他ならない。本国の準拋法選定原理に問題の解決を委ねる限り、このようなことは当初からいわずに予定されているのである。

以上は、あくまでも反致に関する論議である。けれども、本国法が不統一の場合に、本国法として適用すべき当該国法中の何れかの地域の法律を特定するため、その本国の統一的な規則に問題の解決を委ねるときにも、右に類することが在り得るのではないか。つまり、我が国の準拋法選定の趣旨と必ずしも合致しない原理に則った法律の選定・決定が為される余地が在る……本文で指摘しようとしたのは、將にこのことに他ならない。

（一橋大学教授）