



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	自筆遺言の法性に関する議論について（1） ー法の発生のしくみー
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, Noboru
Citation	北大法学論集, 48(3), 1-49
Issue Date	1997-09-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15723">https://hdl.handle.net/2115/15723</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(3)_p1-49.pdf



自筆遺言の法性に関する議論について（一）

——法の発生のしくみ——

小山  
昇

目  
次

- まえがき
- 一 ドイツ
- 二 フランス
- 三 イギリス
- 四 分析と整理
- 五 結語

筆者は法性論議のなかに法の發生の機序が見られることを予想している（「法性決定論の諸相」（一）法学研究（北海学園大学）三二巻二号）。そこで、それについて法性が論じられたいくつかの事項（「法性決定論の諸相」においては一二の事項をとりあげた）について、それぞれについての法性論を、主として判例のなかに見て、これを分析し、整理して、総合してみたい。本稿はその一つである。なぜ判例の中に見るか。判例は事実即ち法判断をするものであるからである。

オランダ法は、かつて、オランダ人に、外国で遺言する場合にも、公正証書遺言（公証人記載遺言）のみを許し、自筆の遺言を禁止した。オランダ人が外国で自筆遺言を、当該外国法に照らせば有効になした場合、当該外国の法廷は、これを有効とみるか無効とみるか。これが、自筆遺言（禁止規定）の法性についての論議をひき起こした。当該外国がドイツである場合、フランスである場合、イギリスである場合のそれぞれについて論議を分析し、そこになが見られるかを明らかにしたい。

なお、「」はわたくしの注ないし感想であることを示す。傍線はわたくしが引いたものである。

注 婚姻も遺言も当事者の意思に基づく行為である。婚姻と親の同意とは、フランス法においては、かつて、未成年者の保護または親に対する恭敬という根拠により結びつけられた。親の同意は、概念としては、婚姻の方式とはいえないものである。婚姻の方式は、概念の通常の意味としては、当事者の婚姻意思の表現形式をいうものであるからである。婚姻と信仰は人において別のものであることもできるし一体のものであることもできた。儀式は婚姻意思の表現形式の面をもつ。信仰と一体であるところではその信仰の婚姻儀式は婚姻の実質であってこれと区別された表現形式ではない。婚姻と挙式の結びつきにはこのような種類が存する。遺言は意思に基づく行為である。遺言は表現されなければならない。公正証書も自筆もその表現の方式である。方式の自由を認めるか認めないかという問題がある。当該方式から遺言意思を推認することの確かさについての評価のちがいがこの問題の処理を左右する。この評価が基礎になってある方

式があるいは遺言の成立要件とされあるいは効力要件とされあるいは訓示的な要件とされることができる。この規制が国(または地方)によって同じでないことから問題が起る。婚姻における親の同意と婚姻における挙式の宗教性と遺言における自筆性は、それぞれ互に性質のちがうものを秘めている。しかし、抵触法は方式は行為地法により、実体は本国法によることとしてしていることから、そのいずれであるかという形で取り扱われたことがあった。ここに問題があった。

## 一 ドイツ

1 ドイツについては、BGH一九六七年一月二二日判決(NJW 1967, 1177)を手掛りとしてとりあげる。事実関係は前稿(「法性決定論の諸相」(3)、法学研究(北海学園大学)三三卷一号、四二C)において紹介した。本稿では判旨を分析する。

〔オランダ法をどう理解するか〕オランダ民法第九九二条によれば、外国にあるオランダ国民は、その遺言を、それがなされる国の方式を守った公正証書によってのみ、することが許される。オランダは、オランダ法においても通用するところの、方式は行為地法に従うという準則を、オランダ人が外国で遺言をする場合については、認めない。(ドイツ抵触規則との関係はどうか)このことはしかしかかる遺言がドイツ民法施行法第一一条第二項第二文によりドイツにおいて有効であるとみるべきことを妨げない。〔判例はどうか〕RG JW 13, 333<sup>(1)</sup>は反対の見解であった。これはしかしRGのその後の判決により<sup>(2)</sup>くつがえされた。これによれば、ドイツ民法施行法第一一条第二項第二文は、自立した、すべての法律行為に通用する抵触規範であつて、外国法が行為地の法規を十分であると認めないときにも適用すべきものである〔オランダ法の属人性にドイツ法の属地性が優先するとみる根拠はなにか〕。BGHはBGHZ 29, 137 (= NJW 59, 717)<sup>(3)</sup>において、これらの判例にくみした。〔立法の

経緯)この規定の第二章案においては、第二文は△(法律関係についての)第一文により準拠することになる法律が相反するのではない限り▽というのを前以て用意していたが、この点は法律にはならなかった〔法律にならなかったのは、否定されたことを意味するか、解釈上とうぜんだから文章化しなかったのか〕。〔現在の判例学説〕かくして、オランダ人のドイツで作成された自筆遺言は一般に有効とみられる<sup>(4)</sup>。ただ、Rapeは、このようなケースでは、外国の相続法をして決せしめることになろう。このRapeの見解は——彼自身現行法と結びつくかを疑っているが——オランダ民法第九八二条第九九二条が方式規定でなくして遺言能力の制限を含む場合にのみ同意すべきものである<sup>(5)</sup>。

〔方式規定か能力制限規定かを決する方法〕これらオランダ法の規定をどちらに属せしめるか(Zuordnung)はドイツ法に従って行なうべきである<sup>(6)</sup>。そのさい以下のような解釈基本則に留意すべきである。外国法の規定をその原義(Sinn)と目的(Zweck)に従って把握すること、その重要意味(Bedeutung)はその外国法の立場から評価すること、ドイツの法秩序の諸制度との調和をはかること。こうすることにより、外国法の規定は、ドイツの法秩序の概念および限界設定により構築されたドイツの抵触規範の諸徴表(Merkmalen)——本件においては、方式規定の概念または実体法規範の概念——に属するものとすべきである。この解釈は、かのオランダ法の規定は、なかならずイタリアおよびフランスの判例の見解と対立的に、方式の規定であるという結果をもたらす。〔どのような筋道か〕かの規定は△終意の方式について▽という表題の民法第二編第一二章第四節第九七七条以下という遺言の方式を抜う節に体系的に位置している。これに対し、遺言能力は同章の他の節(第二節)において扱われている〔形式に着眼して方式の節で抜うが実質は実体に関するものとする〕ことはできないことではないだろう。さらに、オランダ民法第九九二条はまさに方式について通用する——法律行為の実行の場所の規定で足りるという——基本則を制限するものである。被相続人を軽率性急から保護するというこの規定の目的〔この目的理解は後掲フランスの判例のそれと同じ〕はこの規定を方式の規定と類別すること(Einordnung)に逆らうものでない〔この点フランスの判例と異なる〕。ドイツ法に

よれば方式にかかるその他の定めも右の目的に奉仕する。それゆえに、かの規定は、支配的なオランダの法学説に従えば方式の定めとみられている。<sup>(7)</sup>そして、ドイツにおいて、判例および学説からも方式の定めと扱われている。<sup>(8)</sup>

遺言の撤回可能性は、戻って、遺言者の本国法に従う。<sup>(9)</sup>オランダ民法第一〇三九条によれば、撤回は、後行の遺言もしくは特別の公正証書——被相続人がその撤回を明示する——によってなされる。同第一〇四二条によれば、撤回は、前の遺言と全面的にまたは部分的に相反する後行の処分によって黙示的に行うこともできる。これらから、オランダ法によれば、遺言はドイツ法に従って撤回されることができることになる。オランダ人がドイツでした撤回の方式は、もういちど、民法施行法第一一条第一項第二文に従う。この規定は作成行為のみならず取消行為にも関するものである。

右の判旨をよりよく理解するために引用判例に当たつてみるなどの作業をしよう。注番号を付したところがそれである。項を別にする。

2 RG JW 13, 333 (注番号(一))

この判例によれば、法律行為の方式については、行為の場所の法規が通用するという準則は、事物規範(Sachnormen)〔実質法規範のことか〕がこれと異なることを定めていない限りにおいてのみ、通用することができる(NJW 1967, 1177より)。この点で「反対の見解」であるのであろう。

JW 1913, 333 には以下のように報道されている。ハムブルグに住むオーストリア人女S。一九〇一年一月一日に遺言をして一九一〇年二月一七日に死亡。遺言は、公証人に遺言書を終意を記してであると宣言して交付し、そのさい二人の証人が立ち会った。遺言は、原告女を唯一の相続人と指名するものであった。ところが二人の証人のうち一人は原告の父であった。この者はドイツ民法第二三五条により証人として関与することができないものであった。原告はこの公証人を訴え、公証人の

過失により不適格証人の関与があつて遺言が無効になつたということで、遺言が有効であつたならば得た相続財産の価額を、損害賠償として請求した。請求は認容された。「上告理由は、無効の理由は不適格証人の関与ではなく、オーストリア法上有効でないことにあるのではないか、ということにあつたようである」。

一九二二年一月七日判決——ドイツ民法施行法第二五条によればSの相続はオーストリア法による。だから、終意処分の方式のために、オーストリア国際私法も、また、基準である。また、オーストリア国際私法のためには、疑もなく、ドイツ民法施行法第一条第一項第二文に含まれる規則が通用する。この第二文によれば、法律行為の方式にとっては、当該法律行為がなされた場所の法規の遵守で足りる。従つて、原告は、Sが作成した遺言がドイツ法に従つて有効な方式において作成されていたならば、Sの相続人であることにならう。ドイツ法に従えば、立会つた証人が証人としてドイツ民法第二三五条により関与することから排除されていなかったときは、有効な方式において作成されたことにならう。

控訴裁判所は、ドイツ民法が定める方式の適用が遺言の有効性(Giltigkeit)のために十分であるということに、ドイツ民法施行法第一条第一項第二文を根拠にして、到達した。が、そのさいオーストリア法に遡ることをしなかつた。オーストリア法は、ドイツ法によれば本遺言に存する無効原因がオーストリア法によつても存するか否かの問題のためにのみ引かれた。これは正しくない。

連邦議会がドイツ民法施行法中のドイツ国際私法の多数の規範(第一三、一四、一五、一八、一九、二〇、二二、二四)条)に与えた措辞(Eassung)は、ドイツ法に対して境界を画することのみがなされて、すべての可能な立法の間に境界線を引くことはしなかつたという点で、従前の諸草案とは区別されるのである。民法施行法第一条は、旧措辞が維持された少数の例外(第七、一一、二二)に属する。第一条において制定された規則はすべての法分野において通用する。

しかし、以下のことをしつかりとつかまえるべきである。法律行為の方式のために基準である法は、法律行為の対象を成す

法律関係がその(国の)法により判断さるべきであるところの国の国際(私)法により規定されるということ。法律関係のために基準である法が *locus regni actum* 則を知らないときは、ドイツ法の基礎に存する原則に従えば、民法施行法第一条ではなくて、法律関係のために基準である法が決定的でなければならない。

3 その後の判決(注番号(2))

その後の判決として以下のものが引用されている。RGZ 88, 191, 192; 133, 161, 163; 138, 214, 216; 157, 257, 259; Warn Rspr. 1926 Nr. 15 = JW 26, 375 (NW 1967, 1177)。つれらにあたってみる。

a RG 一九一六年四月六日判決 (RG 88 [1917] 191)。

事実——原告はトルコ人でアルメニア・カトリック教徒。彼は一九〇八年七月八日リオ・デ・ジャネイロ(ブラジル)でその地の身分官の前で(ブラジル法に叶ったやり方で)被告と結婚した。被告は当時無国籍(もとは、プロイセン)。原告は婚姻の無効を主張した。コンスタンチノーブルのアルメニア大司教の前での婚姻のみが有効であるというのである。国家レベルでも、トルコでは右以外のやり方の婚姻は有効と認められなかった。一番二番とも請求棄却。上告棄却。

判決理由から——①当該婚姻はドイツ民法施行法第一条第二文が適用しうべきときは、有効である。婚姻は民法上ひとつの法律行為であるからである。②右第一条は婚姻法第一三条により制限を受けるかだけが問われることができる。

③右第一三条第一項は一般的に△婚姻に入ること▽ (die Eingehung der Ehe) を当事者の対人規則に服せしめる。同項は、婚姻締結者の一方がドイツ人である場合の規定である。ところが被告は無国籍。よって婚姻法第二九条により同第一三条が適用できる。④△婚姻に入ること▽という表現は、およそ、婚姻締結の方式ではなく、実体法的要件のみを概念するものであるという学説の見解に組することはできない。右のことは、文言とひょうそくが合わず、内国で結ばれた婚姻の方式のための特

別の定めに当たる第一三条第三項はこれと対立する。⑤しかしながら、にもかかわらず、第一三条は民法施行法第一条第一項第二文と関係しない。婚姻締結地の法の遵守は、外国の婚姻法も同等の規定を有する場合にのみ、それで足るべしということとは第一三条第一項からは出てこない。むしろ、第一三条第一項は、第一条第一項との関係が問われる限りでは、たんに、ある規定——それは、第一条第一項第一文の意味においては、婚姻締結の法律行為のために基準であるべきものである——を指示するという意味をもつのである。⑥つまり、第一三条は第一条を、婚姻締結が第一条第一項第一文により有効であるときは、両当事者の本国法の方式要件が遵守されなければならないというふうくに、補充するものである。⑦第一条第一項第二文は、全く独立の、すべての法律行為に通用する規定であり、この規定の領域に第一三条第一項は干渉しない。この見解はその確証をこの規定の立法史の中に見る。〔中略〕。⑧控訴裁判所の見解にはしかし賛成できない。⑨婚姻締結の方式には、婚姻締結者が発表する意思表示の外面の形成も、世俗上の係官もしくは聖職者（およびその他の補助者）の全き関与なども含まれる（Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 2 S. 609, 611 参照）。方式が宗教上の性質のものか否かは問わない。これが正しい見解であることは、ハーグ婚姻条約の第五条からいえることである。ただし、右第五条第一項が、方式については、婚姻は、婚姻締結が締結地の法規に叶っているときは、有効と認めるものとすると定め、第二項において、法律により宗教上の婚礼（Trauung）を規定する国のために、例外を設けているとき、これによって、宗教上の婚礼に関する規定は方式の規定であることを表明しているのである。⑩本件当事者の婚姻は、民法施行法第一条第一項第二文により、有効である。

〔イ〕の判決は、婚姻における宗教上の儀式が、方式は行為地法によるという規則の方式に該当するとするものである。遺言における自筆方式について語るものではない。宗教上の儀式の法性については別稿で分析する予定である。〕。

<sup>9</sup> RG 一九三二年六月二二日判決（RG 133 [1931] 161）。

事実——二人のユダヤ人が住んでいたエガー（Eger）市（ドイツ）で、そのラビ（ユダヤの賢人）の前で婚礼を行なっ

た(一九一〇年)。当時男はオーストリアの国籍をもった。女はドイツ国籍かロシア国籍かきまらなかった。女は、ライプチヒに住むその男を被告として扶養の請求の訴えを起こした。被告は、エガー在のラビの前での婚姻は、当事者がエガーに居住すること少くとも六週間という要件を欠き、当初から無効であると争った。第一審は婚姻を無効と見た。控訴審は婚姻を有効と見た。被告の上告は棄却。

控訴審は、婚姻はオーストリア法に定める方式が遵守されていなかったたので、無効訴訟の危険があり、無効宣告判決あるまでは、存続するとした。

上告理由——〔民法施行法〕第一条第二文の基本則は、婚姻締結の域には、婚約者の一方たる外国人のために〔婚姻法〕第二三条第一項第一文の意味で適用される本国法が——第一条においてドイツ法がそうしているように——婚姻締結の場所の法(Ortsrecht)を指示する限りにおいて、適用されるものである。

判決理由から——上告理由は判例と一致しない。〔11〕で、RG一九一六年四月六日判決(RGZ. Bd. 88 S. 191)その他を引用し、前者の判決と同趣旨——⑦と同旨。第二三条第一項が干渉しないことに、従って、そうでないときには第二三条の規定によりドイツの裁判官が適用しなければならないところの外国法も干渉しないことを追加している——のことに繰り返している。〕。

。 RG一九三三年一〇月二六日判決(RG 138 [1933] 214)。

事実——ドイツ生れドイツ国籍でニューヨーク居住のHがドイツで鉄道事故で死んだ。ドイツ国籍の妻が損害賠償を請求した。被告鉄道会社は原告が被害者の妻であることを争った。すなわち、その婚姻はニューヨークでなされたいわゆるコモン・ロウ婚姻であり、完全に無方式で、ニューヨーク法上は有効だが、ドイツにおいては民法施行法第三〇条(公序)により認めることができない、と主張した。第一審、控訴審ともに訴え却下。コモン・ロウ婚姻はドイツでは認められないというのであ

った。上告は容れられ原判決取消差戻。

判決理由から——〔婚姻締結の方式にも第一条が適用になることについて〕。第一条は婚姻締結の方式についても関係するものであることは判例において認められるところである (RGZ. Bd. 88 S. 191)。〔証拠となるべき書面がなにも残らない無方式の婚姻はドイツの公序に反するかについて〕。当然に反するとはいえない。婚姻挙行地の法が、より緩やかな方式を、もしくは、無方式を有効としているときに、それを遵守することがドイツ法の目的 (Zweck) に相反するかを考えるべきである〔詳細は略する〕。

d RG 一九三八年四月七日判決 (RG 157 [1938] 257)。

事実——読み書きを知らないジプシーの男女、一九三〇年、ドイツ国籍であるとしてソビエト連邦から追放され、国外追放者收容所 S に收容され、そこで、同年一〇月二日、ローマ・カトリックの儀式により婚礼を挙げた。もともと、一九二一年にソビエトの K 村で村評議員の前でソビエト法に従って結婚していたという (村戸籍簿に第四四三号として登録)。女は一九三五年から男から離れた。夫は妻に対し夫婦共同生活の回復を訴求した。被告妻は離婚の反訴を提起した。被告は、第一次的には、婚姻は存在せず (K 村での登録は存在しない、カトリック儀式の婚礼の証書は偽造である) ただの事実上の同棲であったと主張した。第一審は訴えも反訴も棄却。ドイツ法に従って有効な婚姻は証明されなかったというのである。原告控訴。被告付帯控訴。両控訴とも棄却、原告上告。原判決取消差戻。

判決理由から——①原告被告が、事実上婚姻の關係にあったこと——ロシア社会主義連邦ソビエト共和国の、一九二七年一月一日から発効の、一九二六年一月一九日制定の婚姻、家族および後見に関する法律の、第三、一一、一二、一六条にいうところのいわゆる事実婚——によって、当事者らの間に登録がなくても婚姻が有効に (with an) 生じたかどうか、これが唯一問題である。②ドイツ国民が、右のようにして、ソビエト共和国内で法律上有効に婚姻に入ることができるか、を判断す

るための出発点はドイツ民法施行法第一条第二項第二文の規定である。この規定によれば、法律行為の方式にとつては、法律行為がなされた地の法律の遵守で足りる。③この規定が婚姻締結のためにも通用することは判例において認められている(RGZ. Bd. 88 S. 191. Bd. 138 S. 216)。④Bd. 138 S. 216の判決は、その上に、婚姻締結のためにより緩やかな方式の遵守をもしくは無方式の有効性を予定する外国法を適用することは、婚姻締結の方式に関するドイツの立法の目的に相反するとして、ドイツ民法施行法第三〇条により拒否されることができないものではないと述べた。⑤右判決はコモン・ロウ婚姻についてであった。コモン・ロウ婚姻はドイツ国においても法的に有効な婚姻締結とみられることができるかが問われ、それが肯定された。⑥コモン・ロウ婚姻と事実的ソビエト婚とは、婚姻への入りかたに関しては、一致するところがある。すなわち、二人の異性の長期にわたり継続した単なる共同生活が、法規に適合して入った婚姻と同じ効果(Wirkungen)を、コモン・ロウによつてももつということが正しい限り、コモン・ロウ婚姻と一致するところがある。〔以下略〕。

。 RG 一九二五年一〇月一日判決 (JW 1926. 375)。

事実——原告と被告はノルウエーのベルゲンで一九二〇年にノルウエー法の方式を守つて結婚した。被告はギリシヤ人でありギリシヤ正教会に属していた。原告女は婚姻締結時にはノルウエー人であった。原告は離婚を訴求した。被告はハムブルグ地方裁判所には管轄権がないと抗弁した。訴え提起の時ハムブルグに住んでいなかったというのである。訴えは管轄権なしとして却下された。控訴審で、原告は予備的に、婚姻を取り消して (auflösen)、婚姻を解消すること (auflösen) を申し立てた。控訴審は、管轄権の抗弁を斥け、事件を原審に差し戻した。被告が上告。控訴棄却を求めた。

判決理由から (ノルウエーでの婚姻がドイツの裁判所で有効とみられるか否かの点に絞つて紹介する)——①民法施行法第一一条第一項第二文 (locus regit actum) が適用できるならば、本件婚姻はドイツ法に従つて有効である。②婚姻の有効性は、ドイツ法によれば、一九〇二年六月二日のハーグ婚姻条約の第五条から結果する、という前審の見解は当たらない。という

のは、ノルウェーもギリシャもこの条約に加入していないから。③一九一六年四月六日判決 (RG. 88. 191) が、すでに述べている。民法施行法第二一条第一項第二文は、外国人とドイツ人の間に結ばれた婚姻に、外国法が *lex loci* を承認しないときでも、適用を見るのである、と。④本件のように二人とも外国人である場合でも法律状態は原則として変らない。〔以下略〕。

以上、引用された判例にあたつてみた。いずれも婚姻の方式が問題となつたケースである。遺言の方式が問題とされたケースではない。婚姻の方式に関するケースの判例が遺言の方式に関するケースの判決を「くつがえした」とはどうか。それは民法施行法第二一条第一項第二文の規範の抽象的な解釈の次元におけるできごとなのであろう。遺言ケースと婚姻ケースの面に共通するところは、意思の外的表現の方式が問題であるということである。そして、ある国の方式に叶つたものを有効と認めるかというふうの問題設定をするならば、右のような方法による「くつがえし」が論理をとまなうと思われる。なお、以上の判例は、自筆遺言については法廷地であるドイツでなされたケースであるが、婚姻は法廷地であるドイツ以外の国でなされたケースである。

#### 4 BGH 一九五八年二月一九日 (NW 1959, 717) (注番号 (3))

事実——ドイツ人男(原告)とイタリア人女(被告)が一九四七年六月九日にイタリアで結婚した。そのやりかたはこうである。女はイタリアのF市の身分係官の前に自身出頭した。男は、一九四六年一月二日〇日付ドイツH市で作成された公正証書により、女の親族に代理権を与え、この親族が女とともに出頭した。そして、イタリア法の定める婚姻締結に必要な表明を行なつた。身分係官は、この表明を書面にして、法律の名において、当事者は夫婦として結ばれたと宣言した。一九四八年二月二十八日、二人は、イタリアのR市のカトリック聖職者の前でカトリックの儀式により婚姻を結んだ。この教会婚礼はイタリアの身分登録簿には記載されなかつた。一九四九年四月、二人はイタリアからアルゼンチンに移つた。男は一九五四年六

月にドイツに戻った。女は一九五五年四月に男の後を追った。がそれ以来二人はA市で別居。子はいない。男は、一九四七年六月九日のイタリアでの婚姻の不存在の確認を訴求した。

判決理由から——①民法施行法第一条第二項第二文は婚姻締結のためにも通用する。同条項によれば、法律行為は、その行為の場所において通用する方式規定が遵守される場合に、方式上有効(Forrnüutig)である。婚約者の本国法が婚礼のために規定する方式が守られていないときでも、行為地の方式の遵守で足りる(RGZ 88. 191. 138. 214. 216. 157. 257. 259)。

②イタリア民法第一一条の規定は、外国に在る婚約者の代理人により婚姻に入ることを、重大な事由がある場合に、許す。これは、婚姻の実体にかかる要件(民法施行法第二三条第一項)に数えるべきではなく、民法施行法第一一条第一項という方式規定(Formvorschrift)に数えるべきものである。③外国法の規定を方式の規定にとらえるか、事物の法の(sachlich-rechtliche)規定にとらえるかの問題をドイツの裁判官は原則としてドイツ法によって裁断すべきものである(通説である。RGZ 138. 243. 245. Raape in Staudingers Komm. z. BGB. 1931. Bd. VI. 2 Teil. S. 17. ders. IPR. 4 Aufl. S. 103. 105; Nubbaum. Dt. IPR. 1932. S. 46; Palandt-Lauterbach. 17 Aufl. Vorbem. 9 zu Art. 7 EGBGB)。〔ドイツ法によつてとは?〕外国法の規定がドイツ法にない法体形(Rechtsfigur)を含むときは、その趣旨と目的を把握しその意味を外国法の立場から評価し、そして、それをドイツの法秩序の諸制度と調和させる、これがドイツの裁判官の任務である〔文献略〕。〔イタリア民法第一一条の検討部分を略す〕婚姻締結に関するイタリアの規定の以上のような構成が、この規定が婚姻締結の方式(方式なら第一一条第一項)を統御するものか実体の要件(materielle Voraussetzung)(実体なら第一三条第一項)を統御するものかの問題を決する素材(Ansatzpunkt)である。④民法施行法第一一条第一項にいう婚姻締結の方式とは、婚姻を意思する者が発表すべき意思表示の外形にとどまらず、係官または聖職者もしくはなんらかの補助者の関与をも含むものである(RGZ 88. 191. 193)。婚姻する者双方が同時に臨席することは、ドイツ法においても、イタリア法においても、外形に属する。〔それは、婚姻当事者の同

一性、その婚姻意思の確実さ、近親婚、重婚にならないかどうか、を確知するためのことである。だから、イタリア民法第一一条の例外は、同時臨席という外形の例外であつて、それは方式の規定である〔文献は略す〕。

③ F市でのイタリア法により許された方式での当事者の婚礼でもつて、F市が排他的に婚姻締結地と見られるときは、民法施行法第一一条第二文により当事者間に有効な婚姻が結ばれたのである。これに対し、婚姻締結地がH市でもあるというのであるときは、イタリアの国家机关の前での代理人による婚姻は、ドイツ法に従えば不存在とならう。ドイツでは、ドイツの身分係官の関与の下でのみ婚姻をすることができからである。代理人による婚姻締結を許す規定の趣旨および意味内容はイタリア法の立場から把握すべきものであり、ドイツの抵触規範——本件では民法施行法第一一条第二文という行為地の概念——とつきあわせて測る (mesen) べきである。〔イタリア法の立場からの把握はどういうものか〕……イタリア民法第一一条という代理人は、婚礼儀式における欠席婚約者の一身を代表するものである。たんなる意思表示の伝達をするものではない。……原告は、H市では、婚姻締結への同意を表明し使者にその伝達をさせたのではなく、ドイツで代理を立てることによつて、代理人が原告の代わりに、F市で身分係官の前に出頭し、そこで、原告のために、イタリア民法第一〇六条および第一〇七条の方式規定を遵守して、婚姻締結に導く表明を相手方に向つてなすことができる前提を創つたのである。……当事者の婚姻は、婚礼儀式が行われたところでのみ結ばれたのであり、F市が唯一民法施行法第一一条第二文という行為地である〔文献略す〕。したがつて、本件当事者の婚姻の方式有効性はイタリア法により判断すべきものである。〔以下略〕。

④ イタリアにおいて方式上正しく結ばれた本件婚姻に民法施行法第三〇条は対抗しない。〔以下略〕。

#### 5 現在の判例学説 (注番号 (4))

注の文言——OLG Düsseldorf, NJW 63, 2227; OLG Hamburg in OLG 35, 295; KG in IPRspr. 1934, Nr. 71; Soergel-Siebert-Kegel, BGB, 9. Aufl., EGBGB Art. 11 Anm. 13; Art. 24 Vorbem. 38 ff.; Erman-Arndt, BGB, 3. Aufl., Art. 11

EGBGB Anm. 11; Mezger, JZ 56, 136; Jansen in Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer 63, 321 (NJW 1967, 1177 4  
り)。以上のうち、判例のみを紹介する。

a OLG デュッセルドルフ一九六三年二月六日決定 (NJW 1963, 2227)

事実——オランダ人夫婦、一九四三年までドイツに居住、ついでオランダに居住、一九五二年から再びドイツに居住。妻は一九五四年八月一日死亡。夫は一九五七年七月一日死亡。子は五人。

一九四二年六月六日、夫婦はドイツで公証人Kの前で相続契約。内容は、互に相手方を唯一の相続人とする事、より長く生きた者の相続人は子ないしその子孫とすること。

一九四九年四月三〇日、夫婦はドイツで公証人Hの前で共同遺言をし、以前の死因処分により妨げられることはないことを表明した。遺言の内容は、新たにお互いを唯一の相続人とする事であり、今日これ以上のことはなにも定めないとつけ加えた。

妻の死後夫Cはその唯一の相続人として相続証書を得た。利害関係人J(子の一人)が法定推定相続権をオランダ法により主張した。これにより、右の相続証書は回収された。夫は抗告(Beschwerde)をした。地方裁判所は、これを棄却した。理由は、オランダ民法第九七七条の共同遺言の禁止および子の法定推定相続権であった。

一九五七年三月二二日、Cは、ドイツで、私文書遺言を作成した。内容は、娘のHを唯一の相続人と定める、であった。一九五七年八月二九日、Jは遺産裁判所(Nachlassgericht)に陳述をした。当該遺言は形式的にかつ実的に無効であると。一九六〇年九月八日、遺産裁判所は、以下のような部分相続証書を交付した。内国在の財産につき、Hは少なくとも五分の二を法定相続した、娘Eは二分の三を相続した、と。Jは五分の一を申し立てたが遺産裁判所はこれを棄却した。Jは抗告を申し立てた。一九五七年三月二二日の遺言の方式無効と良俗違反——不当、強制、詐術——による無効その他を主張した。地方裁判所は抗告を棄却した。Jは再抗告。再抗告棄却。

決定理由から〔自筆の遺言の方式に関するものに絞る〕——①ドイツ民法施行法第二四条第一項および第二五条第一項から、原則として、人は死亡の時に属していた国の法律により相続される、ということになる〔文献の列挙は省略〕。本件では被相続人はオランダ人であるから、その相続はオランダ法による。オランダ法からドイツ法への反致をオランダ法は定めていない。②オランダ人の外国に在る財産についても、右のことが通用する。不動産の相続は土地所在地の法によるというオランダ最高裁判所の見解はオランダの法務実務において貫かれてこなかった〔文献略〕。〔中略〕。③一九五七年三月二二日の遺言は、ドイツ民法第二二二条第二号、第二二四七条に適合した私文書方式のものであるから、無効ではない。④オランダの判例学説は、オランダ民法第九九二条の規定に反する遺言を無効 (nichtig) とする。しかし、それは、このような遺言の有効性 (Gültigkeit) は、オランダ国自身においては、その地の法として、どのように判断すべきかという問題にかかわるものである。この規定は、ドイツ民法第二三六九条によって、内国の財産に限定した相続証書を付与することにつき裁判をすべきドイツの遺産裁判所にとつては、基準であるものではありえない。⑤そうである限り、ドイツの裁判官はドイツ国際私法の抵触規範を適用すべきである (BGHZ 29, 137 = NJW 59, 717 を参照)。⑥オランダ民法第九九二条においては、純然たる方式規定をめぐって議されているのだから、ドイツ民法施行法第一一条第二文が顧慮されるべきものである。もちろんその他の点については原則として被相続人を相続することのためには、オランダ法が通用する。⑦右第一一条第二文によれば、法律行為の方式のためには、当該法律行為がなされた場所の法規の遵守で足りる。⑧このことは、しかも、効力規定 (Wirkungsstatut) —— 本件では、オランダ法 —— が行為地方式 (Ortsform) を通用させない場合で、この効力規定への反致を欠く場合に、当てはまる〔文献略〕。⑨よつて、オランダ国民が、ドイツ民法施行法第一一条第二文に適合して、ドイツ法の行為地方式で自筆で遺言をすることができることは支配的な見解に叶うものである (OLG Hamburg, OLG 35, 295; KG, IPRspr. 1934 Nr. 71 [ほかは略する])。RG, JW 13, 333 に対しては、その後の裁判 (RGZ 88, 191 und 133, 163) にあつて、RG は「ドイツ民

法施行法第一一条第一項第二文は全く独立のすべての法律行為に通用する規則であることを、*M.*が承認する法宣言 (Rechtssprechung) として、顕著にしたのである。〔以下略〕。

9 OLG ハムブルグ一九一七年五月二日判決 (Rechtssprechung der Oberlandes Gerichte. Bd. 35. 1917)。

作成地 (Erichungsort) の方式は、*△*第一文(すなわち法律行為のために)によれば基準となる法に反対であるのでない限りにおいて*▽*のみ、十分であるものとするという、委員会において提出された提案は、法律にならなかった。よって、第二文の発生史は、原告に有利ではなく、原告の不利に物語るものである。locus regit actum 則が一般的に指示することをこのようなしかたで制限しようとした努力が討議においてなされたが、それは結果を見ずに終り、法律の文言は、抵触規範の絶対的な性質を疑いを容れる余地なく表現したのである。訴えは、だから、被相続人がオランダの国民であったのであり、相続のために基準であるオランダ法が外国で作成された自筆の遺言の有効性を承認しないのであった場合でも、理由がない。*M. M.* [*M.* という人がこの判決の要旨を以上のように記したものとと思われる]。

6 Raape (注番号 (5))

注の文言—— Internationales Privatrecht, 5. Aufl., S. 231. in Staudinger, BGB, 9. Aufl., EG Art. 11 Anm. B III, Art. 24 Anm. B IV 2c (NJW 1967, 1177 以下)。

Raape の前掲三二一頁の叙述は、C. Die Form im Sachen, Personen, Familien- und Erbrecht. I Der Grundsatz des 表題の下での叙述である。その要旨を辿ってみる。

物権的 (sachenrechtliche) 行為においては、それが不動産に関するか動産に関するかには、locus regit actum は適用を見るべきではない(民法施行法第一一条第二項(旧))。他方において、locus regit actum 則は、(外国の) lex rei sitae が Ortsrecht (場所の法) を考慮に入れる場合にその限度で、物権的行為においても適用すべきこととなる。

人法上の (personenrechtliche)、家族法上の、相続法上の行為においても、locus regit actum 則は、lex causae の基準に、すなわちたいていは本国法の基準に従つてのみ、適用されるべきものである。本国法は、Gebietsstaat (属地法規) と同等の尊重を要求する。〔中略〕。オランダ人がオランダ民法第九九二条に違反して作成した私文書遺言を有効とみなすことにいかにして至るのか。OLG Hamburg Bd. 35 S. 295 及び KG 15. 2. 1934 IPRspr. 1934 S. 156 はどのようにしてそうするのか? この事案はわれわれにどう關係するのか?。われわれは、行為地方式 (Ortsform) の不遵守についての責任を負うものでない。そうではなくて、自国民を外国の遺言方式の掌中に無条件に引き渡すことをためらうオランダ国がその責任を負うのである。合衆国の大部分の州の制定法はこのような留保を示している。このような躊躇を脇に除ける権利をいったいなが与えるのか?。

いずれにせよ、ドイツ人が損害をこうむるならば、そのときは第三〇条がある。遺言者がオランダ人であるがゆえにオランダ国にお辭儀をするならば、遺言の方式に關することでも、オランダ国に身を屈めなければならない。ある外国の領域内で、ありえないことではないが、ただの通過旅行中にドイツ人が作成した遺言をその国の方式規定すなわち *lex loci actus* によつて判断するということがその外国で起つたならば——そういう国があるのであるが——それはひどく珍奇なことである。ある遺言をたんにそれがドイツで作成されそしてドイツの方式規定に叶つていふことだけでその遺言を方式有効 (formulirig) と扱ふことは、——オランダ、すなわち、われわれが権限ある国として承認する国家が、その国民に、どこであろうと、私文書により遺言すべからずと厳命したにもかかわらずそうすることは——オランダにひどく異常にあたることになるはずである。以上、二二九—二三二頁。

方式は原則として第一一条第一項第一文により相続規定に従つて、すなわち、あるいは本国法に従つてあるいは住所地法に従つて、判断される (四二三頁)。いわゆる行為地方式 (Ortsform) 第一一条第一項第二文) についても同じであつて、外国で遺言をするドイツ人は、本国法の方式と行為地方式のどれかを選択することができる。ただし、私見によれば、相続規定がそ

のことを許す限度においてである。相続規定の意図に反して行為地方式が顧慮されることは、取引の必要から要請されるものではなく、いかなる者に遺産が至るかを被相続人の本国法が定めるものとする第二四条の基本思想に不必要な抵触を創り出すに過ぎない(以上、四二四頁から)。ある規定の性格が疑わしいことがしばしばある。ある規定は遺言能力に関するものかまたはたまた方式に関するものか?。人はドイツ民法第二二四七条第四項を思う。法性決定という化物が浮んでくる。私見によればことは単純である。すなわち、相続規定が一般的に行為地法、*lex loci actus*を顧慮することを欲する、その顧慮が右の疑わしいケースにもなされるか否かは、相続規定が決する。行為地法への連結、私見の立場からは反致または再反致、を、この点またはあの点で制限することは、相続規定の随意に存する(以上、四二五頁)。

7 注番号(6)

注の文言——RGZ 138, 243, 245; BGHZ 29, 137, 139 = NJW 59, 717 (NJW 1967, 1177より)。これらの判例は前に紹介した(3C, 4)。

8 注番号(7)

注の文言——Fragistas, Rabelsz 30, 932ff., 934 Anm. I; Jansen, aao S. 321; Lewald, Internationales Privatrecht 1931, S. 63ff.; Kegel in Soergel-Siebert, Art. 24 EGBGB Vorbem. 38 (NJW 1967, 1177より)。

しかし、オランダの判例は、公正証書以外のやりかたは遺言の自由の制限として認めない、ということのようである(前稿四、2)。「方式」を課することの重要意味には、いろいろのものがあるのではなからうか。

9 注番号(8)

注の文言——Lewald, Internationales Privatrecht 1931 S. 63ff.; Wolff, Internationales Privatrecht S. 127ff. (NJW 1967, 1177より)。

注の文言——OLG Dusseldorf, NW 63. 2227; OLG Hamm, NW 64. 553.

前者はすでに紹介した。後者は次のとおり。

OLG ハムー九六三年二月一八日決定(NW 1964. 553)。

事実——一九六〇年二月二七日、ラインのH市(ドイツ)で一人のオランダ人Eが死んだ。Eはラインに二つの土地をもった。Eの妻は一九四五年一〇月一五日に死んでいた。一九一四年三月一九日、Eとその妻は共同の公正証書遺言を作成した。妻の死後、一九四九年一月一三日、Eは、さらに、公正証書遺言を作成した。相続利害関係人の一人が相続証書の付与を申し立てた。AG (Amtsgericht) は申請とおりの相続証書を付与した。相続利害関係人の別の一人が抗告を申し立てた。LG (Landgericht) は抗告を理由なしとして棄却した。再抗告があった。再抗告が認容された。

判決の要旨——①ドイツで死んだオランダ人の遺産相続については、ドイツに在る動産不動産を含めて、全遺産について、オランダ法により相続がきまる。②ドイツで作成された共同遺言にオランダ人が拘束されるかは、同じく、オランダ法に服するものであり、オランダ法によれば、それは否定すべきものである。

判旨第二点の根拠——LGの見解は、一九一四年遺言は有効で、妻の死後にEがこれを撤回することができないものであり、一九四九年遺言は顧慮すべくもない、というのである。このことは精査を要する。

①共同遺言は、オランダ法によれば、原則として、許されない(オランダ民法第九七七条)。この規定に反することは同法第一一〇〇条により死因処分の無効(Nichtigkeit)を結果する。②にも拘らず、オランダ人のドイツで作成した共同遺言は、オランダ民法第九七七条がたんなる方式規定であるとするならば、有効(Valid)であろう。ただし、ドイツ民法施行法第一条第一項第二文によれば、行為地方式の遵守が遺言の有効性(Gültigkeit)に十分であるから。③これに反し、死因処分の共

同制定の禁止に実体法的な重要性も附着するとするならば、処分の事物的 (sachliche) 有効性が問題となる。それは相続規定により規制され、従って、オランダ法により規制され、そうすると処分の無効 (Ungültigkeit) に至るのである。④オランダ民法第九七七条はいかように法性決定されるべきか、これは本件の裁判の基礎である。Meyer およびオランダの支配的見解によれば、右第九七七条は純粹の方式規定と見られる。そうであっても、このことは、一九一四年三月一九日の共同遺言は結局法的に有効 (rechtswirksam) とみるべきであるということだけをもたすにとどまるであろう。その他の場合には同第一〇〇〇条により無効 (nichtig) であるのである。「以下において、一九四九年一月二三日の遺言によって一九一四年の共同遺言を撤回することができるかの問題を検討している。結論として次のようにいう。E 夫妻の一九一四年の共同遺言は、E にとつて、その妻の死により、拘束力あり撤回できないものとなつたのではない。E はその後の一九四九年の遺言において、これを法的に有効に変更することができたのである。よつて、本件については、一九一四年の遺言ではなく、一九四九年の遺言が、相続結果の判定の基礎を成すのである。この結論の理由づけの詳細を紹介することは略する)。

これは、遺言が自筆でされたことが問題になつたケースではない。遺言が夫婦共同でされたケースである。しかし、いずれも、オランダ法上は、オランダ人に対し、外国に在る場合でも、禁止されたことである。よつて、法性決定の問題は同質であるとみてよいということで、引用されたのであろう。

## 二 フランス

1. フランスのある判決を手掛りとする。  
セエヌ裁判所一九四四年三月二三日判決がそれである (S. 1944. 2. 44)。Batifol が引用しているからこれをとりあげ

る。事實は「法性決定論の諸相」四1dにおいて紹介した。判旨は以下のとおり。

a (フランス内国法とオランダ内国法の比較) フランス民法第九九条は、外国に在るフランス人に、自署証書遺言または遺言を行なった国の方式の公正証書遺言を許し、これら以外の方式によることの禁止を含まない。この規定は原則を示すもので制限を含む処置ではない。フランス法によれば、遺言が有効であるためには、遺言が作られた場所の規則に適合しておれば足りる。(オランダ民法第九九二条と同様の点) 公正証書遺言に関しては、両法は、同じことを述べる、すなわち、それは方式のことからであることと $\wedge$ locus regit actum $\vee$ が適用さるべきであるということ。〔オランダ民法第九九二条と異なる点〕公正証書以外のやりかたの遺言については、オランダ法は、オランダの主権に服する領外のオランダ国民に対し、公正証書によらない終意処分を絶対的のしかたで (de facon imperative) 禁止し、オランダ国民が誘惑に陥らぬよう庇護することを欲した。このようにしてオランダ法はオランダ国民の能力 (capacite) の範囲を限定した。この禁止を能力の問題にした点で、オランダ法は、公正証書であるかないかの区別をつけずに、死者がその終意を知らしめるやりかたを方式にかかるにすぎないものと考え、フランス法と異なる。ここにこの両法の間には法性決定の抵触が存する。

b (法性決定の抵触をどう処理するか) このような抵触の解決のフランスのシステムは、受訴裁判官が、自己固有の法に見解を求めることすなわちその抵触が生じた〔もちこまれた〕国の法に従って抵触の原因となった法制度 (institution juridique) の性質を検討することである。遺言の有効性が能力の問題とか相続の問題とかをかき立てる国においては、裁判所は死者の対人法とか相続の法とかを適用し、遺言の有効性が方式の問題をかき立てる国においては、裁判所は遺言がなされた場所の法を適用する。このように、管轄権ある法廷地によって異なった決定がありうるのである。

c (本件についてはどうなるか) 問題はフランスで作成されてフランスの裁判所につき出された遺言の有効か否を評価することである。法性を決すべき管轄をもつ法は $\wedge$ lex fori $\vee$ としてのフランス法である。フランス法は遺言の有効性は方式の問題

たるべしと欲する。方式の問題は伝統的な  $\Delta$ ocus reit accu $\nabla$ によって統御される。また、フランス法は当該行為がなされた場所の法でもあり、 $\Delta$ ex loci $\nabla$ として、フランス法は、フランスの正常な自筆の遺言に課せられる諸条件を充足する本件の遺言の有効性を承認する。(遺言の撤回についての紹介は略する)。

Batiffol は、この判例をとりあげ、自筆遺言の問題については、*lex fori* による法性決定は循環論 (*circle vicieux*) であると指摘する (1479-1480)。法廷地において法性はなにかが問われているのに対し法廷地における法性をもって答えることを指すのであろう。次にこの判例の歴史的な背景にどんな判例があったかを見る。項を別にする。

2 セエヌ裁判所一八四四年八月八日判決 (S. 18741714)。

a 事実——イギリス人 *Quatin* 氏、パリで一八三九年一月二日に自筆遺言をしてこれをパリの公証人に寄託し、一八四一年二月三日にアピシニアで死亡した。遺言の内容は、イギリスにある自分の財産を兄弟姉妹、両親に分配するものであった。

*Quatin* の父がこの遺言の無効を訴求した。イギリス法 (ヴィクトリア女王一八三七年七月三日法律) によれば、遺言には二人の証人の立会いと認証と署名とが必要であり、自筆遺言は許されていなかった。

b 判決要旨——①行為の方式は、それがされた国の法律、慣習に従う。②この原理は、事物の必然として、行為がされた場所において行為がすこしの疑いも残さないようにと、いっさいの行為を庇護するもので、絶対に適用すべきものである。③当該遺言は、遺言がされたフランスの国の民法典の定める要件をすべて備えている。④イギリスでは自筆遺言はできないとしても、その原理はフランスでは適用できない。⑤能力と本質的な方式 (*forme intrinsèque*) を混同してはならない。前者は行為の性質 (*nature*) で後者は行為の性格 (*caractère*) である。対人規則は人を、それが存するどこにおいても、追うものであるが、それは人の身分、成年または未成年という質 (*qualité*)、人の権利のおよび人の能力の拡大および限定についてであるのであり、行為の方式、すなわち、行為の性格——その法律および規則が行為を完うするやりよう (*manière*) を決めるとこ

ろの国においてなされたところの行為の性格——とは全く関係がない。⑤外国人が契約上の権利およびその行使を守りたいならば、契約がなされる国の法律に、内国人と同様、合わせなければならぬ。でなければ、外国人は、どんな処分でも、わずかに自国の慣行慣習によりある特別の方式の下で許されたものをするようになるがそれはフランス法が禁止するものである。フランスにおいてこれを成しとげることができないということになりえよう。(破棄院一九〇九年七月二〇日判決はフランスにおいて成しとげうるとした(四12 b注(2)判決要旨⑤))。⑥*locus regit actum*により、フランス法が当該遺言を統御し、フランス法によれば当該遺言はフランス法の規定に叶い方式において有効である。

### 3 破棄院一八四七年八月二五日判決(S. 18471717)

a 右のセエヌ裁一八四四年判決に対し控訴があり、パリ控訴院は原審判決を理由ととも維持した。そこで破棄申立てがあり、破棄院は破棄申立てを棄却した。

b 破棄申立理由要旨——①関係人はすべてイギリス人であり、遺言により処分する財産はすべてイギリスにあるのだから、無遺言相続であればイギリス法が適用される場所である。②公正証書遺言ならば *locus regit actum* を適用することができよう。外国人は係官の前に出頭せざるをえず、その指示する方式に従わざるをえない。③しかし、その本国の立法によって否定された自筆遺言を遺言者に強いるものはなにもない(四12 b注(2) Baudouin 意見の先駆か)。④他方、自筆方式で遺言をする権能 (*faculté*) は遺言者の能力 (*capacité*) に密接する (*tenir a*)、ところで、人の能力は対人規則により統御される。そしてイギリス人の対人規則はイギリス法律により統御される。よって、イギリス人に自筆方式を禁止するイギリス法はイギリス人を外国においても追いかけて、自筆方式がその立法により許されるところにおいても、自筆方式で遺言することを妨げる。⑤これらの原理に原判決は反する。

c 判決要旨——①行為の外面の方式と厳肅さ (*solemnité*) は行為がされた国の法によって決せられる。②この原理は遺言に

適用される。③その結果、遺言の方式は遺言者が遺言をする国の法によって統御される。④そうでないと、外国人は、自国の外に在るときは、自分の住所 (*domicile*) の法律により要求された方式に依ることが不可能である(「今日では、可能になった。後述四12」) ことによって遺言することが妨げられる。⑤遺言を作成する方式を定める法は遺言者の能力に触れるものではなく、たんに、遺言者の意思の表現に伴うべき外面的厳肅さに触れるものである。⑥よって、イギリス人が、パリで、フランス法により許される自筆方式で作成した遺言は有効であった。

4 セエヌ裁判所一九〇三年八月一三日判決 (Cunet, 1904, 166)。

a 事実——オランダ人男 Guillaume-Louis Boellard がフランスで一八九六年一月三〇日に自筆方式で遺言をした。相続人のうちの一人にオランダに在る動産につき包括遺贈をしたものとみられる。この包括受遺者が他の相続人に対し遺贈の目的物の引渡しを訴求した。被告らは遺言の無効を主張した。セエヌ裁判所は無効の主張を認め、原告の請求を棄却した。

b 判決理由要旨——①オランダ民法第九九二条は、オランダ人の対人規則の装いをする (*affecte le statut personnel*)。②オランダ法は、その国民を、無反省に引きずられることおよび遺言者の意思をきまずつけその相続人を不正に無一物にする策略から庇護する目的 (*boni*) でもって、国内において、遺言処分権能 (*faculté*) を厳格な方式に服せしめて制限した後、その法規定が外国において適用を受けて、国民の財産の遺言による移転が同様の保障を受けることを欲した。③本件において、Boellard を、その本国の法が彼に課した対人的義務から解放する理由はなにもない。④その本国の法は、そうする権利をもっていたのであるが、明文でもって、行為の方式は行為がなされた国の法に服するという規則に障害を作ったのである。⑤右の規則はフランスにおいて公序ではない。それは、その適用がフランス国民から請求されるときは不問に付することができようし、フランスに法的に存在する財産なんの關係もない。⑥右の規則は、オランダ人の動産の相続——裁判所はその帰属についてはオランダ法を適用すべきである——を規制するところのオランダ国民の間に係る訴訟において、遺言

者と訴訟両当事者とに共通の法の違反の場合に、援用されることはできない。

注1——⑥は、破棄院一八四七年判決前掲における破棄申立理由と同型の事実を示す。①は、方式と能力の区別に言及せずに、対人規則であることを述べるものである。

注2——Cunet 1904に「この判決に関するノートがある (p.169)。それをこの」に写す——V. Pillet, *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, Cunet 1894, p.722; Laurant, t. 1, n. 100; Renault, *Rev. critique*, 1884, p.735; Fiore, *note*, Cunet 1883, p.85 et 86; Orléans, 4 août 1859; Sirey, 1860, 2, 37; trib. de Bruxelles, 21 juillet 1886; Cunet 1887, p.495; App. Gênes, 4 août 1891, *ibid.*, 1893, p.995 et la *note*, Cass. Turin, 12 avril 1892, *ibid.*, 1894, p.1083.

破棄院一八四七年判決からセエヌ裁一九〇三年判決までの間の状況を示す資料である。以下に簡略に紹介する。

(1) オルレアン帝国法院 (Cour impériale, Cour royale) 一八五九年八月四日判決 (S. 1860 II 37)。

事実——オランダ人女 Marie Thérèse-Pauline Van Offen は長年オルレアンに所在し、一八五七年二月一三日に自筆の遺言をし、同年六月六日に死んだ。遺言の内容は遺産であるフランスに在る有価証券を、親族らにまたオルレアンの人々に贈ることであり、遺言執行者を指定していた。Van Offen には異父の姉妹があった。Gertrude Whall である。彼女は、有価証券を保管する銀行と遺言執行者に対し有価証券を手放すことに異議を申し立てた。受遺者親族らと遺言執行者は、Whall を訴えて、異議申立の除去等を請求した。第一審オルレアン裁判所は異議申立の除去をした。Whall は控訴した。そして、遺言はオランダ法に反し無効であると主張した。

判決要旨——①対人規則が個人をその所在するところで追跡するとしても、それはもっぱらその者の状態すなわち成年または未成年という質 (qualité) のため、一言でいえばその者の能力 (capacité) の範囲のためであって、行為の外側の方式および厳密さにかかる行為がなされた国の法により統御される。②そうでないと、外国人は、自国の外にあるときは、その本国の法により要求された方式に依ることの不可能性により遺言することを妨げられることがありえよう。③ *locus regit actum* 原理

は遺言に適用される。④よって、遺言の方式は遺言者が遺言処分をした国の法により統御される。⑤案件の遺言はその効力(force)を保持し、効果(effect)を発現すべきである。

付——Avocat general の Greffier 氏が、公益の代表者として、事件につき意見を述べている(S. 1960 II 39. 40)。その要旨を紹介する。①問題はこうである。外国人が、その本国法の明示の禁止に反して、しかし遺言をした国の法に叶って、した遺言行為は、正統の相続人に対して対抗できるか。②問題を細分しよう。④*locus regit actum* 則は国際法の原則——各国のこの規則の適用への黙示の合意という原則——に基づく。しかるに、ある国の法が、これこれの行為が外国でなされるときに帯びなければならない方式を明示のしかたで定めるとき、その法が許す方式以外の方式をすべて絶対的に排斥するとき、このような規定のなかに、黙示の合意から生まれたこの種の約束から解放されるその法の意思のまことに明瞭な表現を見出さぬか。⑤その上に、外国法のこの禁止は、もはやもつぱら行為の方式に係る規定ではなく、その内国人の能力に手をつける、真の対人規則として、外国においてもその内国人を追って行く、と考えてはならないのか。⑥自国の国民が市民生活上のある行為をするために外国において用いなければならない方式を規制するために、近代の立法者の多くがその法典の中に挿入したこの種の法条の有用性を、人は納得するだろうか。④オランダ民法第九九二条とフランス民法第九九二条の射程の意味内容はどういうものか。③①の問題に対する答えは否である。理由は二つある。④第一の理由——①まず *Foelix, Traité du droit international* から借りる。彼はいう。*locus regit actum* 則は、祖国の法が、領土の外で、その法が定める方式以外の方式で契約または処分することを明示して禁止するときは、例外を受ける。オランダ法第九九二条がそれである。と。この絶対的なシステムのもとでは、Van Offen の遺言は、些細な不動産の遺贈と遺言執行者の選定については有効であろうが、包括名義の遺贈に関しては効果を生じないであろう。と。③しかし、このシステムは、実に明晰で完く法律制であるのではあるが、それを採用するとフランスの国家主権のある種の侵犯を見ると考え、外国法がフランス法の諸原則にそれを優先させることができることを欲しない人々にとつてはあまりにも過激に見えるだろう。この感じやすさは法律制であることよりは尊重すべきであり、そこで右の觀念を弱めることをわれわれは欲する。②われわれはそこで両国の主権の保守になる以下のような區別を提案する。本国の法の禁止に反する外国人のした遺言は外国人にしか聞かないものであり、それについて処分する権能 (*faculté*) に関しては外国法により規制される財産にしか聞かないものであること。または、遺言はフランス人に有利な処分を——外国法がそれを不可とするような処分さえも——含むものであること。前者においては、フランス法は守護すべき人も物もまたないから、主権が犯されたとする余地がない。フランス法の恩恵を

主張すべき権利がない。後者においては、行為の方式に関しては、われわれは補足的にフランス人のために *locus regit actum* の適用を認め、フランス人の有利に、外国法はフランス国民に対して滅す (*anéantit*) 権利を有しないという万民の法の原則を尊重させることができるであろう。③この区別により、*Van Offen* の遺言は、外国人に関係する部分において、しかもオランダ司法が禁止するところだけ、無効とされなければならない。〔以下略〕。

(2) F. Laurant, *Principes de droit civil français*, tome 1, 3<sup>e</sup> éd. 1878, n.100.

〔前略〕①オルレアン控訴院一八五九年八月三日判決 (*Dalloz*, 1859, 2. 159) は、オランダ人のフランスでの自筆の遺言を *locus regit actum* の金言 (*maxime*) の適用により有効とした。これは *ministère public* の意見と反対であった。②われわれは右判決は *locus regit actum* 格言 (*adage*) の誤った適用をしたと考える。③自筆遺言がどのような形式で作成されるべきかを決する前に、遺言者は自筆遺言をすることができるかどうかを見なければならぬ。④遺言者の対人規則が遺言者に自筆遺言を禁止するとき、公正証書が遺言の有効性の本質的な (*essentielle*) 条件となる。その意味は、他の方式で自分の意思を表明することを遺言者に許されないというものである。⑤以上から、公正証書方式が、この場合、本質的 (*intrinsèque* 内実の固有の) 条件である。それが、いわゆる厳肅な (*solennel*) 契約にとってそうであるように。外国においては、自署証書によつては、贈与は成立しない。オランダ法によれば、遺言について、全く右と同じくいなければならない。⑥これは *locus regit actum* 金言を破るものではない。この格言は証書作成の (*instrumentaire*) 方式にしか適用しないものである。〔後略〕。

(3) *Flore G* 注 (*Clunet*, 1883, p.85 et 86)

トリノ (*Turin*) 破棄院一八八一年五月三十一日判決に *Flore* が注を付している。イタリア人の自筆遺言が日付を欠いていたのでその効力が争われた事件である。判決要旨は、日付を非本質的な方式に分類し、イタリア人により、その法が、自筆遺言の本質的な (*essentielle*) 方式のなかに、日付をいれる義務を数えない国の領域において、なされた日付なき自筆遺言は、正規

の遺言であるVというのであった。

Fioreの注——①判例は恒常的に *locus regit actum* の公理を非本質的な (*extrinseque*、外的な固有でない) 方式に適用した。そして行為の外側の (*extérieure*) 方式は本質的に (*essentiellement*) それがなされる国の法と慣用 (*usage*) と慣習 (*coutume*) に服するのが国際法における原則である (一八五三年三月九日)。<sup>②</sup> 自筆遺言に関しては、しかし、この公理の適用に困難なものが生じた、というのは、自筆方式で遺言をする権能 (*faculté*) については人は人の能力 (*capacité*) を問題にしたからである。<sup>③</sup> その結果、外国で自筆遺言をしようとするフランス人はフランス法が定める諸方式を遵守することから免除されることはできないのに、フランスにおいては、*locus regit actum* の公理が公的遺言 (*testament public*、公吏が関与するもの) の非本質的な方式に適用されるという規則が優越する。<sup>④</sup> [中略] Foelix (*Droit international privé*, 72, 79) は、自筆方式で遺言をする権利は、この特別の方式を許す国の国民に留保され、これを利用することができない外国人は除かれる、という。<sup>⑤</sup> オルレアン法院は、オランダ法は明示的にオランダ人に外国で公正証書 (*acte authentique*) 以外のやりかたで遺言をすることを禁止するにもかかわらず、オランダ人がフランスでした自筆遺言を有効とした。〔参考文献列挙〕。<sup>⑥</sup> 今日優勢である学説は、*locus regit actum* 則は、外国人の本国法に、外国とする遺言を規制するための禁止規定がない場合に、自筆遺言に適用される、というものである。

(4) Louis Renault, *Revue critique de législation de jurisprudence*, vol. 33, 1884, p. 734.

フランスに住むロシア人がフランスでフランス民法第九七〇条に叶う遺言をした。これはロシア法に叶っていない (*Journal du droit international privé*, 1884, p. 359 参照) としてその無効が訴求された。セエヌ民事裁判所一八八三年七月二一日判決 (*Journal du droit international privé*, 1884, p. 405) は、請求を棄却した。理由は、問題は遺言者の対人規則に照らすことにならざるべきところの遺言者の処分の能力 (*capacité*) ではなくて、かの有名な *locus regit actum* 則により、遺言がなされた地の法に

照らすべきところの遺言の外側 (externe) の方式なのである、というのであった。フランス人に外国で自筆方式で遺言することを許す(フランス民法第九九条)のは対人規則ではないかという反対があった。この反対を、右判決は十分に論破せず、第九九条は、例外として、フランス領外で遺言をするフランス人にたんに第九七〇条に叶うことを許すものであって、*locus regit actum* 則が、フランスに在る外国人が彼の遺言を作成するときに、適用されることをやめることになるものではない、というにとどまった。私は、右判決と右第九九条をよりよく調和させることができたはずであると、考える。自筆遺言をする権能 (faculté) は対人規則に含まれない。だから、フランスに在る人はすべて——国籍、定住所のいかんを問わず——フランスでこの権能を行使することができる。これが *locus regit actum* である。外国にあるフランス人が、自筆方式がその外国の立法により許されない場合でも、自筆方式で遺言することがフランス法、法の眼からはできるということに、*locus regit actum* は反対するのか? 否である、というのは、*locus regit actum* 則は任意的 (facultatif) の性格をもつと考えられるべきであるからである。フランス人が外国でその外国の法に従った行為を、——その外国法がフランス法と全く異なるものであっても——方式について、有効として受けとるべきである。このフランス人はそうするしかない。自分の行為がどの国で援用されるか知るべくもない。このフランス人が、外国においてではあるが、フランス法に叶うことができたとして、彼の行為がフランスにおいて援用されるとき、彼の行為が彼が存在した国の法に叶わないと苦情をいうことができるだろうか? 第九九条はこのような趣旨である。それは、*locus regit actum* 則の真正の例外ではない。これを対人規則につなげる必要はない。

右のセエヌ民事裁判所の判決は、イギリス人がフランスでした自筆遺言に関する破棄院の判例、なかならず一八四七年八月二五日判決 (Dalloz, 1847, I, 273) と合致する。オルレアン (控訴) 法院は一八五九年八月四日判決で、オランダ人がフランスでした自筆遺言はフランスで有効と考えられるべきであると判決した。そこでは特別なこと、オランダ民法は自筆遺言を許さないに止まらず厳格に外国においては公正証書によってしか終意処分をすることができない (第九九二条) としていること

があつた。オルレアン法院は、対人規則が個人をその在るところに追跡するとしてもそれはもつぱらその者の能力の範囲のためであつて、行為の外側の方式および嚴肅さは行為がされた国の法により統御されるという。このことはおそらく決定的ではないだろう。そこには、本国法がそういう場合を予定したのだから、なにか特殊のものがあるのである。第九九二条の規定は、どこでも尊重されなければならないところの真正の無能力をオランダ人の負担にまで創造する、ということとはできないのか?。その事件について公益代表者が述べたのはこの点である。

(5) ブラッセル民事裁判所一八八六年七月二一日判決 (Cunet, 1887, p.495)。

判決要旨から——行為の非本質的 (extrinseque) な方式と資格付与的な本質的な (intrinseque) 方式を混同しないことが重要である。後者は契約をする個人の能力 (capacité) にかかわるものであり、個人にとって外国においてそれ (その個人) を追跡する真正の対人規則を成すものである。

オランダ民法第九九二条は、内国人が外国でした遺言が帯びなければならないところの資格付与的な本質的な方式を定める。遺言に課せられた公正証書性はたんなる証書の方式ではなく遺言の有効性そのものの条件を成すのである。この条件の本質的な (essentielle) 力は国際法の規則  $\blacktriangleleft$  Locus regit actum  $\blacktriangleright$  によって無力にされることはできない。

付——右の判決要旨に以下のように注がつけられている (Cunet, 1887, p.496)。

外国でされた遺言の有効性の条件については、この Journal (Cunet のことである)——筆者 一八八三年、六三二頁、一八八四年、四〇五頁および一九二頁——フランスの判例、一八八四年、三五九頁およびロシアの立法 (Serebranny) ——一八八四年、五四九頁、イタリアの判例——一八八三年、二二〇頁、一八八六年四五頁、イギリスの立法——一八八七年、一四二頁、チリの立法をみよ。

(6) ジェノバ控訴院一八九一年八月四日判決 (Cunet, 1893, p.955)。

オランダ人が、一八八三年一〇月三一日、ブラッセルで、自筆方式で遺言 (妻 S を相続人とする旨のさきの遺言を撤回し別

人C女が利益享受をする遺言)をした。遺言者はジェノバで死んだ。S女がこの自筆方式の遺言につきオランダ民法第九九二条に違反し無効であると主張した。

判旨——右第九九二条の禁止の目的 (*bona fide*) は、争いの余地なく、特に自筆方式を用いる場合に心配すべき瞞着と入れ智恵の危険に対しオランダ人を庇護することにある。こういうたてまえから、第九九二条は、能力 (*capacite*) を制限する規定であり外国にあるオランダ人を追跡する規定である。論ずべきは行為の方式に関する問題であり、イタリア民法第九九二条に従えば、用いられた方式は行為がされた国の法により許されるもので足りる、という反較は無益である。しかも、*locus regit actum* 則はいくつかの例外を許す。通説に従えば、この規則の適用は、契約者または処分者の本国法が定められたこれこの方式の使用を固く禁止する場合には、熄むのである。このような状況においては、援用しなければならぬのは、イタリア民法の第九九二条ではなく第六条である。本件の遺言を無効と宣言する。

付——この判決に注が付されている。この判決は大多数の学者により支持されたとの注で、文献が六点引用されている。筆者は、イタリア民法の、当時の第六条および第九九二条の原文をまだ見るに至っていない。

(7) トリノ破棄院一八九二年四月二日判決 (*Cinnet*, 1894, p.1083)。

判旨——オランダ人が、ベルギーで、ベルギーの立法により承認された自筆方式により、した遺言は、イタリアにおいては、外国に在るオランダ国民に公正証書方式以外の方式により遺言することを禁止するオランダ民法第九九二条に違反して、無効とみられるべきである。

付——この判決掲載の注に、トリノ破棄院は、この判決により、一八九一年八月四日のジェノバ控訴院の判決 (*Cinnet*, 1893, p.955) に対して申し立てられた破棄申立てを棄却する、とある。

(8) *Pillet* (*Cinnet*, 1894, p.722)

オランダ民法第九九二条に関する部分のみを紹介する。

この規定は、よく知られた国際の法律である *locus regit actum* 則に抵触する。*locus regit actum* 則がオランダにおいて適用があることおよびオランダ人が外国で第九三五条を欺いて (*en fraude de* 脱法して) した遺言をオランダにおいて無効とする事、これはいうまでもない。しかし、外国においても、フランスにおいても、同様でなければならないのか?。学説・判例の多数はひとしくこのことを肯定する。これは正しくない。多数説は、国際私法のもっとも安定した規則の一つを、オランダの立法者の意思のために犠牲にするものである。多数説は、外国で遺言をするオランダ人の行為がどの法的体制に服するかをきめるといふ世話 (*le soin*) はオランダ法に属するものではない、それは国際私法の管轄に属する、これに関して各国は、自己固有の光 (*lumières*)、自己固有の確信にしか——たとい、国籍の点で自己と異なる人の利害関係が問題であるときさえも——従わざるをえない、ということを反省熟慮していない。われわれは、だから、第九九二条の条文にもかかわらず、自筆方式で外国で、オランダ人がした遺言は、その祖国の管轄裁判所以外のすべての管轄裁判所の前では有効であるとみられなければならないと、評価する。

(9) まとめ——オランダ人の外国でのその外国で許されている自筆方式の遺言はその外国では有効か。有効説無効説が、右に紹介した文献の範囲では相半ばしている。フランスの大多数の学説判例は一九世紀後半には、無効説であったとみてよい (*Friore, ジェノバ控訴院, Piller* 参照)。対立点はオランダ民法第九九二条の規定を対人規則とみるか否かである。対人規則とみるのが *locus regit actum* と適用範囲を別にするか、その例外とするか、も付随の論理であった。*locus regit actum* が主権を基底とするかも問題とされた。

5 セエヌ裁判所一九二七年二月一九日判決 (*Cunet, 1928, 707*)。

a 事実——オランダ人男 *Leuwin* が、フランスで、一九一七年五月一日、自筆遺言を作成し、フランスの公証人に寄託し

た。遺言は妻（未亡人）に包括遺贈することであった。Leeuwn の異父姉妹 Bechacq がオランダ法上唯一の相続人であると主張した。一九一八年 Leeuwn 死亡。一九二六年四月三日セエヌ裁判所は、Bechacq が法定期間内に必要の手続をしないので、Guilbot を遺産の管理人とした。Leeuwn 未亡人は一九二六年五月二〇日 Guilbot に対し遺贈の目的物の引渡しを訴求した。Guilbot は遺言の無効を主張した。裁判所は遺言を無効とした。

b 判決要旨——① *locus regit actum* 則は、国際慣行に由来するものとして普遍的に受容されており、これによれば一切の法律行為または証書行為は行為が結ばれ、なされまたは作成された地の法により統御される。②この規則は、封建制の諸觀念につながりをもつものですでに長きにわたり強行性 (*imperative*) を失っている。③フランス民法典第三条がフランスに在る外国人をフランスの主権の下におくのはただ警察と安寧の法に關してのみであつて、この第三条の規定は、公序に反することなしに行爲の方式を統御する法に延長適用されることはできない。④したがって、外国人はフランスにおいて自国の法により統御される方式で遺言を有効になすことができ、同じく、フランス人は、外国で、その外国法が自筆遺言を認めなくても、自筆方式で遺言することがフランス民法第九九条により許される。⑤外国で公正証書以外で遺言をすることをオランダ人に禁止するオランダ法は遺言者の能力の制限を目的とするものではなく、ある様態 (*mode*) を禁止することを目的とする。⑥オランダ法は、現実には、オランダ人の外国でした遺言の非本質的な (*extrinseque*) 方式を統御するもので、対物規則 (*statut réel*) に属しないと同じく対人規則にも属せず、たんに *locus regit actum* 則に制限を加えるものである。⑦ *locus regit actum* 則は絶対のものではなく公序でもないから、外国法は、その判断をする権能を自らのみがつところの理由に基づき、自国民に、在住する国において慣用される遺言の様式 (*modalites*) を禁止する権利を有し、よつて絶対的なしかたで *locus regit actum* 則を除く権利を有する。フランス民法第二二二八条がフランスに在る不動産についての抵当権設定合意についてこの *locus regit actum* 則を除くのと全く同じである。⑧オランダ法はその国民が外国である遺言の有効性 (*validité*) の本質的な (*essentielle*)

条件として公正証書の方式を要求する。このオランダ法の絶対的な (formelle) 規定が存するときは、フランスで *Leuven* により自筆方式でされた遺言は有効であると宣言されることはできない。それは無効 (null) である。

9 Bartin, La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois (Recueil des cours, 1930-1)

オランダ民法第九九二条に関する叙述は五七五頁から五七八頁までである。これを紹介する。

オランダ民法第九九二条の思想はこうである。遺言の自筆方式は、遺言をするものにとって、重大な危険をひき起こすものであるから、オランダ法はその所屬国民に自筆方式で遺言することの一種の無能力を課するのであり、この禁止の規定はオランダ法にとって、対人規則の規定が作用するのと同じように作用するのである。この禁止規定は、オランダ法にとっては、別ないかたをすれば法の抵触についてのオランダのシステムにおいては、外国に在るオランダ人を追跡し、オランダの裁判所においては、オランダ国民がフランスでした遺言は、オランダの裁判所により無効とみられるのである。では、遺言がされた国の裁判所ではどうか。その国では、かかる遺言の効力 (有効性) の問題は方式の問題と——定義の上で対人規則の問題と全く関係のない、法律行為の方式の問題と——考える、ということがあろう。ここに法性決定の抵触が再発する。その国では、その国の裁判所にとって、場所の法 (loi locale) —— 事案ではフランス法 —— の適用と対人法 —— 事案ではオランダ法 —— の適用の間で選択することが問題となり、ひいては、場所の法の適用へと導く (行為の方式) という法性決定と対人規則の適用へと導く (遺言をする能力) という法性決定の間で選択することになる。この両者の法性決定が相対立し、その結果が相対立することは明らかである。

フランスではこの対立はぬきさしならないものではない。フランスでは、方式の問題はある程度において対人規則に依存することをある程度において認める。自筆遺言の効力のこの問題を方式の問題であると考えつつ、無効とするオランダの解決を、

オランダ国民がフランスでした遺言が論議される限り、われわれは承認する。右のような遺言は、フランスにおいて、オランダにおけると同様に、無効と考える (Seine, 13 août 1903, Clunet, 1904, 166 [前掲 4] ; et 19 févr. 1927, Clunet, 1928, 907 [707 のミスプリント] [前掲 5])。

これは、もはや、アルジェ控訴院判決 (一八八九年二月二十四日, Clunet, 1891, 1171, 前稿事例 7) の解決ではない。アルジェ判決は法性決定の問題の途に私を置いたのであった。もし、ここで「自筆遺言のことで」アルジェ判決の解決を適用するならば、そこにあるのは、オランダ国民である遺言者の人的能力 (capacité personnelle) の問題ではなく、行為の方式の問題であり、遺言はフランスにおいて作られており、locus regit actum であり、その遺言は有効である、ということになる。しかしながら、生存配偶者の相続上のもしくは夫婦 (財産) の権利の問題についてのアルジェ控訴院の解決と自筆遺言の有効性の問題についてのセエヌ裁判所の解決、この二つの解決の違いはどんなことから成っているかをよく理解しなければならぬ。解決は異なる。しかし、doctrine (教義) は同じである。いずれにおいても、冒頭の法性決定、すなわち抵触の解決を生むものは、同じままである。セエヌ裁判所の二つの判決において、アルジェ判決と全く同じく、難事の法性決定は、フランス法により遂げられた。それは行為の性質づけの形である (c'est la qualification forme des actes)。

ただ、場所の法すなわち遺言がなされた場所の法——それは遺言の有効をもたらす——の適用に導くかわりに、行為のかかる性質づけの形が対人規則——それは無効をもたらす——の適用に導く。というのは、われわれは、ある程度——どの程度かをきめることはできない——において、方式の問題はある意味において対人規則に属する——その理由は、長くなるのでここでは述べることができない——ことを認めるからである (その理由こそ重要である——筆者)。

注——Barin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois (Clunet, 1897, p. 225)。

Barin は右論文の第二二九頁においてオランダ民法第九二条の問題を例にあげている。要旨を紹介する。

オランダ人がフランスでした自筆方式の遺言はフランスの裁判所においては方式において有効か？。答えはオランダ民法第九九二条の禁止がどういふ法性をもつかに依存する。フランスの裁判所がこの禁止を対人規則に結びつけ、この禁止に能力の規則を認めるならば、その遺言は無効であろう。というのは、オランダ国民の自筆方式で遺言をすることの無能力は遺言をしたフランスにおいてオランダ人を追跡したであろうからである。反対に、フランスの裁判所がこの禁止を法律行為の方式の規則に結びつけるならば、その遺言は有効であろう——遺言の方式は必要的にその作成の地の法に依存すると仮定して——。というのは遺言地の法であるフランス法は自筆方式を許すからである。以上。

オランダの判例は、自然なことながら、前者の考えである。フランスの判例は、前者のいみの判決と後者のいみの判決をもつ。しかし、この点についてフランスの法曹のあいだに見解の相違がありうるといふこと自体が、難しさの核心であるのは右第九九二条の禁止の法性決定であることを十分に物語っている。

### 三 イギリス

1 自筆遺言の法性に関する議論については、Robertson (*Characterization in the conflict of laws*, 1940) の叙述を手掛りとして資料を集めてこれを分析する。Robertson を選んだのは Dicey (II 1015-1016) が引用したからである。Robertson の叙述はいちおう前稿「法性決定論の諸相」、四(事例4) 3 b) に紹介した。ここでは、彼が引用する文献の内容をも紹介してできるだけ詳しく分析する。

2 第一次法性決定をマルタ人婚姻のケースでもって論ずるのが適切であると同じく、第二次法性決定をオランダ人の自筆遺言のケースでもって論ずるのが適當である。後者は、Bartn が法性の問題を意識した第二の例であった。<sup>(3)</sup> (以上、二三五頁。注番号は Robertson がつけたものである)。

(3) (1897) *Cunet 229*, [Robertson の注の原文である。以下同じ] —— これは、*Bartin. De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois* である。その第二九頁の叙述は、前掲二六に紹介した。

3 遺言の能力は、動産に関しては、死者の対人法 (personal law) により統御される、ただし、遺言の方式 (formalities) は *locus regit actum* 則の下で、遺言がなされた場所の法により統御される。これが大陸 (continent) で一般に承認された抵觸法の規則である。一八二九年のオランダ民法第九九二条は、オランダ国民は、外国に在っても、オランダ法が定める公正証書方式 (*forme authentique*) 以外で遺言をすることができないと定める。<sup>(4)</sup> あるオランダ国民がフランスにおいてフランス法の方式に従っている自筆遺言を作ると想定しよう。フランスの裁判所はこれを有効とするかはたまた無効とするか?。能力は (遺言者の本国法として) オランダ法により統御され、方式 (*formalities*) は (*locus regit actum* 則の下で) フランス法により統御されることは明らかである。しかし、オランダ民法第九九二条の効果 (*effect*) はなにかという問題 (*question*) がなお残っている。答えは、その問題が能力の問題 —— そうであるときはオランダ法が適用されよう —— とみられるか、方式の問題 —— そうであるときはフランスの規則が統御するであろう —— とみられるかにかかるといわれてきた。<sup>(5)</sup> しかし、これらの二つを二者択一とすることは、この問題 (*problem*) における論点を正確に表示してはいないと考えられる。〔以上、二二六頁〕。

(4) *I.e.*, a "formal act" according to the *lex loci actus*.

(5) See *Bartin*, (1897) *Cunet 229*; and (1930-1) *Recueil des Cours* 575-76. —— 二つとも前掲二六に紹介した。

4 オランダ法の右規定は、明らかに能力の規則ではなく、明らかに方式の規則であるのでもなく、たんに明示の禁止であるのである。オランダ法は、オランダ人は規定された方式でしか遺言をすることができないと述べ、これが能力の規則、方式の規則またはその他の規則かどうかを種別していない。そしてこの禁止は絶対的 (*absolute*) な

のである。(以上、一三三六頁)。

5 Beckett は以下のように考へる。このオランダの禁止は、能力の規則であるには程遠く、オランダ国民が作成した遺言の方式は、より通例の *locus regit actum* 則による代わりに、対人法 (personal law) によって規制されるとオランダ法が述べるといふ形式で、*a different choice of law rule* [異なる別の (国際私) 法規則を選択したこと] に帰する。<sup>(6)</sup>

(以上、一三三六頁)。

(6) Beckett, 15 B.Y.I.L. 73, n.1. — これは、W.E. Beckett, *The question of classification ("Qualification") in private international law*, *British Year Book of International Law*, XV, 1934, 67とある。その七三頁にある注一をその本文とともに紹介する。

外国法の規則 (rule) を分類するさいに、その規則が、これをその法体系の一部とする国の裁判所によってすでに分類されているということがありうる。このことは、これら裁判所が、事件を決するのに自由な立場にあつて、一般的な (general) 科学的な根拠に基づいてそれに至つたという趣旨の決定を与えておつた、という意味である (以上、七二頁)。そういう場合、イギリスの裁判所は、外国の規則を分類するに当たり、外国が自分の規則についてする分類に大きな比重を置くだろう。そして、私もそうである。しかし、外国の規則が一般的な原則 (principles) に反しているとイギリスの裁判所が考へるときは、イギリスの裁判所が外国の分類によって縛られるとは私は考へない。

(一) しかし、実際には、多くのケースにおいて、裁判所は、自身の法の規則を、科学的根拠に基づいて分類しなければならないのではない。というのは、規則の適用は明文の制定の規定によつて明瞭に決められており、裁判所はこの規定にその一般的な原則との適合を考慮することなく単純に従わなければならないからである。有名な例をあげよう。オランダ民法典第九九二条である。オランダ国民がドイツにおいて自筆方式で遺言をするとするならば、オランダの裁判所は、この自筆方式がドイツでは遺言作成のための本来の方式であつてもなくとも、たんにこの条文を適用して当該遺言を無効と判定せねばならないだろう。その上、オランダの裁判所は、オランダ国民は外国において公正証書方式以外で有効な遺言をすることはできないという規定が能力に関するルールか方式に関するルールかを、もしくは、そういうルールが国際私法の通常原則に合致しているかないかを、考へなければならぬことではないであらう。ドイツにおいては、国際私法の規則は以下の通り。(a) 遺言作成能力および遺言により処分できる財産の量は対人法により統御される。(b) 遺言の方式は、

遺言者の対人法がどうであれ、*lex auctus*により統御される。以上の根拠に立ち、ドイツの裁判所は、現実に、ドイツにおいてオランダ国民がした自筆遺言を有効な遺言と判示した。かくして、オランダの裁判所とドイツの裁判所の間に抵触が存する (Prof. Frankenstein, "Evidences nouvelles de droit international privé", *Recueil de l'Académie de droit international*, 1930, vol. III, pp. 247-248 をみよ)。この抵触は、しかし、私には、法性分類 (classification) の相違からではなく、国際私法の規則を異にする関係二国におけるそれぞれの相異なる規則の適用から生ずるものと思われる。すなわち、オランダ法は(ともかくも、オランダ国民の遺言が関係する限り) たんに遺言者の能力をただでなく遺言の方式をも対人法に服せしめ、ドイツ法は方式を *lex auctus* に服せしめるのである。もし、事実(私はそうだとはいえないのだが)、オランダの裁判所が、一歩進んで、第九九二条の右規定部分は身分および能力に関するルールであると宣言したのであるとするならば、私は、ドイツの裁判所はこのオランダの法性分類を拒否すべき権利資格を完全に有するだろうと考える。なぜならば、当該規則〔オランダ法第九九二条の上記の部分〕は明らかに能力に関する規則ではなく方式に関するものである、と私は思うのだが、そうであれば法性分類の抵触があることになるからである (7) の点、Pillet and Niboyet, *loc. cit.* p. 439, and p. 54, n. 1, *supra* と比べよ)。

6 すくなくとも、ドイツの裁判所は、オランダ国民がドイツでした自筆遺言の有効を、作成の地の法の方式が具備されていた、そしてオランダ法に照らし〔遺言者の〕無能力は存しないという理由で、維持した。(7)

(7) *Oberlandesgericht Hamburg*, May 2, 1917, 35 OLG 295, and *Kammergericht*, Feb. 15, 1934, (1934) *JFRspr* 156. — 前者は 15 b において紹介した。

7 しかしながら、よりよいアプローチは *Falconbridge* が示唆したアプローチであると考えられる。彼は示唆する。フランスの裁判所は、遺言が本質的に (intrinsicly) オランダ法により有効であるかどうかとフランス法により方式上有効であるかどうかの双方を探究すべきものであると。▲本質的の有効 (intrinsic validity) ▼はいくぶん▲能力▼よりも広い。そして、問題の遺言がオランダ法によれば本質的に無効であることは、かかる無効の理由がオランダ法が能力の規則と性格づけるところの規則であるかどうかを探究するまでもなく、また、オランダ法はこのような性格づけを採用するのは正当かどうかを探究するまでもなく、明らかなのである。これは、実質において、フランスの裁判所が採用し

てきていたアプローチである。フランスの裁判所は二つの機会において、かかる自筆の遺言の有効性を、それが遺言者の対人法により禁止されているという根拠と *locus regit actum* は対人法の明示の禁止の前に道を譲らなければならぬという根拠に基づき、否定した<sup>(9)</sup>。これと同じアプローチを最近ベルギーの裁判所が辿つた<sup>(10)</sup>。

(8) 53 L. Q. Rev. 257. Maury also admits the possibility of this solution. (1936-III) *Recueil des Cours* 466, n. 2. — この注に掲記の文献のうち、前者のみを紹介する。John D. Falconbridge: *Characterization in the Conflict of Laws*, *The Law Quarterly Review*, vol. 53, 1937, §4 *Formalities and Capacity Again*. の要旨を掲げる。

Barin が、彼の法性決定論<sup>(98)</sup>の説明の中で用いた第二の例はフランスで自筆遺言をするオランダ人という有名なケースである。フランスとオランダの法の抵触の規則は、能力は本国法により方式は作成の地の法により統御されると述べることに一致しているのであるが、Barin は、遺言の有効性の問題は、解決がフランスの裁判所においてとオランダの裁判所においてとでそれぞれ必然的に異なるものであるという意味において、解決不能 (*insoluble*) であると述べる。フランスにおいては、当該遺言は、問題が方式の事柄と法性づけられて当該遺言は方式上はフランス法により有効であるがゆえに、有効である。他方において、オランダの法はオランダ人に自筆の遺言をすることを、本国においてであれ外国においてであれ、禁止する、そして、それゆえ、Barin によれば、問題は能力のことからと法性づけられて、当該遺言の有効性は遺言者の本国法により統御される。オランダ法は当該遺言をオランダにおいて無効にすることについては Barin に同意しつつも、Melchor<sup>(99)</sup>は事柄がオランダ法により能力の事柄と法性づけられることを否定する。

フランスの観点からでさえ、この例にかかる法性決定の問題の Barin の扱いは適當であるとは思われない。そこに解決不能の法性決定の抵触があるという Barin の見解に従うことは困難である。……この問題へのよりよきアプローチは、当該遺言は方式上は作成の地の法により有効であるのでなければならず、その本国法によりそれを作成する能力ある人によつて作成されるのでなければならぬと述べることでありうと思われる。したがって、フランスの裁判所は、当該遺言は、方式上はフランス法により有効であるけれども、オランダ法により本質的に (*intrinsically*) 無効であり、したがって、法の抵触のフランスの規則により本質的に無効であると決すべきである<sup>(100)</sup>。別な言葉でいえば、フランスの裁判所により法性づけられるべき主題はたんに抽象的な自筆遺言であるのではなく、方式的有効性と本質的有効性の問題とフランス法とオランダ法のそれぞれがもつ自筆遺言に関する二つの分離した規定なのである。自筆遺言に関するフランス

法の規定がフランスまたはその他で適切に方式に関する規定と法性づけられ、したがって、当該遺言は方式上フランスまたはその他において有効であるということになっても、なお、裁判所は、当該遺言が本質的有効性を統御する法によって本質的に無効であるかどうかを考へなければならず、その目的のために、法の抵触のフランスの規則によれば本質的有効性を統御する法であるところのオランダ法の関係規定を、すくなくとも遺言者の能力に関しては、検討しなければならぬ。問題の規定の法的性質づけに関しオランダにおける裁判所の見解がどうであろうと、フランスまたはその他における裁判所の見解においては、自国においてまたは外国において自筆遺言をするところのオランダ人に対する禁止は、遺言者の対人法により統御されることの、無能力の事柄と法的性質づけられるであろう。フランス人は能力の事柄を本国法に問い合わせるから、いま論議されている例は、当該遺言は両国において無効であるから、フランスとオランダの間に抵触をひき起すべくもないのである。〔以下略〕。

(9) Tribunal civil de la Seine, Aug. 13, 1903. (1904) *Cunnet* 166; id., Feb. 19, 1927. (1928) *Cunnet* 707. Cf. Niboyet, *Manuel* §542. — (1904) *Cunnet* 166 註二七におよび (1928) *Cunnet* 707 註二五におよび紹介した。

(10) *Cour d'Appel de Bruxelles*, Jan. 9, 1937. (1938) *Revue Critique* 470. — この判例を紹介する。

事実——*Louise Froidbise*, オランダ人。Henri Horsten (オランダ人) の妻。ベルギーの Uccle で、一九三三年九月二日付の自筆遺言を作成し、一九三三年九月九日に、これを、ブラッセルにある公証人 *Roche* の保管記録に預置した。遺言の内容はいく人かに遺産を割り当てるものであった。遺産はある会社が保管していた。遺贈を受けた者たちはこの会社に保管する遺産を手放すことを禁止した(手放すことに反対する書面を送達することのようである)。Horsten はかかる妨害の除去 (*mainlevée de cette opposition*) を申し立てた。相手方は *Froidbise* およびその共同者となっている。第一審は、遺言を無効とし、右妨害の除去を命令した。相手方が控訴した。

判旨——*locus regit actum* 則は要するに法律行為の外側の (*extérieure*) 方式——行為がなされた地の法律により統御され、条文 (*textes*) なしに条約 (*conventions*) なしに国際慣習の効能によりすべての国において行為を受け入れさせるところの方式——にもつばら関する。オランダ民法第九九二条が、オランダ国民に外国においては遺言が作成される (*passé*) 国において慣用された諸方式を遵守して遺言をするよう規定するとき、その第九九二条の中に記されるものはまさにこの *locus regit actum* 則である。ある行為が帯びる外側の諸方式は必然的にその有効性の証拠であるのではない。行為の有効性は当該行為の存在の諸条件——行為者にとって主要なものは行為を遂げる能力 (*capacité*) である——に本質的に (*essentiellement*) 依存する。オランダの立法者は、国民の財産 (*patrimoine de la collectivité nationale*) を保護するという気遣いから、オランダ国民の外国において遺言により財産を処分する能力を制限した。立法者は、第九七八条以下に自

筆遺言およびそのオランダにおいて従うべき方式を定め、かかる遺言が公文書 (acte public) による遺言の効力を有すると言明し、かかる遺言の外国での使用 (usage) を無効の制裁付きで禁止し (オランダ民法第一〇〇〇条)、自筆遺言を、遺言執行人に關し、葬式、布類、衣類、宝石に限定した付随の処分のために許すことにより右の禁止を強調する (第九八二条)。この能力制限はオランダ国民を外国において、オランダ民法第九九二条の条文の中に明示された立法者の意思により、追跡する。対人規則から排他的に起こってくる法的状況 (situation juridique) に locus regit actum 則の適用の余地がありうるとは認められない。locus regit actum 則を lex fori と混同してはならない。国家の主権に基礎をもつ法律 (lois) の属地適用 (territorialité) の主義は、學説においてまた判例において、捨てられ、アングロ・サクソンの諸国を除き、法 (droit) の属人性 (personnalité) に基礎をもつ対人法 (la loi personnelle) の主義にとつてかわられた。本法 (la loi nationale) は、対人規則 (statut personnel) のことがらにおいては、ベルギーの国際公序 (l'ordre public international) —— それは、警察、安寧の諸法律、共同体の保持に關する—— に反しないかぎり、容れられるべきである。

以上の理由により控訴院は第一審の判決を支持した。この判決につき、H・B が Revue critique にコメントを書いている。そのなかから、筆者が注目したところだけを紹介しよう。

ブラッセル控訴院は、オランダ民法第九九二条を対人規則の条規であるとした。しかし、ベルギーの概念においては locus regit actum 則は自筆遺言をする権能 (capacité) を含むものかどうか、別にいえば、ベルギー法にとつてこの権能は方式の規制か実体の規制か、がなお残る。ところが、ベルギーの裁判官は、法の抵触を、オランダの条規によつてではなく、ベルギーの条規によつて裁いた。問題が行為の方式のカテゴリイに入るか対人規則のカテゴリイに入るかを問うべきは、ベルギー法 (または判例) のみにである。オランダ法第九九二条に、対人規則であると同時に法の抵触の規則であることがみられるのではあるが。以上。

つまり、いいたいの、ベルギーの裁判所が問題を能力のこととしたのは、オランダ法第九九二条 (オランダ法の抵触の規則) によつたのではなく、ベルギー法が当該遺言に關する規制を能力の規制と裁断したということであらう。

8 Beckett は、フランスの裁判所が、オランダ国民がフランスで作成した自筆遺言に關しては、右に略述したアプローチを辿つたことを認識しながら、イギリス法の禁止に關してはフランスの裁判所が異なる態度を採つたことを示すものとして、Quartin ケースを引用する。<sup>(11)</sup><sup>(12)</sup>

(11) Cour de cassation, Aug. 25, 1847. (1847-1) Sirey 712. — の判例は、二の2及び3において紹介した。

(12) Beckett op. cit. p.54, n.1. — Beckett 前掲の五四頁注1が存在する本文と注1とを紹介する。

本文——(b)フランスの裁判所は、あるケースにおいては明示的に別のケースにおいては黙示的に、外国の法規を、フランスの内国法によってではなく、むしろ、当該法規が関係する外国の法において性質づけられているその様態を参考することによって、性質づけておつたと思われる。

注1——1. マルタ人婚姻ケース(五〇頁、注1。前掲)「法性決定論の諸相」の事例7である——筆者をみよ。その上、外国法の、当該外国の法システムにおいては人の身分及び能力のことがらとみられるところの、法規則が、フランスの判例にみられるようなフランス内国法の概念 (conceptions) によれば、行為の形式 (form) といったような別のカテゴリもしくは手続 (procedure) に入るものとみられたはずであるにもかかわらず、フランスの裁判所は、そういう外国法の法規を、人の身分及び能力のことがらとして受けとる意向 (disposition) を示したとみられる。たとえば、有名な Levinson 判決 (Cunet, 1905, p.1006 及び Leeuwn ケース (Cunet, 1928, p.707 [15] に紹介してある) をみよ。Levinson ケース (ロシアのユダヤ人の宗教的離婚 (religious divorces) は破棄院の裁判であり、Pillet 及び Niboyet により、裁判所はフランスの分類ではなく外国の分類を採用したという理由で、酷評された。オランダ民法典第九二条に関する Leeuwn ケースは、しかし、別な理由に基づき釈明されることができ。すなわち、locus regit actum 則は、遺言に関しては、フランスの国際私法においては、対人法に、この対人法が外国で作られた遺言の方式に関して強行の規定 (imperative provision) をもつ場合には、従属するものである、という理由である。だが Quantin ケース (Sirey, 1847, Vol. 1, p.712) [113] に紹介してある) においては、破棄院は、イギリス国民のフランスにおける遺言に関して反対の見解をとっておつた。(以下略)。

付 Levinson ケースを紹介しておこう。

事実——Levinson はロシア国籍のイスラエル (ユダヤ) 人。一八九四年七月八日、Levinson はフランス人女と、パリ第九区の身分係官の前で、フランス法の方式の結婚をし、続いて、二人が所属するイスラエル教 (ulte israelite) の司祭 (ministre) の清め (consécration) を受けた。これでロシア法上も有効な結婚となった。そして、妻はフランス国籍を失ないロシア国籍を取得した。妻が離婚請求の訴えを起した。フランスの裁判所に離婚の裁判の管轄権があるかが争われた。第一審セヌヌ民事裁判所は、一九〇一年三月五日判決で、離婚の原因事実の証明を許可した。これに対して、夫は控訴した。控訴審パリ控訴院は一九〇二年三月一七日判決で第一審判決を破棄し、離婚の儀を管轄するイスラエル教の機関に訴えるようにと、原告の訴えを却下した (Cunet, 1903, 342)。妻は破棄申立てをした。破棄院は

一九〇五年五月二九日判決で破棄申立てを棄却した。

判決理由から——外国人らがかかわる訴訟をフランスの裁判所にもたらず場合にフランス法が定める管轄および手続の形式が適用されるとしても、しかし、この訴訟は両当事者の本国法 (*loi nationale*) によってしか判定されることができない。

したがって、フランスの裁判所は、上記本国法の諸規定が——その定める裁判管轄権の点においてであれ、その定める方式もしくは実体的条件においてであれ——フランスの公序に反するときは、当該訴訟について裁判することができない。

〔両当事者の本国法である〕ロシア法によれば、イスラエル人の離婚は、かれらの婚姻と同じく、排他的に宗教法により統御され、その本質は宗教的結びつきの破滅にある。離婚はラビの管轄機関 (*amoraie*) の決定からしか結果することができない。ラビの機関が唯一その同宗者らの婚姻の結合を祝福するためと同じく解消するための資格を有する。

このロシア法の適用をフランスにおいて受け入れることはできない。よって、本審 (*instance*) は外国法によって判断することができない。かといって、フランス法によって判断することもできない。フランス法はロシア法の代わりをすることができない。かくて、本審は必然的に不受理 (*non-recevable*) の宣言に至るべきである。

ことに、フランスの法律がフランスの裁判官に宗教のことがらに干渉することを禁止していることは、フランスの裁判官がつかまえられた〔係属した〕訴え (*action*) に対して絶対的な不受理の抗弁 (*une fin de non-recevoir*) を起こすのである。

6. *Quartin ケース* は、一八三七年遺言法 (*Wills Act 1837*) が効力があり *Lord Kingsdown's Act* が通過する以前の時期にイギリス国民がフランスで作成した自筆遺言の問題を含んだ。当時のイギリス法によれば二人の証人の面前での署名という通例の方式が要求された。このことはフランスで行われたイギリス人の遺言に適用されたか？。破棄院はこの問題は方式の問題であると判示し *locus regit actum* 則を適用した。

(13) 7 *Wm. IV and I Vict. c. 26* ——この法律の第九条は次のとおり。すべて遺言は、書面にしてありかつ以下に掲げるしかたで作成されるのでなければ有効でないものとする、(すなわち)、遺言者または遺言者が在席して遺言者の指令による他の者によって当該書面の下の部分または終了部分に署名されること、および、この署名が、署名のときに在席する二人またはそれ以上の証人の立会の下で、なされるまたは遺言者により認識されること、および、これら証人が当該遺言を遺言者の立会の下で認証し (*attest*)、かつ署名する (*subscribe*)

すること、ただし、認証の方式は必要でない。

(14) Wills Act 1861, 24 & 25 Vict. c. 114.

10 しかし、このケースはフランスの他のケースとの間に *Beckett* が考えるような抵触を示すものではないと、いわれている。オランダ法はオランダ国民にどこでも禁止を課すると認識される。問題は、この禁止は他の国々において承認されるだろうか？である。フランスの裁判所はこの禁止はフランスにおいて承認されるだろうと判示した。イギリス一八三七年遺言法は、これに反して、かかる制約をすべてのイギリス国民に課することを企てなかつた。<sup>(15)</sup> フランスの裁判所は、課せられたような制約は方式であつてフランスにおいて作られた遺言に適用するものとして承認されないものであると決したに過ぎない。このことが当時のイギリス法の見方を代表しなかつたという証拠はない。むしろ、*Bremer v. Freeman* はこのことを肯定するもののように思える。<sup>(16)</sup> したがつて、この点についてフランスの裁判所を首尾一貫しないと非難するのは当たらない。

(15) [略する]

(16) *Bremer v. Freeman*, 10 Moore P. C. C. 306 (1857) は、方式に関する遺言の有効性は定住所の法により統御されると判示した。 Cf. p. 222. *supra*. — Cf. p. 222 は Cf. p. 232 の誤植か。 *Robertson*, p. 233 に以下のような記述がある。

イギリスの *Bremer v. Freeman* ケースは、フランスに定住所をもつたイギリス国民の、イギリス事務弁護士により準備され、一八三七年遺言法<sup>(14)</sup>に適合して作成されバリで執行された、遺言のケースであつた。この遺言は明らかに、イギリス法により統御されるという前提で、すなわち、イギリスの要件を満たすならばイギリスにおいて財産を譲るのに効果があるだろうということで、もしくは、別な言葉でいえば、イギリス制定法律は属地的 (対地域的。territorial) で、イギリスに在る財産の移転を、少くともイギリス国民が遺して譲る場合に、制御するであろうということで、作られたものであつた。 *Privy Council* は、しかし、イギリス遺言法に適合することは十分でない、遺言者 (女) はフランスに定住所を有したのだからフランス法が要求する方式に適合するでなければならぬ、と判示した。別な言葉でいえば、イギリス一八三七年遺言法は対人的であり属地的ではなく、したがつて、イギリスに在る定住者に適用され、イギリスに在る財産に適用さ

れるのではない。<sup>(42)</sup>

筆者の注 Bremer v. Freeman ケースを紹介する。English Reports, vol. 14, 1801 p.508-533 にみることができた。ただし、北海道大学所蔵の版においては五三三頁が印刷洩れで白地になっている。

事実——Fanny, イギリス人女。一八三八年から一八五三年までパリに定住(同年四月死亡)。一八四二年、パリで、イギリス人事務弁護士により準備されたイギリスの方式の遺言を作成し、イギリス遺言法(1 Vict. c. 26)に従って仕上げた(executed)。Fannyの最近親の一人Bremerは、当該遺言書は、ナポレオン法典の遺言の完成に関する第九六七条ないし第九七七条においてフランスの法により定められた要件に適合して完成されたものではない、よって、遺言による処分としては無効であると非難した。遺言執行人らは、一八五三年六月、Prerogative Court(遺言事件裁判所)において、当該遺言書の検認を受けた(proved)。Bremerは同年一〇月二八日にこれに対しアピールをした。このアピールはPrivy Council(枢密院)が管轄した。枢密院はこの事件を四人で裁判した。その一人Wensleydale 卿が判決を言い渡した。原裁判所の判決は証拠に基づいていない、これを破棄し検認を取り消すよう女王に助言する、というものであった。ちなみに、Fannyが遺言をしたときおよび死んだときにフランスに定住所をもっていたか否かが争われたが、もっていたと確認された。

判決理由から——(判決は、提出された遺言書は、遺言者の死亡の時における定住所(domicile)の地の法(municipal law)によって有効であったかと問題設定をした。この点についてだけ紹介する。遺言者が遺言の時にフランスに定住所をもっていたといえるかどうかの問題について多くのことが語られてこれが判決の大部分を占めている。がその紹介は省く)。

問題の遺言書が有効であるかどうかについては、リポートの要旨に、当該遺言書は定住所地の法の要件に適合して完成されているのでない、無効であると判決された $\checkmark$ と記されている。判決文の中では印刷洩れの部分に含まれるところのようである。これはBremer側の主張を結論として認めたものである、その趣旨をとらえることはできる。

定住所地の法の要件というのはフランス法の定める要件のことである。それはナポレオン法典(の当時の)第九六七から第九七七条までである(五〇九頁)。本件遺言書作成時のおよび遺言者死亡時の遺言者の定住所の法が、その間に定住所の変更がないときは、当該書面(instrument)の方式および厳粛さ(solemnities)を統御しなければならぬことはもはや疑問視されることはできない(五二六頁。Wensleydale 卿)。そうすると、イギリスの裁判所は、当該遺言書の有効性を、フランス法に照らして判断することになる。フランス法については破棄院一八五三年三月九日判決(Dalloz, 1853, 1, 217)があった。イギリス人がフランスで一八三八年一月二一日に自筆で遺言書を作成し、一八四九年四月二日パリで死亡した。利害関係人 de Vaine が遺言執行人 Browning を相手方として遺言の無効を主張した。一八五七年七月三〇日、セエス裁判所は遺言を有効としその執行を命じた。de

voie が控訴。一八五二年五月二五日パリ控訴院は原判決を破棄し遺言を無効と宣言した。Browning が破棄申立。破棄院は破棄申立を棄却した。理由の要旨は以下の通り。行為の外側の方式 (forme extérieure) は本質的に (essentiellement) 当該行為がなされた国の法、慣行、慣習に服するというの国際法の原則である。この原則はその他のすべての公的もしくは私的の行為と同じく自管遺言に適用される。遺言者の身分に、その権利およびその能力の範囲におよび限界に基づくことはすべて人をどこでもその在るところに追跡する対人規則 (statut personnel) により統御されるのであるが、行為の厳肅性 (solenité) および行為の外側の方式については事情は異なり、それらは遺言者が処分行為をする国の法によって統御される。よって、遺言はフランスの立法により要求される方式の条件のすべてを兼ね備える限りでしか有効と宣言することができない。本件遺言は、自筆方式ではあるが、ナポレオン法典第九七〇条が要求するような、全部を手書きにするのではなく、あるいは手書きで日付をいれるのでなかった。よって、原判決がこれを無効としたことに法律違反はない。

Attorney-General (法務総裁) の見解 (五二〇頁―五二七頁) の結論は、人的財産 (personal property) に関する遺言の有効または無効は、死者がその死亡の時に定住した国の法によって決せられるべきことは確立したルールであるから、本件遺言はイギリス方式ではなくフランス方式に従って完成せられるべきものであった、というのであった (五一七頁)。この見解の根拠として学説・判例を引用したなかに右の破棄院判決があった。

Bremer の訴訟代理人は Attorney-General に同調した。

Privy Council の判決は、Attorney-General の見解を実質的に採用したものとみてよい。

Queen's Advocate (国王顧問弁護士) の見解 (五一九頁―五二三頁) および Queen's Council (国王弁護士) の見解 (五二三頁―五二五頁) は Freeman に有利なものであった。その紹介は省略する。

Bremer v. Freeman 判決は、(つまり、イギリスの判決は)、イギリス人のフランスで作成されたイギリス方式の遺言をフランス法に適合しないと見做し無効とした。イギリス法には適合しているがフランス法に適合しなければ無効であるというのである。イギリス法に照らせば無効となるべきであるがフランス法には適合しているというのと別である。なお、フランスの破棄院一九〇九年七月二〇日判決は、右と同型の遺言を有効とした (四12 b 注(2))。これと比べると面白い。また、右判決は、遺言者がフランスに定住所をもったという事実認定をした。これに対して、遺言者は遺言の時フランスに定住所をもっていなかったという認識が対立し、この認識の下で、イギリスに定住所を有するイギリス人がフランスでイギリス方式でした遺言はイギリスで有効であると主張されたのであった。

11 ところで、Falconbridge が示唆してフランスおよびベルギーの裁判所が実質的に採用して <sup>(17)</sup>Barin が明らかに肯

認したアプローチ、すなわち、問題のような遺言の有効性を決すべきことになった裁判所は、その $\wedge$ 本質的有効性 $\vee$ のために遺言者の対人法に依頼し、その方式的有効性のために作成地の法に依頼すべきであるというアプローチを辿るならば、法性決定の予想された困難は自筆遺言のケースにおいては消失するであろうと、思われる。その上、以上のことは本論文で示唆したアプローチの有用性を、すなわち、第二次法性決定は、法性を決定するべき規則がその(法体系の)一部を成すところの法体系の法によって成しとげられるべきものであるということ、明示するであろう。<sup>(18)</sup>

(17) (1930-1) Recueil des Cours 576 — 116 に紹介してある。

(18) [略する]。