

## 涉外的相續と夫婦財産制

久保岩太郎

國際私法上に於て相續と夫婦財産制とは通常別個の單位法律關係として取扱はれてゐる。従つて兩者の準據法は必ずしも一致しない。例へば日・滿・支・獨・瑞等の如く夫婦財産制と相續とにつき共に屬人法主義を採る立法の下に於ても、婚姻締結後國籍(又は住所)の變更あるときは夫婦財産制については婚姻締結當時の本國法(又は住所地法)に依り、相續については最後の本國法(又は住所地法)に依るべきものとされてゐるから、兩者の準據法は自ら異なることとなる如くである。かくの如き場合に於て一應夫婦財産制及び相續に關係するものと思はれる涉外事件の發生したときは、如何にしてその準據法を決定すべきか準據法の適用關係如何等の問題を生ずる。以下この問題につき若干の考察を試みよう。

### 一 夫婦財産制と相續との相互關係

夫婦が如何なる夫婦財産制の下に生活せるかに従ひ、夫婦財産制と相續との關係は自ら異なることとなる。婚姻により妻の全財産が夫に歸屬し而かも婚姻の解消の際に夫に何等の責任なしとするが如き財産併吞制、またはその反對

に完全なる別産制の下に夫婦が生活するとき、夫婦財産制と相続とは相互に交渉を有つことなくして解決されるであらう。併し乍らその中間に位する現實の多數の夫婦財産制に於ては種々なる程度に於て兩者の間に交渉關係を生ずることとなる。例へば一方に、婚姻により配偶者双方の全財産を包括して共同財團を構成し財産の動不動・婚姻前より有せしものと婚姻中取得せるものとを問はざるものとする一般共産制、配偶者双方の動産及び婚姻中の全所得を以て共同財團を構成するものとする動産所得共産制、婚姻中に於ける配偶者双方の所得財産及び勞務所得を以て共同財團とする所得共産制、婚姻解消の際に生ずることあるべき剩餘を以て共同財團とする剩餘共産制等があり、また他方に別産制を基礎とする種々なる管理共通制、嫁資制等がある。しかも諸國の法律は必ずしもこれ等の單一の財産制に依ることなく種々なる財産制を結合乃至加味して居り、現實に於ては極めて多彩の様相を呈してゐる(和田子一博士夫婦財産法の研究参照)。

ここに問題とする夫婦財産制と相続との關係の問題は主として夫婦の一方の死亡による夫婦財産制の解消の場合に生存配偶者その他の権利者に歸屬すべき権利が夫婦財産制の清算乃至財産の分割の問題に屬するか又は相続の問題に屬するかの問題として顯はれる。ここに於て如何なるものが夫婦財産制の問題に屬し、如何なるものが相続の問題に屬するかの問題となる。之を規律するものの側より見れば國際私法上に於ける夫婦財産制及び相続の法律概念の決定の問題であり、規律せらるるものたる事實の側より見れば問題の事實の内容の決定乃至國際私法上の法律關係の性質決定の問題となる。更に他面より見れば夫婦財産制概念と相続概念との限界劃定の問題ともなる。之を一般的に云へば所謂國際私法上に於ける法律關係の性質決定乃至法律概念の決定問題であり、従つてその解決は必然に性質決定乃

4 至概念決定の根本問題に遡らざるを得ないが、ここにはただ問題たる夫婦財産制と相続との範圍内に限つて考察を試むることとしよう。

このためには例示によることが便宜である(相続と夫婦財産制との關係に關する研究としては、Silberschmidt, Eheliches Güterrecht und zwischen ehelichen Güterrecht und Erbrecht, Niemeyers Zeitschrift, 8. SS. 107-117. 48. 49. Silberschmidt, Eherecht) und eheliches Güterrecht im zwischenstaatlichen Rechte der neuesten Zeit, Niemeyers Zeitschrift 48. 49. 50. 51. 52.)

(1) 特別の夫婦財産契約を爲すことなくして財産併合制(共産制)の下に生活してゐた瑞西人たる夫婦が日本の國籍を取得した後夫が死亡した場合に於て、その妻が夫婦の財産の分離の後に生じた剩餘の一部(三分の一)に對して權利を主張したときは(瑞西民二)、之を如何に取扱ふべきか。

(2) 契約上の財産制として一般的共産制を採つた獨逸人たる夫婦が瑞西國籍を取得して後夫が死亡した場合に於て、妻が法定相続の場合に相続人たるべき共同の卑屬との共産制の繼續に對する請求を爲したとき(瑞西民四八)、右と同じ場合に一配偶者が他の配偶者の同意なくその卑屬を終意處分を以て共産制の繼續より排斥した場合に他の配偶者(生存配偶者)が右の遺言の效力を主張し共産制の繼續の排斥を主張したとき(瑞西民一五一工)、又は右の夫婦がその死亡と同時に繼續せる共産制を生ずる場合につき繼續せる共産制の終了後持分を有する卑屬に歸屬すべき持分を終意處分を以て剝奪せることを主張するものあるときは(瑞西民一五一三工)、如何に之を取扱ふべきか。

(3) 洪人たる夫婦が獨逸國籍を取得した後營業者たる夫が死亡しその妻が共同所得の半額即ち婚姻當時存在せし夫の財産を超過せる財産の増加額の半額を請求したとき、なほまた妻が右の場合に二百グルデンに對する請求權を法定の扶助料として請求したときは、(この例はラ、註釋書四四四頁に依る。なほ瑞西民一三三四、一三四二、一三四三參照) 如何に之を取扱ふべきか。

この問題は便宜上三段に分つて考察しよう。

(イ)主張内容の確定問題　右の如き問題の生じた場合に、先づ解決すべきものは權利主張者の主張内容を明確ならしむることである。この場合に當事者が夫婦財産制の内容を有するものとして主張してゐるか又は相續の内容を有するものとして主張してゐるかが問題となる。しかも夫婦財産制又は相續とは法律上のものであるから、意識的なるか無意識的なるかは扱て措き通常何れかの國の實定法を豫定しその法律上の諸概念を借つてその主張を表現せんとしてゐるものと解せられる。さればその依つて表現せんとした法律に遡りその法律を手掛りとしてその主張事實の内容を明確ならしむることを要することとなる。その法律が如何なる法律なるかは諸種の事情を考慮し當事者の心意を判斷して決定すべきであるが、實際上に於ては(訴訟地法が夫婦財産制は婚姻當時の夫の本國法に依り、相續は被相続人の最後の本國法に依るとする主義を採れるものと假定す)その主張が當事者の云ふ如く認められたとすれば(訴訟地の國際私法に従ひ)準據法たるべき法律例へば夫婦財産制の内容を有するものとして主張してゐるときは婚姻當時の夫の本國法であり、相續の内容を有するものとして主張してゐるときは夫(配偶者)の死亡當時の本國法である場合が多からう。併し必ずしもそうと限るものではなく、夫婦財産制の内容を有つものとして主張してゐる場合にそれが婚姻當時の夫の住所地法であり又相續の内容を有つものとして主張してゐる場合に夫の死亡當時の住所地法であること等もあるであらう。その何れであるかは何等問ふ所ではない。要は當事者がその主張に當り前提とした法律に従つて主張内容を確定すべきことである。

なほ當事者例へば生存配偶者たる妻が保護を請求するに當り如何なる内容を有するものとして主張するかは當事者の自由である。従つて寡婦は夫婦財産制の内容を有つものとして主張するかまたは相續の内容を有つものとして主張

するかは全然自由である。この點は民事訴訟法上に於ける處分權主義より考ふれば明かであらう。

この場合に注意すべきことは當事者は如何なる内容を有つものとして主張するか自由であると云ふことは、必ずしも當該主張の法律關係の性質が國際私法上當事者の主張通りの性質の法律關係とせられると云ふことを意味するものではないと云ふことである。即ち例へば當事者が夫婦財産制の内容を有つものとして主張したために、その問題の權利(事實)が夫婦財産制の性質を有つものとなるとは限らないことである。當事者が一定の國法の夫婦財産法上の權利(事實)として主張した場合にその權利(事實)の内容はその國法に従つて決定されるのであるが、これによつて確定された一定の内容を有つ權利(事實)が夫婦財産法上の權利(事實)と性質決定されるか否かは右の問題とは全然別個の問題であり、私見によれば之は訴訟地の國際私法上の夫婦財産制概念に準據して判斷せらるべきものと信ずる。訴訟地の國際私法上の概念により或は夫婦財産法上の權利と認められることもあるべくまた然らざる場合もあらう。而して若し當事者が夫婦財産法上の權利として主張した場合にそれが訴訟地の國際私法上の夫婦財産制概念に照して見て夫婦財産法上の權利(事實)なるときは夫婦財産制の準據法たる婚姻當時の夫の本國法に依るべきこととなり、その主張が認められるか否かはこの夫の本國法に依つて定まることとなる。また若し右の主張が夫婦財産法上の權利(事實)ならざるものと認められるときは夫婦財産制としてその準據法を云々する理由を缺き夫婦財産制の問題としては全然問題とされないこととなる。國際私法上に於て所謂法律關係の性質決定についての準據法説は當事者の主張の依つて立つ實質法によつて主張事實の法律上の性質を決定せんとするものであるが、ここで云はんとしてゐるものは當事者の主張事實の内容は當事者の前提とせる法律によつて確定すべきであることと云ふことである。その決定せらるべき

ものが前者に於ては法律關係(事實)の性質であり、後者に於ては法律關係(事實)の内容である點に明かな相異がある  
のである(UGB 100 194 Wolff, Internationales Privatrecht, SS. 69, 70 とを比較参照)。

(ロ)法律概念の決定問題 當事者の主張内容が確定したときは、その主張する事實(法律關係)(この事實はこの場合に

表される。しかしそれは便宜上當事者の主張を表現する手段として用ひられたに止まり、眞の權利即ち法律の適用後に生ずるものを意味するのではない)が國際私法上如何なる性質を有し、從つて如何なる準據法に依

るべきこととなるかを決定するために、準據法決定の前提として爲さるべき性質決定の準據すべき法律概念の決定問題を生ずる。而してこの法律概念が訴訟地の國際私法上の法律概念なるべきことは論を俟たない。この國際私法上の法律概念が民法上の法律概念と異なるは勿論であるが、國際私法が訴訟地の國法でありまた訴訟地の裁判官學者等が之を研究するのが通例であるから、實際上に於て國際私法上の法律概念が訴訟地の民法上の法律概念に依據することの大なることは自然の勢である。されば實際上訴訟地の國際私法上の法律概念と民法上の法律概念とが混淆されることが多く、なほまた概念決定とその後に問題となる性質決定との區別が看過されることが多い。以下この問題につき二の判例學說の跡を尋ねよう。

(a) 現行獨逸民法施行前に關するが、一八八四年二月一九日の獨帝國裁判所の判決によれば、外見上相續法上の規定と見えまた相續法の規定の體をなしてゐる規定と雖も、その本質が婚姻中に存立せる財産共同の繼續效に基きたその直接の効果であるものは之を夫婦財産法の構成部分と認むべきである。殊にこの財産共同の解消に關する規定及び解消の場合に共同財團よりの當事者の清算に關する規定並にかかる財團よりの一方の配偶者の清算を不正確に「相續法上の」清算かの如く定めまたは一方の配偶者に他方の配偶者の遺産上に現實の相續權又はその他の權利を普通

の清算の代償とし又はその補充として付與せる規定は夫婦財産法に屬する。従つて最初の住所地法(當時の財産制の準據法)がこの關係に適用せらるべきであり、而して被相続人の最後の住所地法(當時の相続の準據法)はただ夫婦財産法に關係なき相続権にのみ適用すべきであるとなし(Silberschmidt, a. a. O. Niemeyers Z. 8, S. 114; 又 Neuner) 又 1895年一月二五日の獨帝國裁判所の判決にはその規定の本質上夫婦財産法なることの現はれてゐる規定及びその結果として夫婦財産法と見るべき規定は假令外見上相続法上のものに見える場合と雖も凡て夫婦財産法の構成部分と見るべきである。特に共同せる財産の分割及び生存配偶者の用益及び處分に關する規定及び繼續せる財産共同に關する規定は凡て夫婦財産法上のものとして取扱ふことを要するとなしてゐる(Silberschmidt, a. a. O. SS. 113, 114; 又 Steiger, Die Privatrecht. 2)。

(b) リュックスブルグは、相続法はただ遺産の運命のみを定むるものであり、婚姻締結の効果が問題となる範圍に於ては夫婦財産法である。故に一方配偶者の死亡後の生存配偶者の死亡配偶者の財産上の權利の繼續に關する問題は財産法上の問題であるが、生存配偶者の財産上の死亡配偶者の權利の繼續に關する問題は相続法上の問題であるとなし(Luxburg, Das internationale Privatrecht des ehelichen Güterrechts) ラーベは、或る規定が夫婦財産法上の規定なるかまたは相続法上の規定なるかの問題の決定に當り指導的觀點は生存配偶者に先死者の財産上にある權利を與ふる規定が財産法の本質より生じ又財産法の一つの結果なるか又は然らざるかと云ふことである。前者の場合には假令外見上然らざる場合にも財産法上のものであり、然らざる場合は相続法上のものであるとなしてゐる(Kraeppe, Staudingers' Kommentar, S. 313)。また瑞西の學者シュタイゲルは次の如く述べてゐる。生存配偶者の主張せる請求權が夫婦財産法上の請求權なるか相続法上の

請求権なるかの決定の標準はその本質に於て當該の請求権又はその請求権の依つて立つ規定が財産法の本質より生ぜるもの及びその結果と見るべきものなるか又は然らざるかに在るのである。一九〇五年六月三〇日の瑞西聯邦裁判所の判決は法律即ち瑞西居住居留民法は何等該當の定義を定めてゐないから、吾々はただ瑞西の一般的法律觀念及び事物の性質に基いて區別し得るのみであると判示してゐる。この一般的公理は確に極めて明かであるが、個々の場合に於て「財産法の本質より」生ぜる請求権及び「その結果と見るべき」請求権とその他の請求権とを區別する場合に屢々困難を生ずる。それは例へば生存配偶者の夫婦財産の一定部分に對する請求権例へば共同財産の一半又は剩餘の一部に對する請求権はそれ自身等しく相続法上の請求権たりまた財産法上の請求権たり得るものであるからである。併し乍らかかる場合にはその權利が付與せられる關係が區別の標準となるのである。されば吾々は個々の場合に於て請求権の依つて生ずる規定の意義及び機能を審査することとなし(cf. *Reit. v. O.*, *Sw. Civ. Code*, Art. 133)、瑞西民法の規定につき觀察した後、に次の如く述べてゐる。生存配偶者の財産法上の請求権の共通の特色は婚姻中既に而かも第一次にその效力を發揮しまた事實上一定の財産制に關係ある規定の結果であると云ふことであり、かかる請求権はその本質上財産法上のものたる性質を有するものである。然るに之に反し財産制に關係なく生存配偶者に歸屬する請求権及びその意義及び機能上配偶者一方の死亡の場合に初めて效力を發生する規定の結果たる生存配偶者の請求権は相続法上のものたる性質を有する。この觀點は瑞西居住居留民法(國際私法)上の意味に於て生存配偶者の請求権を財産法上のものと相続法上のものに分つべき場合にも之を擴張し得る。蓋しこの場合は瑞西實質法の審査を越へるとは云へ、「事物の性質」及び「瑞西の一般的法律觀念」に適合するが故であり(前掲の一九〇五年六月三〇日の聯邦裁判所の判決參照)、從つて外國法に基く法律問題の性質決定をも可



能ならしむるのである。例へば夫婦がその最初の婚姻住所(瑞西は住所地 法主義を採る)の法律としての佛法に従ひ法定の共産制の下に生活せる場合に生存配偶者の「剩餘」の一半に對する請求權(債權)は夫婦財産法上のものたる性質を有するものと見るべきであるとなしてゐる(Steiner, a. a. O.)。

以上の判例學説を見て略々夫婦財産制及び相続の法律概念を推知し得られる。しかしその所説に於て法律概念の決定の問題と法律關係の性質決定の問題との區別は明かには爲されてゐないし、また民法上の法律概念乃至性質決定と國際私法上の法律概念乃至性質決定と國際私法上の法律概念乃至性質決定との區別も明瞭とは云へない。上に述べられた所より推知せられる如く、國により多少の相異はあるが、大體に於て、夫婦財産制の法律概念は婚姻を理由とする婚姻中の夫婦間の特別の財産關係及びその結果としての婚姻解消後の財産關係の清算その他の派生關係を意味し、ここに問題となる相続とは右の關係と關係なきか若くは夫婦財産關係解決後の死者の財産の移轉問題を意味するものと云へるであらう。シュタイゲルが瑞西國際私法の解釋論として述べてゐる所は概ね移してわが法例の解釋論となし得るかと思はれる。

(ハ)例示に對する性質決定 今試みに前掲の例示につき、わが國際私法の立場より性質決定その他を示せば大體次の如く云へるかと思ふ。

(1)の場合に於て、元瑞西人たりし寡婦がその權利を主張する當りその心意に於て前提としてゐる法律は瑞西法であると考へられるから、その主張の内容は瑞西法に従つて決定すべきである。かくして瑞西法に従つて確定されたその主張内容がわが法例上の夫婦財産制の法律概念中に含まるべきものなることは明かであるから、右の主張事實は夫婦

財産制の性質を有するものと云ふべきであり、従つて婚姻當時の夫の本國法たる瑞西法に従ひ(五條例)、剩餘の三分の一は寡婦に歸屬するものと爲すべきである(瑞西二)(Seiser, a. a. O.)。

(2)の場合の初めの二つについては獨逸人たりし當事者の前提とせる法律は獨逸法であると考へられるから、獨逸法に従ひ主張の内容を確定すべきであり、而して獨逸法に依ればその主張内容は共に夫婦の財産關係に由来しその延長である。かくして確定した主張内容がわが法例上の夫婦財産制の法律概念に含まれることは明かであるから、この主張事實は夫婦財産制の性質を有するものと云ふべきであり、従つて婚姻當時の夫の本國法たる獨逸法に依つて(五條例)右の主張の認否を決定すべきこととなる(獨民一四八三一、又は一五一六一工參照)(Seiser, a. a. O. S. 154參照)。最後の場合にも當事者の心意に於て前提せる法律が獨逸法なることは明かであるから、獨逸法に依つて當事者の主張内容を決定すべきである(獨民一五一三參照)。かくして獨逸法に従つて確定された主張内容はなほ疑もあるが、被相続人と相続人との關係に觸れるものと見られるから、この場合は寧ろわが法例上の相続概念中に含まれるものと考へられる。故にかかると主張事實は相続の性質を有するものと云ふべきであり、従つて配偶者の死亡當時の本國法たる瑞西法に依つて(五條例)、右の主張事實の認否等を決定すべきであらう(Seiser, a. a. O. S. 156)。

(3)の例の場合に洪國人たりし當事者の前提せる法律は洪國法であると考へられるから、洪國法により主張内容を確定すべきであり、洪國法によればその主張する権利は夫婦財産關係より涌出するか又は婚姻生活の報酬とし親族法に基く夫の法律上の金錢債務である。故にこれ等はわが法例上の夫婦財産制の概念に含まれるものと見られるから、夫婦財産法上のものの性質を有するものと云ふべきであり、従つて婚姻當時の夫の本國法(五條例)たる洪國法に依つて右

の主張の認否等を定むべきものと云ふべきであらう(Raape, a. a.)<sup>\*)</sup>

上述の如くして問題の主張事實が夫婦財産法上の問題なるときは夫婦財産法の準據法(例へば婚姻當時の夫の本國法)に依り、相続の問題なるときは相続の準據法(例へば被相続人の死亡當時の本國法)に依るべきであるが、夫婦財産法上の問題は屢々相続法上の問題と關聯して發生する。例へば配偶者の遺産の範圍を知るために夫婦財産法上の問題を解決することを要することとなる如くである。かかる場合については一般に財産法上の問題は相続法上の問題の先決問題であるから、相続法上の問題に先つて解決し、然る後に相続法上の問題に及ぶべきものとされてゐる。(従つて財産準據法が一方配偶者の死後の繼續共產制を認めてゐる場合の如きはその繼續する範圍に於て相続準據法の適用が阻害せられることとなるであらう)(Kewald, Das deutsche internationale Privatrecht, SS. 97, 97; Seifert, a. a. O. SS. 151, 152; Ziehm, Internationales Privatrecht, II, S. 591; 實方教授「國際私法」(家族制度全集二部五卷)二六四頁參照。予氏の如きは先づ夫婦財産法上の問題を解決すべきであり、その解決によつて始めて何が如く遺産なるかが定まると云ふことを眼中に置くときは財産法上の問題と相続法上の問題との間に困難は生じないと極言してゐる(同じ前掲)。之は後述の氏の放任)。この見解は先行問題を解決して然る後に後續問題を解決に及ばんとするものであり、物の性質に適合する正説と云ふべきである。尤も反對説もあつたやうである(Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 8. II, SS. 335, 336 參照)。  
\*) 同氏前掲。

なほ財産法上の請求權と相続法上の請求權との累積する場合につき、財産準據法と相続準據法とより付與せられる請求權を單純に累積するときは双方の法律の精神に反する結果に至る危険があり、この場合には一つの法規群を他の法規群に優先適用するときのみ血路が開かれることとなる。即ち一つの法規群を完全に適用し他の法規群はその殘留せるものの範圍に於てのみ適用すべきであり、而してこの場合には財産法上の法規群が先づ適用せられることを要

するものと考へられる。蓋し遺産の範圍の確定のためには親族法上の關係に基く清算を要するからであり、親族財産法に關する規定は相續法に關する規定に先つて適用せられることを要するとなすものがある(Noter's Law)。この問題は次に述ぶる調整問題と關聯する。

## 二 兩者の調整問題

夫婦財産制と相續との問題が關聯する場合に於て、前述の如くして、先づ夫婦財産法上の問題には夫婦財産制の準據法を適用してその財産法上の問題を解決し、後に相續法上の問題には相續の準據法を適用してその相續法上の問題を解決したときは、國際私法上に於ては理論上問題を正當に解決したものと云ふべきである。然るにかくの如くして解決された結果が往々妥當を缺くものの如く見ゆることがある。かかる場合は次の如き二つの態様に分たれる。

(イ)保護の欠缺の場合 (1)希人たる夫が妻を残して佛國に歸化し佛人として死亡した場合 この場合には相續

の準據法たる佛法は妻に財産法上の權利を保障してゐるが何等遺留分を認めて居らず、夫婦財産制の準據法たる希法は妻に遺留分を認めてゐるが何等財産法上の保障を爲してゐないから、寡婦は相續準據法たる佛法の適用により何等遺留分を認められずまた財産準據法たる希法の適用により何等財産法上の權利を認められないこととなり、結局何等得る所なく少しの保護も受けないこととなる(尤もこの場合に於て夫々の準據法上の性質決定と國際私法上の性質決定との懸隔なきことを前提とす。以下の例亦同じ。)

(2)獨人たる夫婦が瑞典國籍を取得し而して夫が子を残して無遺言にて死亡した場合 この場合に相續準據法たる瑞典法は夫婦の生前に於て既に妻に配當分を與へて財産法上妻を保護してゐるが相續法上の權利は何等認めてゐない。

然るに財産準據法たる獨法は妻に四分の一遺産請求権を與へて之を相續法上保護してゐるが財産法上は何等保護を與へてゐない。従つて寡婦は相續準據法によつても財産準據法によつても保護せられず結局何等得る所がないこととなす。(Neubecker, Ehe- und Erbschaftsg., S. 181.)  
No (Steiger, a. a. O., S. 157 Anm. 3 參照)

(ロ)保護の累積の場合 (1)瑞典人たる夫が獨國籍を取得した後死亡した場合 この場合には財産準據法たる瑞典法は婚姻解消の場合に財産法上兩配偶者の結合財産の半額を妻に與へてゐるから財産準據法により共同財産の半額を取得し、また相續準據法たる獨法は相續法上遺産の四分の一の取得を妻に認めてゐるから相續準據法により遺産の四分の一を取得することとなり、結局二重の保護を受けることとなる。

(2)佛人たる夫婦が獨國籍を取得した後夫が死亡した場合 この場合には寡婦は財産準據法たる佛法により財産法上共同財産上に持分を取得しまた相續準據法たる獨法により相續法上遺留分を取得するから、結局二重の保護を受けることとなる。

かかる場合に右の如き結果をその儘放置すべきか又は何等かの調整方法を構すべきかの問題を生ずる。この點に關する一二の學説及び判例を見よう。

(イ)放置説 チーテルマンは婚姻準據法は寡婦の考慮を相續法に於て定め、相續準據法は寡婦の利益を夫婦財産法上の規定によつて保護してゐる場合には、寡婦は何れの法律によりても何等得る所はなく、また逆の場合には、財産法も相續法も寡婦をただ一回のみ保護せんと欲してゐるに拘らず寡婦の利益は夫婦財産法並に相續法によつて二重に保護されることがある。しかしかかる不正は瑕疵ある國際法の結果ではなくて寧ろ準據法の實質的相異の結果であ

るとして右の如き結果を放任して居り(Zietmann, a.)、又ノイベッカーは獨人が瑞典國籍を取得して死亡し、寡婦は獨財産法により奪はれ瑞典相續法により何等得る所がなくなる場合につき、國際私法は個人の利益を目的とするものでなく寧ろ無限に高遠な目的即ち法秩序の法たりまた國家(の法律)の調和を招來すべき目的を追求してゐるものであると云ふことを以て妻は自ら慰めることが出来るであらう。寡婦もこの祭壇にそのささやなる献物を捧げねばならぬと述べてゐる(Neuböcker, a. a.)。なほラーベは獨人たる夫婦が佛國籍を取得した後夫が死亡したとき(子ある場合)は寡婦は何等保護を受け得なくなるのであり、新夫婦財産契約に依る外救濟方法はなく、又獨人たる夫婦中の夫のみが英國籍を取得するときは夫は妻に對して遺留分權を有するが妻は夫に對して遺留分權を有しないこととなるのは奇妙ではあるが避くべからざる結果であるとして放置説を採つてゐる(Raape, Komm.)<sup>(註)</sup>。

(註) 尤もラーベは其後變説し嘗ては放置説を採るノイベッカーに従つてゐたが(註釋書六六〇頁參照)、兩法律制度の調整は可能でありまた調整せねばならぬ。蓋し兩法律制度は妻に全然何にも與へぬことにしてはならないと云ふことについては一致してゐるからであるとなして、ウォルフが妻が獨財産法により要求し得るものを瑞典の相續權として妻に付與し得るのであるとなしてゐる所を引用してゐる(Raape, Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé. Recueil des cours, 1934, IV, p. 508. なほ江川教授論文「親子間の法律關係を定むる國際私法規定の適用に關する若干の問題」國際法外交雜誌、三六卷七號一七・一八頁參照。

(ロ)調整説 この説は三つの場合に分つて觀察しよう。

(A)保護の欠缺の場合 (1)希人が佛國籍を取得して死亡した場合に付ては一八八二年三月二二日のエイクス控訴

涉外的相續と夫婦財産制

院の判決がある。相續準據法たる當時の佛法によれば子が單獨相續人となるから寡婦は何等相續法上の權利を取得しない。そこで寡婦は當時希臘に行はれてゐたビザンチン法に従ひ貧窮配偶者の遺産の四分の一に對する權利を主張し、彼等夫婦は希法の下に婚姻したのであり夫のその後の歸化は妻が婚姻當時取得した右の權利を剝奪し得ないと主張した。そこで裁判所は寡婦のこの權利を夫の國籍の變更により影響を受けざる既得權として寡婦を保護したのであつた。(元來相續法上の權利たるべき權利を財産法上の問題として財産準據法上の相續規定を適用して寡婦を保護したのである) (Lewald, Questions de droit international d's suc. (Frankenシュタインは右の判決を不正なるものとし寧ろ反對に財産制を變更的なるものとする。), Cassions, Recueil des cours, 1923, IV, p. 71, Ann. 3.) (寡婦を財産法上も共に佛法に依らしべきであるとして Frankenstein: a. a. O. IV, S. 329)。

(2) ノイナーは次の如く述べてゐる。即ち財産準據法が配偶者に財産權の名義で何等與へてゐないが相續權を認めてゐる場合には、一方の配偶者が他の配偶者の財産より少くとも相續法上の請求權の形でその一部を取得するときのみ財産準據法の意思に満足の與へらるべきことが前提されてゐるのである。この場合に若し相續準據法が配偶者に何等與ふる所なきときは財産準據法上の相續分を配偶者に認むるより外に方法はない。さればかかる場合には同一の遺産に對し種々の相續法を適用すべきこととなるのであり、従つて財産法への送致はこの場合には(財産準據法上の)相續法の規定の一部に對する送致をも包含することとなる。蓋しかくする場合にのみ財産法の欲した經濟上の結果に到達することとなるからである。如何なる理由で相續準據法が配偶者に相續權を拒否したかは重要ではない。なほ相續準據法の付與する請求權が財産準據法の與ふる請求權より小なるときも右と同様に取扱ふが、大なるときは配偶者の請求權を相續準據法に依つて定める、蓋しより多く與ふるも財産準據法の精神に反するものと云ふを得ないからであるとなしてゐる (Nemer, a. a. O. S. 71, 72)。

(3) ウォルフは獨人が瑞典國籍を取得した場合につき次の如く述べてゐる。即ち瑞典人たる妻は（相続準據法たる瑞典法により）何等の相続権を取得しないが、其は瑞典法は既に財産法上に於て妻は夫の死亡の場合にも相當満足を得てゐると考へたからである。然るにこの場合には瑞典財産法が適用されないために右の財産法上の保護が無いこととなるものとすれば、財産法（財産準據法たる獨法上の相続規定）によつて妻が請求し得べかりしものは瑞典の相続権として妻に與へ得るであらう。蓋し瑞典人が法定の夫婦財産制に基き半額の分與に與かることを夫婦財産契約により排斥することが許されないのであるから、夫の死亡後妻が半額の分與に與かることは強行的であること、従つて（瑞典の）夫婦財産法の適用されない場合については財産法上の振當（性質決定）中には相続法上の性質決定（相続法の性質を有するもの）をそれ自身の中に包含するものと認むべきであるからである。されば右の場合と反對に相続準據法所屬國に於て法定の財産共通制を夫婦財産契約を以て廢棄し得而して寡婦の相続権を全然剝奪し得る場合（例へば一九二三年までの獨國法上（例へば）の婚姻に法定の財産共通制が契約によつて排斥された場合の如く法定の相続権を拒否することはこの相続準據法の精神に抵觸することとはならないとなしてゐる（Wolf, a. a.）。要之、氏は相続準據法たるべき法律の精神に反するか否かによつて調整問題を解決しようとするものである。

(B) 保護の累積の場合 (1) ハビヒトは次の如く述べてゐる。即ち配偶者の死亡により生存配偶者は夫婦財産準據法たる甲國法により財産法上の相続権（例へば死亡配偶者の財産上の終身の用益権）を取得しまた相続準據法たる乙國法により財産制に無關係の普通の配偶者相続権（例へば遺産の一部）を取得することがある。併し乍ら兩準據法によるかかる同時の二重の相続は許さるべき



ではなく、生存配偶者にはただ甲國法の財産法上の相続権と乙國法上の普通の相続権との間の選擇権のみが許さるべきである。尤も甲國も生存配偶者に特別の財産制より生ずる配偶者相続権を制限することなく、財産制に無關係の一般の配偶者相続権の取得を放任して置く場合にはこの限りではないとなしてゐる (Patrikt. Interdationales) 一八九三年七月二日の Stuttgart の地方裁判所も相続準據法の與ふる相続権が一定の財産制と無關係なる場合には兩準據法を累積的に適用してゐる (Kemper, a. a. O.)<sup>1)</sup>。

(2) ノイナーは云ふ。妻が財産準據法により共同財産の半額に對する請求権を有する場合に、相続準據法による相続分に對する権利は之を右の請求権と累積し得るかは問題である。財産法上の規定の意味關係より出發するときは、財産準據法はその與ふる請求権を以て配偶者に終局的に清算したものと見てゐるか否かが問題となるのであり、從つて配偶者相続権につき相続準據法の規定の餘地を残してゐるか否かを研究すべきである。即ち若し適用の餘地なからしめてゐるときは、調整の結果相続準據法の適用なきこととなるべく、財産準據法が財産法上及び相続法上の請求権の累積を認むるときは累積的適用が認められ配偶者の相続分は相続準據法によつて定められる。相続準據法の與ふる相続分が財産準據法の與ふる相続分より大なるか小なるかは問はないとなしてゐる (Kemper, a. a. O.)<sup>2)</sup>。要之財産準據法が累積を許すか否かによつて問題を解決せんとするものである。

(3) ウォルフは瑞典人たる夫が獨國籍取得後死亡した場合について云ふ。寡婦は財産準據法たる瑞典法により共同財産の半額を取得し相続準據法たる獨法により遺産の四分の一を取得することとなるが之は何等躊躇すべきではない。蓋し相続準據法たる獨法の法定相続分は獨法上財産制とは無關係でありまた財産準據法たる瑞典法の財産法上の請求

権も亦瑞典法上寡婦が外に相続権を取得したか否かに關係がないからである(Wolff, a. a.)。然るに之に反し一九〇〇年以前に伯林に最初の婚姻住所を有してゐた夫婦が瑞西國籍を取得しその後夫が死亡した場合には、寡婦は財産準據法たるマルクブランデンブルヒ法により自己自身の財産の返還請求と結合財産の半額との間に選擇を爲すことを得また相続準據法たる瑞西法により遺産の一半上の利益權と遺産の四分の一上の所有權との間に選擇を爲し得るが、寡婦は結合財産の一半とその他になほ瑞西法上の相続分とを要求することはマルクブランデンブルヒ法に矛盾するであらう(尤もマルクブランデンブルヒ法上の自己財産の返還請求と相続準據法たる瑞西法に基く遺産の一半上の利益權又は遺産の四分の一上の所有權との間の選擇とは兩立するが)。即ち夫婦財産法規定の解釋上(別の)相続規定に基き他に何等相続の生じない場合にのみ夫婦財産法規定の適用されんことを欲してゐることがあるとなしてゐる(Wolff, a. a.)。

(C)保護の欠缺・累積の場合　フランケンシュタインは双方の場合につき統一的解決方法を呈示して次の如く述べてゐる。かかる場合には文字に拘泥せざる解釋によつてのみ有用な解決が得られる。抑々財産法と相続法との分離は個々の法秩序に於て限界法上の問題を顧慮することなくして爲されたのである。財産制の不變更主義の採用の場合に判然と相続法との分離が矛盾した結果に陥ることあるべきことを考へてはゐなかつた。されば判決の任務はこの不自然なる分離を少くとも部分的に再び後退せしめ最後の人法の規定を「生存配偶者の相続権はただ相続準據法自身の財産法上の事項規則との關係に於てのみ之を規定したものと」解釋することに在る。蓋し實際上に於て問題とする所は相続権ではなく寧ろ生存配偶者の保護であるからである。この生存配偶者の保護たるや凡ての法秩序に普く存する所であるが或は相続権とし或は財産權として異つた性質が與へられてゐる。而してその性質たるや積極及び消極の

二側面を有つて居り、二つの事項中の一方につき積極的なるときは他方の事項については消極的であり、如何なる立法者と雖も双方の事項につき積極的又は消極的ならしめようとは考へてはゐない。扱て遺産は常に第一次に被相続人の最後の本國法に従ふものであり、この最後の本國法は遺産を相続法上並に財産法上拘束し得るのであるから、最後の本國法が生存配偶者をその事項規則を以て相続法上又は財産法上保護するものとするのが唯一の自然的解決を與ふるものと思はれる。故にこの兩事項の分離は許されず寧ろ生存配偶者の保護に關する限り相続準據法及び財産準據法として最後の本國法を適用することを要するものとなしてゐる(Frankenstein, a. a. O. I, S. 37, 328. なる氏は獨民法第一五條(283)を適用しても生活の必要上右の如き解釋を採らんとするもの如くである)

右の調整說中のノイナーの學說に對してはシュタイゲルの次の如き批判があり、之は又概ね他の調整說に對しても當欲るやうに思はれる。即ち實定國際私法が極めて明瞭に內的の財産法關係を甲國法に、また相続法上の關係を乙國法に服從せしめてゐる場合には、拘束力ある規準を示してゐるのである。例へば瑞西國際私法が內的の財産法上の關係に最初の婚姻住所地法を適用せんと欲し且つ內的の財産制の不變更主義の原則を宣言してゐる場合には、之を以て一定の目的就中既得權の保護を期してゐるのである。又相続法上の承繼を被相続人の最後の住所地法に服從せしめてゐるときは、之は被相続人がその住所により密接なる關係に立つ社會の關係及び觀念を相続のために準據たらしめんとする考に基くのである。扱て今ノイナーの例を瑞西の關係に移して、瑞西居住居留民法第一九條(のdie Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander)を「配偶者間の財産關係一般」(das Vermögensverhältnis der Gatten im allgemeinen) (因でノイナーは獨民法一五條の das eheliche Güterrecht 及び das Vermögensverhältnis der Gatten

in allgemeinen と解してゐる (Neuner, a. a. O. S. 38)）、従つて生存配偶者の相続権も最初の住所地法に依るものと解するとき、先づ之は第一に瑞西國際私法の基礎をなす觀念及び原則の破壊を意味するのであり、この結果たるや強制的理由なくしては忍ぶことを得ない。次にその結果は吾々を外國法に委し而して吾々の觀念は外國法の觀念の前に後退せねばならぬこととなる。例へば財産準據法が生存配偶者に共同財産の半額を與へるが財産法上の請求權により生存配偶者を終局的に清算したものと見て何等の相続權を與へてゐない場合の如きは、ノイターの考によれば吾々も之に従ひ配偶者は相続準據法により最早何等の請求をも爲し得ざるものとせざるを得ないこととなる如くである。かかる結果は確かに瑞西の法律觀念に適合しないであらうとなしてゐる (Reiter, a. a. O. S. 139, 140)。

21

上來述べた所によつて見る如く、調整說中にはハビヒト(なほウォルフ)の如き保護の累積の場合に兩準據法中の何れか一方の保護を選択すべきものとするものもあるが、大體に於て財産準據法基準說・相続準據法基準說及び相続準據法說の三つとなし得るやうである。(1)財産準據法基準說は財産準據法が自國法の解釋上、保護の欠缺又は累積を放任する場合にはそのまま放置する。併し乍ら保護を缺き得ずまた保護の累積を許さざる精神なるときはその財産準據法の精神に適合する結果を發生せしめんとするものであり、保護の欠缺の場合には財産準據法中の相続規定を相続準據法の相続規定の代りに適用し、保護の累積の場合には相続準據法の適用を排斥せんとするもの、換言すれば財産制の問題並に相続の問題を共に財産準據法上の財産規定及び相続規定に依らしめんとするものである(ノイターの說)。(2)相続準據法基準說は相続準據法の精神に適合する解釋を試みんとするものであり、相続準據法が保護の欠缺を放任

する場合にはそのまま放置するが、保護を強行せんとするときは財産準據法上の相續規定を適用せんとするもの如くである(ウォルフの説)。されば調整を試むる場合には相續準據法中の財産規定を適用せずして財産準據法中の相續規定を適用せんとする點に稍々趣を異にする所がある(なほウォルフは保護の累積の場合に於て調整を行ふ場合には何れかの保護を選択すべきものとしてゐる)。(3) 相續準據法説は最後の民法の規定は之を生存配偶者の相續權については相續準據法自身の財産法上の事項規則との關係に於て規定してゐるものと解し、また最後の民法は遺産を相續法上並に財産法上拘束し得るものであるから、最後の本國法の事項規則を以て生存配偶者を相續法上又は財産法上保護せんとするものである。従つて生存配偶者の保護に關する限り相續準據法及び財産準據法として最後の本國法を適用せんとするものである(フランケンシュタインの説)。故に相續準據法説は結果に於て財産準據法基準説と對蹠の地位に立つものである。

今ここに調整説に對する一二の批判を試みよう。

先づ第一に右の調整説によれば、同一の準據法(例へば財産準據法)への送致も他の如何なる準據法(例へば甲相續準據法又は乙相續準據法)との組合せとなるかに従つてその取扱が違つて來ることがあることはノイターの指摘する如くである(Kemmerling)。先づ生存配偶者の保護が何れか一方の準據法の上に依つて與へられ、保護の欠缺も累積も生じない場合には正常通り兩準據法がそれぞれ適用せられ問題を生じない。次に欠缺又は累積の生ずる場合に於ても双方の準據法が共に欠缺又は累積の結果を妨げざるものとなしてゐるときも正常通り兩準據法がそれぞれ適用せられる。然るに一方又は双方の準據法が保護の欠缺又は累積の結果を容認せざるものなるときは如何に取扱ふべきか。之が問

題の眼目である。この場合に財産準據法基準説によれば財産準據法上の財産規定の適用は正常通りであるが、相續問題につき相續準據法上の相續規定を排斥して財産準據法上の相續規定を適用することとなる點に於て本來の準據法の適用を破壊することとなる(この場合に準據法上のそれぞれの法律概念は國際私法上のそれぞれの法律概念の範圍内に屬するものであることを前提とする。以下亦同じ)。相續準據法基準説によれば相續準據法上の相續規定の適用は正常通りであるが財産準據法上の財産規定の代りにその相續規定を適用することとなる點に於て原則の破壊があり、また相續準據法説によれば相續準據法上の相續規定の適用は正常通りであるが之と同時に相續準據法上の財産規定をも適用せんとする所に原則の違反があることとなる。

次に之を生存配偶者の主張の前後その他との關聯に於て見よう。生存配偶者が先づ、相續問題の内容を有する主張を爲したため相續準據法を適用すべきものとなつた場合に、相續財産の確定のために先決問題として財産法上の問題を解決することを要することとなるが、この場合には配偶者は未だ財産制の内容を有する主張を爲してゐないのであり而かも財産法上の主張を爲すか否かは不明である(遺言繼承主義の立場より見る限り生存配偶者は右の財産法上の主張を爲すと否との自由を有する)から、假りに主張があつたとしてもれば保護の欠缺又は累積を生ずべき場合に於ても、未だ主張なきため調整を爲し得る状態に未だ達して居らず、從つて専ら相續準據法の相續規定に從つた解決を以て満足する外なきものと云はざるを得ないであらう。その後(相續法上の力の發生後と限定す)に至つて、生存配偶者が財産法の内容を有つ主張を爲した場合に於て、先づ保護の累積を生ずべきときは、その新主張を先きに與へられた相續準據法上の保護との關係に於て調整を行ふべきこととなるが、新主張の準據法たる財産準據法が保護の累積を許容せざるときは、相續準據法上の保護は既に既判力を有するから、財産準據法上の保護を拒否する外はないであらう。次に保護の欠缺を生ずべきときは、新主張の準據法たる財産準據法が保護の欠缺を

許容せざるときは、財産準據法の意思に従ひ或は新主張の準據法たる財産準據法の相續規定又は前主張の準據法たる相續準據法の財産規定によつて保護を興ふることとなるであらう。右と反對に先づ財産法の内容を有つ主張を爲し、その確定後(既判力の發生效)に於て相續の内容を有つ主張を爲した場合にも略々同様の方法に依つて解決すべきこととなるであらう。要之、保護の異時的主張の場合には、先主張の内容によつて定まつた準據法に従つて確定した保護(又は無保護)はそのままとし、後の主張の内容によつて定まつた準據法に基いて調整問題を解決すべきこととなる。されば生存配偶者が何れの内容を有する主張を先づ爲したかに依つて解決の結果を異にするであらう。前掲の調整に關する諸學說の如きはただ保護の同時的主張の場合のみに關するものと見るべきであらう。

更に國際私法が夫婦財産制については婚姻當時の夫の本國法に依り、また相續については被相續人の最後の本國法に依らしめたのは夫れ夫れ一定の目的があるがためである。然るに調整説はその夫れ夫れの準據法の適用の結果の綜合が偶々妥當を缺くと云ふ理由を以て右の國際私法上の法則に對する違背を是認せんとするものであり、國際私法が各別の規定を設けた根本精神に反するとの非難があり(シュタイゲル)、また調整説はただ生存配偶者の保護と云ふ觀點のみから事物を觀察してゐるが、財産法と相續法との關係の問題を然かく一面的な觀察によつて左右すべきか否か、殊に卑屬その他の相續權利者其他の利害を度外視して可なるか否かは疑なきを得ない(なほこの問題については五川教授前掲論文一八頁参照)。

問題を突きつめて考ふれば、國際私法は準據法の決定並にその適用即ち國際私法的解決を以て満足すべきか、更に進んで事物の實質的の妥當なる解決にまで及ぶべきか。換言すれば國際私法が事物の間接的規律の方法を採る結果として實質的に妥當ならざる結果を生ずることあるも之は準據實質法の内容の相異より生ずることあるべき宿命的缺陷

として之を忍ぶべきか、又は國際私法上の原則を破壊してまでも右の妥當ならざる結果の調整を試むべきかそれが果して合理的に可能なるかと云ふ根本問題に歸着するものと思はれる。<sup>(註)</sup>なほ後日の研究に委ね、今はここに一應筆を擱くこととしよう。

(註) 本文に述べたのは夫婦財産制の準據法の適用の結果と相続の準據法の適用の結果との間に妥當ならざる結果を生ずる場合であるが、同様の關係は同種の準據法の適用の場合にも發生することがある。即ち山口博士は數名の扶養義務者の順位が各本國法によつて異なる場合に扶養權利者は全然扶養を受け得ないことがあり、また扶養義務の定め方如何により或は扶養の需要の額を完全に受け得ず或は需要の額を越ゆる扶養を受けることがあることを指摘されてゐる。例へば伯民法第三九八條によれば扶養請求者の直系尊屬は直系尊屬に先ちて扶養義務を負擔する。然るに日本民法第九五條獨民法第一六〇六條によれば扶養請求者の直系尊屬は直系尊屬に先ちて扶養義務を負擔する。今伯人を子とし日本人を父とする者が子に對して扶養を請求するときは子はその本國法上第二順位者なるが故に第一順位者たる父が扶養の義務を履行すること能はざる場合にあらざれば扶養の義務を負はず。然るに同人が日本人たる父に扶養を請求するも父はその本國法上第二順位者なるが故に第一順位者たる子が扶養の義務を履行すること能はざる場合にあらざれば扶養の義務を負はざるが故に右の請求者は何れによつても扶養を受け得ない。これは前者の例である。又例へば日本民法第九五一條瑞西民法第三二九條等多數の國法法律には扶養義務につき資力比例主義を採つてゐるが、獨民法第一六〇六條は直系尊屬の扶養義務については相続分比例主義を採り直系尊屬の扶養義務については平分主義を採つてゐる。故に祖父母の一方の本國法が平分主義を採り、他方の一方の本國法が比例主義を採るときは、孫はその需要の額を完全に得ること能はざることあるべく又反對に需要の額を越ゆる扶養を受けることがあらう。これは後者の例である(山口博士論文「親族法上の事項に適用する法律」商大研究年報法學研究第一卷一五七・一五八頁)。調整説を採るとすればこれ等をも加へて考察することを要するであらう。昭和一五・一〇・五日稿