



Title	自筆遺言の法性に関する議論について（2・完） ー法の発生のおくみー
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, Noboru
Citation	北大法学論集, 48(4), 47-90
Issue Date	1997-12-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15732
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(4)_p47-90.pdf



論
說

自筆遺言の法性に関する議論について（二・完）

——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

（以上、四八卷三号）

（以上、本号）

四 分析と整理

1 自筆遺言（の禁止）の法性についてのものの考え方のいろいろをできる限り集めた。これからこれらを分析する。分析の視点は、どういう刺激が、どういう問題を意識させたか、また問題解決を目ざしてどういう発想をひき起こしたかを推測することである。意識された問題ごとに分析と整理を試みる。

2 場面の設定

a 甲国の裁判所に提起された訴訟において、乙国に国籍（及び定住所）を有する者が甲国において（甲国に定める方式に従って）作成した自筆遺言の無効が主張された場面を設定する。甲国裁判所の裁判官は、法による裁判に義務づけられるときは、無効か有効かを決するために適用されるべき法規を認識しなければならぬ。

（1）甲国がドイツまたはフランスであるときは、それは制定法規であろうし、イギリスであるときは、それは判例法規であろう。

b 甲国裁判所の裁判官は甲国において通用する法を適用することになる。甲国の裁判であるからには甲国の法しか適用することができないはずである。甲国レベルでのみ物事を考える限り、訴訟手続については甲国の民事訴訟（手続）法を適用し、遺言の効力については甲国の民事実体法を適用することになる。裁判官は、適用すべき手続法規及び実体法規を認識する。

c 甲国は、自筆遺言を（一定の方式を満たす限り）許す内国実体法規を有すると設定する。そうすると、甲国裁判官

は、甲国レベルでのみ物事を考えるならば、当該遺言を有効とすることになる。ところが、訴訟当事者の主張は当該遺言の無効である。この無効の根拠を、遺言者の本国である乙国の内国実体法が自筆遺言を乙国以外の国において（当該国の定める方式に従って）作成した場合についても禁止することに見いだしていると、設定しよう。このような主張自体を無視して顧みないという議論は見当たらない。この主張を受け止めて、その理由の有無を検討するというのが今日まで見られるところである。いかなる刺激が人をしてそのようにしむけるのか。

3 無効の主張がなぜでてくるか

a 無効の主張は実質的には乙国の実体法の適用の主張である。⁽¹⁾ 甲国の裁判官は甲国の憲法及び法律のみを適用する義務がある。外国の法を適用するのは、甲国の法がそれを指示する場合に限る。甲国の法の指示に従うときは、外国の法の適用は甲国の法の適用の結果にほかならない。当該事件につき、甲国において通用することを甲国が認めた法規を適用することになるのである。だから、無効の主張は、乙国の当該実体法規が甲国において当該事件につき通用することを認めるべしとの主張を基本にもつ。それは、甲国法は当該事件について乙国法の当該規定の適用を指示しているという甲国法解釈⁽²⁾（甲国法認識）にほかならない。

(1)、(2) 右の甲国法解釈は、右の無効の主張に理論構成の衣を着せるものである。人を刺激するものは効力を生じさせるべきでないと思わせるところのものである。それは生活実感に根ざすものであるはずである。

b 甲国の裁判所が乙国の民事実体法を適用するとはどういうことか。主権国家から成る世界においては、国家法の効力が及ぶ範囲は主権が及ぶ範囲すなわち領域である。他国の主権が及ぶ範囲に侵入することはできない。法は人を拘束

するものである。国家法である私法はその国家の領域に在る人に効力を及ぼす。領域内に在る在りかたが、領域内に国籍を有することであれ、居住することであれ、一時滞在することであれ。すなわち、外国に国籍を有する者にも、その国に在る限り、——効力が及ぶ事項を度外視すれば——、効力が及ぶ。

他方において、主権国家は、主権が支配する国民をもつ。国民が存在しない主権国家は在りえない。そして、国民とは、その国に国籍をもつものをいう。国家法である私法はその国家に国籍を有する人に効力を及ぼす。それは主権の支配の表現である。この支配は、——効力が及ぶ事項を度外視すれば——、その人が外国に在るときでも、その人に、法の効力が及ぶという形式で、及ぶ。

こうして、甲国に乙国人が在るときは、乙国人に、——効力が及ぶ事項を度外視するならば——甲国の法のいわば属地的効力と乙国の法のいわば属人的効力とが競合することになる。効力の内容が同じであるときは事実上問題は生じないであろう。しかし、効力の内容が異なるとき、とくに、（無効と有効のように）反対であるときには、甲国裁判所は、いかなる法を適用すべきかという問題に直面する。そして、甲国の裁判所が乙国の民事実体法を適用するということは、乙国法のいわば属人的効力を承認することである。このような刺激に人はどのような反応を示したか。

注 生活文化を異にする地域圏においては法文化も異にする面が多い。異った生活文化圏に出入りする生活需要は経済の展開に伴って増大する。このような社会的事実状況が、甲国圏において乙国圏の人がした行為につきどのように処理すべきかを考えさせるのである。

4 人は既存の抵触規則を手掛かりとするという反応を示した。当該の遺言について甲国の裁判所はいかなる法規がこ

れを規制するかをたんに認識するという反應は表面にはでていない。既存の抵触規則は、①法律行為の方式は行為地法による、②法律行為の能力は人の本国法による、であった。裁判官が法を適用して裁判するとき、そこでいう法は裁判官にとって所与のものであるという発想は根拠のあるものであった。所与の法のなかでは右の①と②が事案を処理するのにもっとも役立つものであると考えられたのであろう。しかし、法規の命題は抽象の概念から成る。これにより、具体的な案件を処理するには「あてはめ」(包摂)をしなければならぬ。この「あてはめ」において、人はさまざまの問題を意識し、迷うことがあった。以下において、その問題のひとつひとつを追うことにする。ちなみに、①も②も、多くの国が共通にもつ抵触規則であった。

5 「方式」について

a 遺言が、法律行為の方式は行為地法によるという規則の「法律行為」にあてはまると人は判断した。⁽¹⁾これを争うものはみあたらない。

b 「自筆」は、公正証書と同じく、「方式」にあてはまると人は判断した。⁽¹⁾方式の概念の内包を意思表示の外面の形成とする限り、「自筆」が概念上「方式」にあてはまるのはとうぜんであろう。

(1) 一3 a、一4、一5 a、二2、二3 c、二4 (1)、二4 (3)、二4 (4)、二5 b、三5 参照。

c しかし、自筆遺言を禁止する法規が存する場合にも、「自筆」は「方式」にあてはまるとして、その行為地の法が自筆遺言を許す場合に、右禁止法規を無視することが許されるか。人はこの点に問題を感じた。方式は行為地法によるという規則は、行為地法によるものが相当であるものは行為地法によるという判断を基礎とするところ、本国法により禁止された方式の法律行為もその効力を行為地法によらしめてよいものか、という問題であったと思われる。このこと

は能力のことと併行して論じられた。よって項を改める。

6 自筆遺言の「禁止」と遺言「能力」

a 「自筆」が遺言の「方式」の一種であることに争いが無い。したがって、自筆遺言を禁止する法規は自筆方式を禁止するものである。このことから、この禁止規定を方式の定めとみる見方があった(一、一五a)。しかし、ある方式を禁止することは「方式」の概念にあてはまるものではない。では、それはいったいどこか。人は、真正の無能力を創造する(二四(4)参照)、一種の無能力を課すること(Bartın, 二六)、能力を制限すること(二四(6)、三七(10))、能力の範囲の限定(二一)、遺言の権能の制限(二四)、遺言の自由の制限(一八)、能力と密接する(二三b)ととらえた。このようなとらえかたからは、法律行為の能力は本国法によるという抵触規則のほうを選択して準用することができる(二六 Bartın, 三〇 Beckett 参照)。このような選択と準用は本国法によるのをよしとする評価の底意と連動することなくしてはなされえないであろう。評価に裏打ちされない概念のシステムのなかでは選択のきめては得られない。自筆遺言の禁止を、能力の制限ではない(二五)、能力に触れるものでない(二三c)というとらえかたがあることがこのことを説明する。

b だが、既存の法規に手掛かりを求めるとき、既存法規が予定する法概念を無視することはできない。「能力」という法概念(二二b、二四(1)参照)のなかに、遺言が有効にできるということは含まれるが、自筆形式が有効にできるということは予定されていないだろう。人はいう、自筆遺言の禁止の規定は、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(三四 Robertson, オランダの民法旧第九九二条について)。

c 「禁止」ということに着眼するとき、方式は行為地法によるという抵触規則と能力は本国法によるという抵触規則のいずれを選択するかという課題と「禁止」とをどのようにして連結するかという問題に直面するであろう。第三の別の独立の抵触規則を認識するのではない限り。

人はこの問題に面して、方式につき二つの範疇を区別した。extrinsequeな（本質的でない、外部の）方式とintrinsicqueな（本質的な固有の）方式である。

人は、本質的な方式を能力から区別した(二二)。能力は行為の性質であり本質的な方式は行為の性格に行為を完うするやりかたであるというのである(二二)。ただし、セエス民事裁判所一八四四年八月八日判決がいう forme intrinsicque は *capacité* と区別するためのものであって、forme extrinseque から区別されるものとはされていないと解される)。このことは、方式は対人規則（本国法）と関係しないという評価と連動していた(二二)。

人はさらに、方式について、非本質的なものから本質的なものを区別した(二四(5))。そして、本質的な方式は能力にかかわるものであり、それについての法規は真正の対人規則を成すものであるとした(二四(5))。これは本質的な方式にあてはまる方式については対人規則と同様の法規制をよしとする評価と連動するものである。対人規則と同様の法規制に服するをよしとするものを本質的な方式と呼ぶということと表裏の関係にある。

だが、自筆遺言が遺言の方式の一つであるとして、このような方式は本質的な方式にあてはまるのか非本質的な方式にあてはまるのが問題として残ることになった。そして、オランダ民法（旧）第九九二条の規定については、本質的な方式を定めるものという理解(二四(5))とオランダ人の外国でした遺言の非本質的な方式を統御するものという理解(二五)とがあった。この両者の間にはどこかずれが存すると思われる。前者の理解は、オランダ法が公正証書方式以外の方式を許さないのは、公正証書方式が遺言の本質的な(intrinsicque)要件である(二四(2) Laurant)という理解

と通ずるのであろう。つまり、対人規則が適用されるべき対象であるという評価が底に存する点において共通するのであろう。なお、後者の理解が直ちに、方式は行為地法によるという抵触規則に結びつくものではなかった(二五)。直ちに繫げないところにある評価の潜在が感じられるのである。

7 「方式は行為地法による」の射程

a 乙国法が乙国民に甲国で遺言をする場合にも公正証書方式しか許さなかったこと、および甲国では自筆遺言方式が認められることを念頭におく。

b 甲国で乙国民が遺言をした場合、この遺言行為はどの法体制に服するかをきめるのはどの法か。人は、それは乙国法ではなく国際私法であるといった(二四(8)Pillet)。だが、乙国法(たとえばオランダ民法旧第九九二条)ではないというのはどういう趣旨か。当該遺言の効力を乙国裁判所は乙国法を適用して判断することを否定するものではない(二四(8)Pillet, なお15a, 116Bartin, 115Beckett)。国際私法であるというのは「方式は行為地法による」により当該遺言行為が服すべき法が定まるとしたかったのである(二四(8)Pillet)。しかし、乙国の当該法規は乙国の抵触規則の性質をもつものであるはずである。したがって、国際私法であるというのは、乙国法上も認められている抵触規則である「方式は行為地法による」が当該遺言が服すべき法をきめるものであるという趣旨であるということになる。これらの議論は、当該遺言の事項は「能力は本国法による」という抵触規則にかかる事項にあたらないというあてはめを前提としているものであった。したがって、「方式は行為地法による」という抵触規則をあてはめるべきか否かが問われるはずである。この問いに対する答えは、一方において、右の抵触規則の射程についての議論の形をとっている。

c 「方式は行為地法による」という抵触規則の射程は、他の法規との関係において論じられた。他の法規とは、乙国

法の法規（具体的にはオランダ民法旧第九九二条）ないしは「能力は本国法（対人規則）による」であった。法の規則との関係については、乙国法の法規（乙国の抵触規則の性質も有する）と「方式は行為地法による」（国際的に共通の）したがって甲国乙国の抵触規則でもある抵触規則）が論じられ、この抵触があるという前提に立つ者はいずれが貫徹するものであるかを論じた。

抵触については、それがあるといふ説とそれが無いといふ説があった。抵触があるといふ説においては、なにとなにの間にどんな抵触があるかについて、かならずしも同じではなかった。乙国内国実体法（具体的にはオランダ民法旧第九九二条）と甲国内国実体法（具体的にはフランス民法第九九九条）の間に法性決定の抵触があるとみられた（二一、二六 *Bartın*）。この見方は、乙国法規は「能力」の問題を規制したと解することを前提とすることからくるものである（二一）。この見方からすれば、甲国裁判所が乙国法（本国法）を適用するか甲国法（行為地法）を適用するかを選択することは法性決定の選択であるということになる（二六 *Bartın*）。また、乙国内国実体法（前掲）はよく知られた国際的法律である *locus regit actum* 則に抵触するとみられた（二四 (8) *Pillet*）。これは乙国内国民法の規定を適用すれば無効となり *locus regit actum* 則を適用すれば有効とされることを指すものと思われる。また、抵触は乙国の裁判所と甲国（具体的にはドイツ）の裁判所との間にあるとみられた（二五 *Beckett* (1)）。前者は当該の自筆遺言を無効とし後者はこれを有効とすることを指すものと思われる。この論者は、この抵触は、法性分類の相違からではなく甲国と乙国とが国際私法の規則を異にしそれぞれが相異なる規則を適用することから生ずると、解する（三五 *Beckett* (1)）。法性分類の相違からではないとみるのは、乙国法（具体的にはオランダ民法）は、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たと解する（三五 *Beckett* (1)）から、「能力」の問題と性質づけなくとも抵触が生ずる、という趣旨であろう。

抵觸がないという説は、方式的有効性は甲国法により判断され本質的有效性は乙国法により判断されるのが甲国の抵觸規則の適用であり、その結果、乙国法により無効であることは甲国法上も無効であることであるから、甲国と乙国の間に抵觸が起こるべくもないという(三七(八) Falconbridge)。これは乙国法の当該法規は「能力」のことであると、いう性質づけを前提としている(同上)。

どうも、抵觸があるかないかの議論は生産的であるとはいえない。

d 「方式は行為地法による」の射程は、他方において、この規則の絶対性の有無との関係において議論された。議論は一様でない。

イ 右の抵觸規範は、自立性を有する(一1、二5)。すべての法律行為に(二5)適用される。外国法が行為地の法規を十分であると認めないときでも適用すべきである(一1、一5b、二)。この議論は、当該外国法の適用を認めない。

ロ 「方式は行為地法による」が通用するのは、法律行為の対象を成す法律関係の準拠法がこれと相反するのではない限り(ドイツ立法委員会提案。二1、一5b参照。一2)、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(二4(3) Fore)、である。右抵觸規則は、外国人の本国法がある一定の方式の使用を固く禁止する場合にはその適用は熄み(二4(6)。なお三7(10) 外国人の本国法の定める公正証書方式が *intrinsic* な条件であるときはその適用はなく(二4(2) Laurant、二4(5)もみよ)、遺言者訴訟当事者ともにオランダ人であってその本国法違反があるときはその適用がない(二4b、二6。Batinはこれに賛成)。これらの議論は、外国法は絶対的なしかたで *locus regit actum* 則を除く権利を有する(二5b)という思考、あるいは、この抵觸規則はすでに長きにわたり強行性を失っており(二5b)、任意的の性格をもっと考えられる(二4(4)。なお、破棄院一九〇九年七月二〇日判決

(Dalloz, 1911, 1, 185) 後掲 12 b 注(2)、(フランスでは)公序ではない(二4 b, 二5)という理解と連動している。つまり、この抵触規則は例外を許すものであり(二4(6))、国の法律により制限を加えられべきものである(二5)。これらのいわば制限説は、本国法が準拠法である余地を残すための理論構成であって、その底に、問題の法律行為は無効たるべしという評価が存すると考えられる。

e 「方式は行為地法による」の射程について見解が分かれた。それはこのこととかわりをもつ諸事項についての見解が分かれたことと連動している。それは以上の分析から明らかであろう。注目すべきは、見解の分かれのもつとも根源的なものは、問題の自筆遺言行為に効力を認めるのをよしとするか認めないのをよしとするかであったことであると思う。それは別な言葉でいえば乙国法の定めを尊重するか否かであろう。ところで、乙国法の定めはどういうものであるという性質のものが定まらなければならない。

8 乙国法規の解釈

a 甲国の裁判所が「方式は行為地法による」を適用するとき、裁判の対象事項が方式のことであると判断が先立っている。これについては甲国法上方式のことであれば足りるのかが議論された。そして、遺言の自筆については乙国法上は方式のことであるかどうか議論された。乙国法を無視することはできないという⁽¹⁾法感が働いたのである。乙国法を考慮に入れるということになると、乙国法の自筆遺言に関する規定の性質が強行法規の性質をもつと解釈されるときはそのことも考慮にいれるかどうか、これも論じられた。

(1) 外国人がなしたその外国においては無効となるべき法律行為の効力を裁判する国において有効とみることにつき、脱法を許すことになると感じ、または国際礼儀に反すると感じ、そうならないで済むかどうかを論じたのであろうか。

b 乙国法（たとえばオランダ法）の規定が方式のこの規定か能力のこの規定かという問題はどのような性質の問題か。Bremer v. Freeman ケース判決（三10(4)注）を掲載するリポートに編者が付した判決要旨に以下の文がある（五〇八頁）。

《外国法は、その法に習熟した鑑定人の証明により確認されるべき事実の事柄⁽¹⁾（a Matter of fact）である。しかし、鑑定人の証明が不十分であり互に抵触するときは、控訴裁判所は、鑑定人らの意見の各々に帰すべき比重を確かめるために証人らを親しく審査する機会をもたないのだから、独力で、外国の裁判所および学説の決するところを、外国法の問題について満足すべき結論に至るために、精査するであらう》。

Wensleydale 卿の判決文のなかには右のように書かれていない。編者の判決理解なのであらう。

(1) Attorney-General（法務総裁）も外国法は証明されるべき事実であるといっている（五一頁）。外国法認定と事実認定が、訴訟手続においては、外国法の存在と事実の存在がいずれも要証事項であるという点では同じ扱いを受けるとしても、また認定の過程（心証形成過程）において類似するところがあるとしても、また、外国法がどうあるかということはどういう解釈があるかということになることにおいても事実がどうあるかという場合と似るものがあるとしても、外国法を認識の対象とするときは事実認定と全く同じであるか、問題がなお存するように思われる。しかし、本稿においてはこれ以上深入りしない。

(2) オランダ民法第九九二条について、オランダの判例は遺言の自由の制限を見るのであったが、オランダの通説は方式の規定と見ていた状況において、BGH一九六七年一月二二日判決（「法性決定論の諸相」(3)四2、本稿一1）は方式の規定であると解釈した。これは、オランダの通説に従ったのか、独力の結論としてオランダの通説と同じ結論に至ったのか。いずれにせよ、BGHはオランダの判例を知らなかったと批判された（「法性決定論の諸相」(3)四2c※※）。デュッセルドルフOLG一九六三年二月六日決定（一5a）は、オランダの判例・学説は民法第九九二条違反の遺言を無効とする、と理解している（能力がないからか、方式違反だからか、禁止違反だからか、この点はいまのところわからない）。

c いずれにせよ、Bremer v. Freeman ケースにおいては、フランス法はいかようにあるかが当事者双方のためにフランスの判例・学説が多数引用されて詳細に議論された。ドイツの判例（一1、一4）は外国法の規定の意味するところはその外国法の立場から評価するといっている。いずれも当然のことと思われる。

d オランダ民法第九二条については、オランダ法の立場として、その立法目的はなんであるかが論じられた。それは要するにオランダ国民（の財産。三7(10)）を守ることであった。なにかを守るのか。軽率性急から（一1）、誘惑から（二1）、無反省から（二4）、瞞着と入れ智恵の危険から（二4(6)）、重大な危険から（二6 Barin）守ると論じられた。このことから該規定の規制の強さはひき出された（同条違反の遺言は無効であること）。しかし、該規定が方式のことにかかるものであるかどうかを決するには至らなかった。そのことについては前記のように見方が分かれたことがこれを物語る。では、人はいったい、なんのためにオランダ法の規定がいかにあるかを（甲国裁判所はなんのために乙国法がいかにあるかを）調べたのか。

9 乙国法規の解釈と甲国の抵触規則

a 甲国の裁判所は、受訴事件の問題事項（たとえば自筆遺言の効力）に関し、「方式は行為地法による」と「能力等は本国法による」との抵触規則をもつ場合に、問題事項に適用すべき準拠実質法を定めるために、いずれの抵触規則によるかという問題に直面する。これに対応するには、——（抽象的な規範の次元で論ずる限り）——当該事項は方式のことか能力のことかという先決問題を処理しなければならない。

b これを処理する基準たる法は甲国の法であると人は論じた（一1、一4、二1b、三7(10)）。それが甲国の内国実体法であるならば、それによれば自筆は許される方式であるときは、乙国法を考慮に入れる余地はないことになろう。

それが甲国の抵触規則である（一1、一4、二4注2(8) Pillai）とするならば、抵触規則は処理する基準たりえないのではあるまいか。抵触規則は、方式ならば行為地法による、能力等ならば本国法による、と定めるのみで、あることが方式のことか能力のことかを識別する規則ではないのである。そうすると、「甲国の法による」というのは、甲国が乙国の当該法規制と同じもしくは類似の法規制を甲国の法として認めるといふことになろうか（一1参照）。そして、認めるか認めないかは甲国の裁判所が乙国法に拘束されずに決することなのであろう（二7(8)、三5(6) Beckett参照）。

c 法性決定を甲国の法によるといいながら乙国法はいかにあるかを考慮するのはなぜだろうか。なかんずく、甲国の内国実体法によれば自筆方式の遺言は有効で、乙国の内国実体法によれば自筆方式の遺言は無効である場合に右の考慮をするのはなぜであろうか。ドイツの判例（一1）は、外国法を外国法の立場から評価しかつドイツの法秩序の諸制度との調和をはかる（vergleichen）といっている。では、どういふ具体相をもって調和といふのか。

d デュッセルドルフOLG一九六三年二月六日決定（一5 a）は、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とする、と理解しながら（一5 a④）、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ととらえている（一5 a⑥）。これが《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に属するものとする》（一1）ことの一例で、これがいわゆる調和なのであろう。これは、オランダ法の規定が、ドイツ法の抵触規則のうち、ドイツ民法施行法第一一条第二項第二文と連結させられたことである。これが調和の名に値するか否かはここでは取り上げること控える。ここではこのような連結がいかようにして成立したかが関心の的である。

e 乙国法の実体法の規定の法的意味が判明したとき甲国の裁判所はこれにどう反應するか。前掲（d）はその一例であらう（なお、三5(6) Beckett 参照）。だが、以下のような反應もあった。

《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》 (三7 (8) Falconbridge)。

この二つの反應のちがいは、前者が、自筆は方式のことだからとしたのに対し、後者は、自筆方式の禁止を、方式のことではあるが能力のことでもあるとしたところにあると思われる。「実体はむしろ、前者は、当該遺言は有効であるべきであるからという底意を基とし、後者は、当該遺言は無効であるべきであるからという底意を基としている、ということであろう」。

10 乙国法規と甲国の抵触規則の連結の真因

a オランダ民法第九九二条については、フランスがこ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いう反應があった(二4 (1)付 Goeffier)。また、それ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という反應もあった(二4 (8) Pilet)。この反應は、能力のことではないとする理くつづけにつながった。また、イギリス人に自筆遺言を禁止するイギリス法により否定された自筆遺言をフランスにおいてすることをイギリス人遺言者に強いるものはないという反應もあった(二3 b)。これは、能力のことであるという理由づけもしくは説明を伴っていた。つまり、これらの反應は、自筆遺言の禁止が方式のことか能力のことかを解決する芽をもつものではなかった。また、能力は本国法によるとしても主権の侵犯は感じられていないのであった。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っていることだけでその遺言を方式有効と扱うことは、オランダにとってひどく異常にあたることになるはずである(一6 Raape)という反應も注目を惹く。

b 人は、法律行為を外国でする場合にその外国の方式によることを考えた。乙国人が甲国で法律行為をするのは法律効果を生じさせるためであるが、甲国が認めない乙国の方式で法律行為をしたのでは、甲国で法律行為を完成することはできないだろう（二二 b ⑤）とか、甲国の方式によるのでなければ、乙国人は乙国の外にあるときは自分の定住所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ことによって遺言をすることが妨げられる（二三 c、二四 (1)）とか、人はいった。これらは、法が法律行為の方式を定めることの意味を背景にもっている。

c 乙国人が甲国で遺言をする場合と甲国人が乙国で遺言をする場合が比べられた。甲国人が乙国でした行為が甲国法と全く異なるものであっても乙国法に従ったときは、そうするしかなく、方式について有効として受けとるべきであり、乙国人が甲国で遺言をした場合も同様である（二四 Renault）といわれた。これは、方式は行為地法によることに根拠を与えるものである。他方において以下のようにもいわれた。

《法は、理性との、市民法とのそして国際法との調和の中に存する。法は、外国在の旅行者もしくは滞在者 (resident) が置かれるところの、物理的な、道徳的なそして知的な一切の環境を考慮の中にいれる。法は外国に在る者に、彼がたまたま在る国で用いられる方式に——彼がその国の言語および法律に精通するならば——よって遺言を作成するか、フランスの方式で——彼がそれを好んでそれを採ることができるときは選ぶならば——遺言を作成するか、二者択一を与える。事実、フランス法の眼には、フランスの方式はより好ましいと考えられておりまた考えられなければならない。フランス法が、遺言の作成において用いられるべく外国の方式を指示してこれを許すのは、補足的な道としてに過ぎない。帰化したのでもなくフランスにおいて定住所を設けることを許可された（ナポレオン法典第一三條（一九二七年削除）を指す——筆者）のでもない外国人については、旅行者であれ単なる滞在者であれ、立場を逆にして、決定（どちらを選ぶかの決定——筆者）は、同じ理由にもとづき、同じであるはずである。外国人が自国の方式および言語において遺言を作成することができないならば、必然的に、彼は自分が存する国において用いられる方式を採用しなければならず、こうした遺言は有効であろう。しかし、外国の語 (tongue) で表現したり書いたりすることが困難であり不便であることが、また、その国の法ならびに慣習を全く知らな

いことが、自国——ここでは彼の遺言は完成したものとなるべきものである——において用いられる方式に頼らざるを得なくするならば、このような遺言は有効ではないと、どちらの国でも、いかにして宣言することができるだろうか？〔できはしないだろう〕》（Bremer v. Freeman, English Reports, vol. 14, 1901, 五二三—五二四頁）。ちなみに、一九二七年八月一〇日法律により削除された第一三条は《皇帝の許可によりその定住所をフランスに設けることを許容された外国人は、フランスにおいて、居住しつづける限り、一切の諸権利を享受する》というものであった。

外国で遺言をするものは、当該外国の方式によってすべきものか、自国の方式によってすべきものか。こういう問題の存在を自覚させるものである（たんなる旅行者が遺言をする場合にとくに問題が浮彫りされる。— 6 Rapee）。それは、方式を法により課することの意味を問わせるものである。

d 人は以下のような議論もした。相続を念頭においてである。

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り、したがって、無遺言相続であればイギリス法が適用されることになるときは、フランスで遺言をするイギリス人にフランス法上の遺言方式を強制するいわれはなく、イギリス法上の遺言方式が遵守されるべきである（二3 b）〔後掲12 b注(2)の判決もみよ〕。

オランダ人がフランスでした自筆遺言（オランダ民法上は無効）については、オランダ人のオランダにある動産をオランダ人が相続することになることをオランダ人が争う訴訟においては、これらオランダ人らに共通のオランダ法違反をとりあげべきで、方式は行為地法に服するという規則を採用すべきではない（二4 b）。

これらは事案の事実状態（関係者関係財産が同一の国に属すること）に刺激された反應である。

11 方式に関する法の定め根拠

a 乙国法規（たとえばオランダ民法旧第九九二条）と甲国抵触規制（たとえば、方式は行為地法による）を連結させる根拠のなかに、方式とはどういうものかについての理解が存するように思われる。

b 「方式は行為地法による」は、たんにあるひとつの国の抵触規則にとどまるのではないといわれている。それは、各国のこの規則の適用への黙示の合意がある（二四(1)付 Gaffier）ものであるとか、国際法の原則である（二四(3) Fiore — 判例の引用）とか、国際の法律である（二四(8) Dille）とか、国際慣行に由来するものとして普遍的に受容されているものである（二五 b）とかわれた。つまり、どの国も承認するものである。国境を越えて承認されるゆえんはなにか。

c 人はいった、《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》と（二二 b）。しかし、たとえば、オランダ人がフランスにおいてオランダでしたならば無効である自筆方式の遺言をした場合に、オランダにおいてもすこしの疑いも残さないという趣旨なのであろうか。

人は、前述のように、「方式は行為地法による」の原則に例外ないしは制限を認めたり、その強行規定性を否定して（二五 b）任意規定性を認めたりした（二四(4) Renault）。また、この原則自体が公序であるのではない（二四 b ⑤）とか、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る（二五 b ④）ともいわれた。

ある国がその国の定めとして遺言にある方式を課するとき、その方式によりさえすればすこしの疑いも残らないと考えるからである、ということとは理解することができる。だが、別の国は別の方式によらなければすこしの疑いも残らな

いとはいえないと考えることがあろう。国内における伝統、習慣、カルチュアの違いが遺言の方式の法的な規制およびその強さに反映するものようである。たとえば、フランスのカルチュアにおいては、フランス人は、フランスで遺言をする場合には、フランス法上の遺言方式(自筆遺言)を課するが、オランダで遺言をする場合には、オランダ法上の遺言方式(公正証書遺言)によることも承認するのであった(フランス民法第九九条)。どうやら、「方式は行為地法による」という抽象的な事柄の国際的普遍性よりは、遺言の方式の国際的普遍性に眼を向けるべきであるように思われる。

12 遺言の方式に関する国際的普遍性

a 一九六一年一〇月五日、ハーグにおいて、遺言処分の方式に関する法の抵触についての条約が結ばれた(一九六四年一月五日発効)。その第一条は遺言処分は方式に関しては以下に掲げる内国法に叶うならば有効であると定めた。以下に掲げられたものはaからeまであって、aは、遺言者が遺言処分をした場所の内国法である(United Nations — Treaty Series, 1964, vol. 510, p. 176)⁽¹⁾。

- (1) 川上太郎訳が神戸法学雑誌一三卷二号一九六三年にみられる。ちなみに、第一条のbからeまでをわたくしの訳で紹介する。
 - b 遺言者が、あるいは遺言処分をした時に、あるいはその死亡の時に、国籍をもった国の内国法、もしくは
 - c 遺言者が、あるいは遺言処分をした時に、あるいはその死亡の時に、その定住所をもったところの場所の内国法、もしくは
 - d 遺言者が、あるいは遺言処分をした時に、あるいはその死亡の時に、その常居所をもったところの場所の内国法、もしくは
 - e 不動産については、その所在の場所の内国法。
- なお、第五条は、許された遺言処分の方式を制限しかつ遺言者の国籍につながる規定は、本条約の目的においては、方式の領域に属するものとみなす、と定めた。

b オランダは一九八二年に右のハーグ条約を批准した。条約第一一条は自筆遺言について留保することができる趣旨を定めていたが、オランダは留保をしなかった (Batiffol, I, 476)。そうすると、オランダは、オランダ人がフランスで自筆遺言をした場合に、それがフランス法に叶っているならば、オランダにおいても有効と扱うことになるはずである。⁽¹⁾ フランス民法第九九条は、フランス人がオランダで公正証書遺言をした場合に、それがオランダ法に叶っているならば、これをフランスにおいて有効としたのであった。⁽²⁾

(1) Soergel, BGB, II Aufl., Band 8, 1983, Vor Art. 24 (Kegel), 43, 120 参照。

一九六一年ハーグ条約を無留保で批准することにより、オランダ国籍を有することとなつて遺言の方式を公正証書方式に制限するオランダ民法第九九条の規定は、右条約との関係では、その第五条(前掲)により、方式のことの規定とみなされることとなった。これで、右第九九条が、能力にかかるとか方式にかかるとかの問題は過去の遺物となった。Batiffol が、歴史的遺物となったといった (Batiffol, I, 476) のは右の意味であろう。

「方式のことの規定とみなすこと」によって、オランダ民法第九九条の規定は、抵触規則との関係については、「能力等は本国法による」ではなく、「方式は行為地法による」と結びつけられることになった。オランダ国民に対し遺言の方式を制限するオランダ法の規定は、この制限に反する規定を行為地法がもつ場合に、その属人性を行為地国において貫徹することができないことになるのである。

オランダ法が無効の制裁の下に公正証書方式以外の方式を認めなかった時期に、ドイツでも(民法旧第二二三一条第二項)フランスでも(民法第九九条)自筆 (eigenhändig, olographe) 方式を許していた。一九六一年ハーグ条約から一九八二年オランダの批准まで、オランダが批准しなかったのはなぜか。まだ調べがっていない。Kegel は、オランダは、右条約に加入と同時に第九九条を廃止したと書いている (ibid.)。

(2) フランスの判例は、自筆遺言方式と公正証書方式に限定せず、むしろ、一般的に、外国にあるフランス人がその外国の法の定める遺言の方式に従つてなした遺言はフランスにおいて有効であるとしている (Batiffol, I, 419)。そして、フランスにある外国人がその本国の法の定める遺言の方式に従つてなした遺言も——フランス法の認めない方式であっても——フラ

ンスにおいて有効であるとしている（同上）。たとえば次に掲げる判例である。これは非常に重要な判例であるとされている。

破棄院一九〇九年七月二〇日判決 (Daloz, 1911, 1, 185 ; Revue du droit international privé, 1909, 900 ; Clunet, 1909, 1096)

事実——独身女 *Netterville*、アイルランドの出。定住所（その届出はしてない）がパリであった一八九三年一月二九日死亡。遺産は動産で大部分はイングランドにおいて預けられた有価証券。一八九三年一月二六日にパリで遺言。イギリス法（一八三七年七月三日法第九条）に適合した（フランス法上の三つの種類のどれにも当たらない）方式（パリで事務所をもつイギリス人ソリタとその事務員の立会の下で第三者が筆記し、本人が署名した）。内容は、イギリス国民 *Gesling* を包括受遺者としたことその他。死者の姪 *Vidiz*、イギリスの出だが婚姻によりオーストリア国籍。遺言の無効を訴求した。フランス法に従って遺言を作成すべきであったと主張した。第一審セエヌ裁判所は遺言の有効を認めた。*Vidiz* が控訴。パリ控訴院一八九八年二月二日判決は、一審判決取消。*Gesling* が破棄申立。破棄院一九〇一年七月二九日判決は、このパリ控訴院判決を破棄し、オルレアン控訴院に移送。

オルレアン控訴院一九〇四年二月二四日判決は遺言を無効とした。要旨のみ引用する。①イギリス人の遺言者が居所をもつたフランスにおいてイギリス法に従って遺言をする能力（*capacite*）をもつという第一審裁判官の判決理由は誤りである。②遺言の方式は本質的にそれがなされた国の法に服するのがフランス民法の原則である。③*locus regit actum* は明文の規定になっていなくても、その適用は裁判所にとって *facultative*（任意の）ではなくて公序であるとみなされるべきである。④フランス人が外国でフランス法の定める方式に適合してした自筆遺言はフランスにおいては有効であるが外国の裁判所にそのように認めることを強いるものではない。⑤イギリスの方式でフランスにおいて作成された *Netterville* の遺言は無効である。*Gesling* が破棄申立をした。

破棄院判決要旨——①行為の外側の方式はそれがなされた国の法によって統御される。②遺言についてもこれがあてはまる。③しかし、このルールは私署遺言（*testament privé*）に関しては任意的（*facultative*）である。④このルールは、フランス人が外国で、また外国人がフランスで遺言をするさいに、その本国法が認める方式かその所在する地の法が要求する方式か、いずれかを選択する権利を与えるだけのことである。⑤第九九条の理由と同じ理由で、フランスにある外国人は、

フランスにおいて、フランス法が定めた方式種類の一つか、自国の法により認められる方式の一つか、いづれかを採用して遺言することができる。⑥ *Netterville* の遺言がイギリス法に照らして有効であったかを探究しなかつたのは違法。⑦ よって、原判決を破棄し、*Amiens* 控訴院に移送。

この破棄院判決は、本件の審理における「*Procureur général* (la cour (控訴院または破棄院)付きの検事長) *Baudouin* の意見に添うものであった。この破棄院判決については「*Politis* G 評注 (*Dalloz*, 1911, 1, 188) L. T. G 注 (*Clunet*, 1909, 1132) および無署名の注 (*Revue du droit international privé*, 1909, 914) があつた。

a *Baudouin* 意見は三四頁にわたる。それは、自己の法解釈論を述べ、*locus regit actum* の沿革、一八世紀及び一九世紀のフランスの判例・学説の分析、当時の諸外国の立法例の紹介を素材としたからであつた。彼は、諸事情に即した解釈がとくに国際私法において重要であるとした(一〇九八—一〇九五頁)。「解釈者が置かれた環境を構成する諸事実が刺激となつてその者の法的認識が形成されるということをわたくしはとらえる」。彼のいうことをわたくしなりに理解しつつ紹介する。

①問題は、イギリス人がフランスでイギリス法に適合する遺言(フランス法には存しない方式)をした場合に、フランスの裁判所はこれを有効とみるかである(一一〇五頁)。「乙国人が甲国で遺言をし、これが乙国法に方式上適合するが甲国法的方式に適合しないとき、甲国の裁判所はこれを有効とみるか、というふうに一般的な型としてとらえることができる」。

②*Baudouin* は、遺言(*forme* (方法)を*publique* (公の)と*privée* (私の)に分けた(一一〇六、一一〇九頁)。分ける基準は*officier public* (公の)法制上の担当者への介入・関与の有無である。そして本件のイギリス人のした遺言は*privée* の範疇に入るとした(一一〇六頁)〔概念上はそのとおりである〕。

③彼は本件の遺言の方式を、フランス法上の遺言の方式とつきあわせさせた。そして、自筆証書の要件も公正証書の要件も満たさないと確認した(一一〇六頁)〔それに当たるものとして効力を認めることはできないことになる〕。

④彼はしかし、本件遺言はフランス法第九九九条にいうところの公証証書(*acte authentique*)と同一視される(*assimilé*)とした(一一〇六—一一〇七頁)。「どのような意味の同一視か」第九九九条は外国で遺言をするフランス人に遺言の方式を与えたものである。それを*acte sous signature privée* (私署証書)と*acte authentique* (公証証書)の二種とした。後者は、当該外国の法が公証の性質を与えるところの方式をいうのであつて(一一〇六頁)、「そういうものであれば *officier public* の関与がなくてもよい(一一〇七頁)。「公証証書は公証力を有する。公証力を有するものであれば概念上公証証書

にあたらぬ証書でも、公証証書と同様の効力を認めてよい。そういう証書は公証証書とみなされる（*reputé*）または同一視される（*assimilé*）。こういうことであろう。ある法的評価が、あてはめの根拠になっている。ちなみに、フランス民法第九六九条は公証人証書のことを *acte public* とよんでいる。これは *assimilation utilitatis causa*（効用の原因による同一視）〔効用が同じだから同一と扱う〕である。イギリスの遺言の方式〔*officer public* の関与はなく、二人の証人の立会〕の公証性はイギリスにおいてのみ通用するのではなく、イギリスの領土を超えて通用する（一一〇七頁）。〔フランス人が外国で遺言する場合のフランス法の態度と外国人がフランスで遺言する場合のフランス法の態度を対比して同様に扱おうと考える伏線のようにある〕。

⑤ Baudouin は、事案の遺言を *forme privée* の範疇に入れる（前掲）。フランス法の自筆遺言（*testament olographe*）も *forme privée* の範疇に入れる。〔フランス人が外国で *acte sous signature privée* により遺言をする場合〕（フランス民法第九九九条）と外国人がフランスで *olographe*（フランス民法第九六九条）の遺言をする場合とを対比しているのか。そして、私署方式の遺言を規制する法は *statut personnel*（人の法規、本国法）か否かを検討した（一一〇八―一一〇九頁）。結論として、それは *locus regit actum* 則が管轄するとする。そして、*locus regit actum* 則について、その沿革、その射程、それが強行的か任意的か、それと遺言の方式との関係、などを論じた。

⑥ 沿革的には、*locus regit actum* 則は *forme publique* の遺言に関するものであった（一一〇九頁）。ローマ法が通用し各地方にその慣習（*coutume*）が通用し、不動産の所在地の慣習が通用した時期に、その地方にきたよそのものがその地方の慣習に従った遺言は有効かが問題となった。封建制が強固であった時期においては、慣習の属地性（*territorialité*）は厳格で、地方の法〔*loi locale*〕に適合する遺言の有効性はその法の法域地の範囲内に限られた。封建制は衰え涉外関係（*relations internationales*）が拡張した。これに伴いフランスにおいてはあまねく *locus regit actum* 則が認められた（一一一〇頁）。〔が、乙域の人が甲域において甲域の慣習法に従った遺言を——乙域の慣習法に叶わないにも拘らず——乙域の裁判所が認めることができるか。できるならばそれはなぜか〕。

⑦ それは *raison*（合理的）と *équité*（衡平）が要請した妥協（*transaction*）である（一一一〇頁）。人が外国で病気になる遺言したいとき、多くの場合、その外国の *officer public* に頼ることになる。ところがこの人たちは、その病人の本国の法を知らない。一五世紀から一七世紀にかけてはとくにそうであった。だから外国の *officer* に頼るときはその者

はその国の法に従って遺言の作成に関与することになる。人は本来はその本国法にしか服しないものであるが、右のような場合、外国人に対する*favens*（好意）によりそして*equité*（衡平）により、外国人旅行者の正当な需要に譲歩して（一一二頁）、外国法に服するという事で外国において受け入れられるならば、そして当該外国法に適合して作成された証書が、その後援用されるどこでも有効であるとするならば、それは*raison*（理性）に合致するものである（一一二頁）。「ここに*locus resti actum* という法が人の心の中に発生するのを見る。それは、ある時代のある社会的諸環境事実が人の心を刺激してそれへの反應を人の均衡感が行なったものに外ならない」。

⑧行為地の*officier public* が関与して行為地法に適合して作成された遺言は、どの国においても、有効とされるといふことは、*locus resti actum* 則に、どの国においても適用されるべきものであるという強行法規性、絶対性を付与するものである（一一一頁、一一一八頁）。しかし、それは*forme publique* の遺言についてそうなのである。*forme privée* の遺言についても同じであるとはとうぜんはいえない（一一二頁）。遺言者が私文書を作成するのは遺言者の本国法に従つてするのであり、遺言者が外国にあるときもこのことに変わりはない。これが本来の原則である（一一二頁）。遺言者が外国に在る場合にその外国の法によってする遺言を認めるのは前述のように好意と衡平に基づく。これは例外である〔本国法原則の例外である。*forme publique* の遺言のための例外である。*forme privée* の遺言について、この例外があるのではない〕。原則は依然として存在する。したがって、この例外を遵守することは義務的ではなく任意的事であるとすることは自然であり論理的である（一一二頁）。

⑨ナポレオン法典制定以前には、義務説と非義務説が対立していた（一一四〜一二〇頁）。Baudouin は義務説の論拠をいちいち論駁している（一一七〜一一八頁）。義務説——遺言者が所在する地の法以外の方式を実用することは通常不可能もしくは困難である。反駁——そのことは、*locus resti actum* 則を、外国人のための地方の法に依頼する権利を正当化するものとしては完璧であるが、そこからそうしなければならないという義務は出てくるのか？ 義務説——方式は確かなものでなければならぬから、外国において遺言をする者に、本国法がその者が所在する地の法を選択させなかったのである。反駁——選択させてよいかどうかを論ずるのに、選択させなかったというのは理由にならない。義務説——*officier public* その他遺言書を起草する権能を有する者は、その性格をその国の法律からのみ付与されるのだから、その国の方式を遵守しなければならない。反駁——*forme publique* の遺言についてはまことにその通り、しかし、*officier public*

に依存しない *forme privée* の遺言についてこれを適用するのは合理的でなく可能でない（一一一七～一一一八頁）。また、Baudouin は以下のような「義務説に対する」反感情も紹介している。一六八八年以来フランスに流入したイギリス人亡命者たちは、方式に関して、イギリスにおいて実務がそうであったように遺言することができ、そのような方式の遺言はフランスにおいて有効であるとみられた（一一一九頁）。

⑩ ナポレオン法典制定の経緯を立法資料などによって Baudouin は調べた（一一一八～一一二二頁）。要するにこうであった（一一二〇頁）。*locus regit actum* をどのように明文化するかについて、関係する立法の諸機関においてさまざまに議論された（一一二〇～一一二二頁）。そしてついにナポレオン法典中に明文の形をもたないという結果に終わった。総則規定とすることが困難であったのである（一一二二頁）。第三条は警察・安全・不動産に関し外国人もフランス法に服するとするが、行為の方式を規制するフランス法に服すべき旨を規定する法規はない（一一二七頁）。第九九条はむしろその逆である（一一二八条）。

⑪ そこで、*locus regit actum* 則は否定されたという解釈と肯定された（ただし条文とはしない）という解釈に分れた。Baudouin は、場合わけをして適用すること、その限界を画すること、それを時代の要求に応じて発展させることを、一言でいえば、この前進性をもつ仕事を裁判実務に委ねることが了解されたのであると解釈する（一一二三頁、Portalis を引用する）。「法が具体的事実、時代の要求との接触において具体的に発生することを示すものと思われる」。このことは、*locus regit actum* は頑固不動のものでないことを示す（一一二三頁）。一八〇四年の立法者は *locus regit actum* 則を遵守することをただ任意のものとしか理解しなかった（一一二三頁）。現にフランス民法第九九条は《……することができるとする（pourra）》と定めている。これは *locus regit actum* 則の単純任意性を示すものである（一一二四頁）。そして、フランス民法第九九条はフランス人が外国でフランス法に適合して私署証書遺言をすることができるとしている。これはフランス人のためのみに、*locus regit actum* の例外をつくるものである（同上）。「では、外国人がフランスにおいて遺言をする場合には、*locus regit actum* が絶対に適用されるのか。民法第九九条から、その反対解釈をするのか、類推解釈をするか。いずれにせよ、それはある価値判断をすることを前提とする」。

⑫ 外国人は、昔は敵であった。今日ではよそ者（*aubin*）以上ではない。かかる外国人をフランス人のためには許される

規則から排除しなければならぬというべきなのか？（一一二四頁）。第九九九条の規定は、その動機（*motifs*）はフランス人にも外国人にも当てはまる合理性ある規則である。このような規則を主題とするときフランス人と外国人の違いを問題にする理由はない。現行実定法は外国人を特別に扱うときは明文で定める。フランス人についてしか述べない規定については、それが外国人に適用されるかどうかを知るために、規定の動機がなんであるかを研究し、外国人にも適用されるかどうかを見なければならぬ（一一二四—一一二五頁）。外国人を別扱いする根拠はみあたらない。人は外国にあるときはその外国の被支配市民（*subject*）であるからその外国の法に適合する義務が生ずるといふことが、それはその国の社会秩序公共の安全に触れる法（刑事警察、手続、税の法など）についてはそうであるが、行為の *forme pivee* はその国の安全に触れるか？行為者のみが私署証書の主人であるから、その方式と、その方式が力を借りるものがない領域（*territoire*）との間にはなんのつながりもない（一一二五頁）。破棄院判例は、行為の方式は《本質的に（*essentiellement*）》それがなされた国の法律、慣習、慣用に服するというのが国際法の原則であるという。しかし、民法第九九九条ははつきりと行為した地の法を排除〔する例外を〕している。方式は行為地法によるという規則はフランス人について *essentielle* でない。一方とつて *essence* であるものは他方にとつてもそうなのである（一一二五頁）。外国人については違うのだとなぜ欲するのか。人は、それはフランスにおいて公序であるという。しかし、イギリス人がフランスでイギリス方式の遺言をすることはフランスの公的平和、社会のよき秩序、善良な風俗にどうかかわるのか？〔かわりはない〕。イギリス方式の遺言は、遺言書を認証しこれに署名する二人の証人の前で遺言者の意思を明示することを要求しているから、ほんとうは、遺言者の自由をいっそう保障すると思われ、この点においてフランス方式とほとんど違はない（一一二六頁）。

⑬ フランス人が外国でしたフランス式の遺言を有効と見ることとイギリス人がフランスでしたイギリス式の遺言を有効とみることは双互主義（*le principe de réciprocité*）のことではない。フランスにおいてともに並存することである。外国がその国でしたフランス人のフランス式（であつてその国の方式でない）の遺言を無効とすることはできるのである。祖国の外で祖国の法的方式で遺言するフランス人と外国人の間には、類似（*analogie*）、完全な一致（*identité complète*）がある。フランス人と外国人は同じ位置状況（*situation*）にある。〔同じとみることはすでにひとつの評価である〕。この同じ位置状況のために、二つの量りと二つの尺度を立てるかわりに彼らと同じしかたで扱うのがとうぜんである（一一二六頁）。それが *bonne raison*（よき理性）であり（一一二六頁）、*bon sens*（よき感性）である（一一二八頁）。

④要するに、locus regit actum 則は通用する。しかし、それを遵守することは義務的でない(一一二六頁)。それは制定法規となっていないから、場合により遵守しなくても、いわゆる法律違反は存しない(一一二七頁)。その適用においては裁判官にある一定の裁量の自由 (liberté d'appréciation) がある。場合分けをし、équité (衡平) をもって、社会関係の——十分に理解された——利害関係状況に従って、それを適用することが属するのは裁判官にである(一一二七頁)。

(学説の多数、判例、外国の文献、外国法、国際条約案も、今日、任意説である。一一二八—一一三〇頁)。もともと、locus regit actum 則は実務の有用性 (utilité pratique) の目的で、外国人に与えられた便宜 (facilité) として (例外として) 制度化した。それはこの設定の目的に反して展開させられることはできない。今日の時代においては、正義 (justice) と理性 (raison) の法則に従って国際的な諸交流を組織づける方向にいくべきである(一一三二頁)。そのためには、その障害となるようなことを人に課することは避けるべきである。明文のないところで日々の需要に應じない、誤っているとされた抽象的なシステムの名において、世界の異なる諸国の間の友好関係を損なうところのがまんだできない枷を課することは避けるべきである(一一三一頁)。「ここに、ひとつの価値観が存するのを見る」。

b Politis の評注——Dalloz において三六五行を占める。うち、四七行が問題の位置づけ、一二五行がBaudouin 意見の紹介、一九三行が本件判決に対するコメントである。このコメントのうちわたくしが関心をもった点を紹介する。

①外国人はその遺言を自国の法が定める公証の (authentique) 方式で作ることを欲すると想定すべきものである(この経験則のごときも法の人の人における発生を刺激する要素であろう)。本件はそのようなケースであった。イギリス法は遺言の一個の方式しか認めずしかもそれを公証のものと考え、ようである。このような遺言はフランスで有効に作られることができるか? 外国法がかかる遺言に付着せしめた性格のいかんにより解決が異なるといふものではない。当該外国の法により必要とされた方式に従うことが実質的に (matériellement) 可能であるかどうかが唯一のポイントである。もし、否ならば、問題はもはや存しない。もし、肯であるならば、その遺言の有効は疑うべくもない。外国法においては公証のものである、フランスにおいてはその遺言は私文書 (acte privé) でしかない。それが公証人により起草されたときでも、それはそうであるべきものであろう。この公証人が外国法の方式に従って起草することに同意したところの遺言を無効と結論する理由はない。この場合、公証人は司法付属吏 (officier ministériel) の職務範囲において証書作りをするのではなく遺言者により自由に選ばれた私人として行動するものである。疑いなく、この種の遺言はフランスでは公証の書 (acte authentique)

ではなく、私署証書に相当する。つまるところ、かつてより外国人遺言者に認められた選択の権利は私的遺言にしか適用されないとしても、その起草が実質的にフランスにおいて可能であるものはすべて、その性格が外国法上どんなものであれ、「フランスでは」私署証書とみるべきである。フランスの公正の遺言のみが必要にフランスの方式に服するのである。〔要するに Baudouin と同旨〕。

② イギリス人がフランスでイギリス方式の遺言を公証人の起草により作った場合、それはフランスの証書としては無効でイギリスの証書としては有効であるが、イギリス人遺言者がどの法の下に位置することを欲していたかを探求することは、フランスの事実認定裁判官の権限に属する。諸事情から彼はフランスの方式を欲していたことになるときは、彼の遺言はイギリス法により必要とされた諸条件のすべてを充足していても、無効とされるべきものである。

③ 「公序について」オルレアン控訴院判決やパリ控訴院判決は *locus regit actum* 則の適用は公序とみられるべきであるとするが、これは正しくない。イギリス人がその国において慣用される方式で終意を表明することを許されるという事実によりフランスの社会がトラブルにさらされないことは疑いない。

④ 「衡平について」フランス法は、遺言による処分の眞摯さを確保し、不確かさを避け、訴訟が起こることを減らす目的で、遺言者の自由を制限すべきであると考えた。フランス法が、遺言の方式を指示するのは、この公共利益 (*intérêt public*) から着想してのことである。この公共利益がかかわるときはいつでも、遺言者の国籍により区別することなく、フランス法の規定が遵守されることは理論の当然である。この公共利益が存するところでは、内国人よりより大きな自由を外国人に放置すること、他方には禁止されている方式により遺言することを一方に許すこと、は不条理である。「本件」破棄院が加担したところの教義 (*doctrine*) はたいへんに衡平のもの (*équitable*) であるので、その適用はフランス法が念頭におく「[公共の]利益が問題とされるのではないケースに限定されるべきである。」「どういふふうに限定するか。本判決の射程でもある」。

⑤ 外国人で、財産を本国に有し相続はそこで決済され、フランスには一時滞在 (*de passage*)、という人がある。この場合には、それが原因で彼の最後の意思が問題とされるところの不確かさはフランスの社会と利害関係をもたない。遺言者が外国の方式 (*forme locale*) で遺言をする便宜をもつはずであっても、自国の法の方式を使用することをその者に禁止するなどの理由もない。しかし、外国人で、フランスに常住し (*resident*)、フランスに財産を有し、フランスにその業務の中心をもつ者がある。この場合には、*locus regit actum* 則の義務的な適用は、妨げであるには程遠く、好都合しか提供しない。

本件のイギリス人は前者にあたる。財産は動産でイギリスに存在し、相続人もしくは受遺者はフランス国籍ではない。このような状況は、イギリス法に従ってなされた遺言の有効性を承認するのに不都合なものはないことを示す。フランスの利害関係は問題とされず、フランス法の義務的適用を正当視することができるものはない。

⑥右に掲げた区別は民法典の精神と調和し実務の必要にも叶う。限定しないで適用すると、外国人に認められる選択の権利は複雑に至るリスクを、とりわけイギリス人によりフランスにおいて作られた遺言について、冒すことになろう。イギリス法は、遺言の起草において従うべき方式を定めるために、相続財産の構成物を考慮に入れる。不動産に関しては、イギリス法はその所在地の法に従って作られた遺言しか有効と認めない。動産に関しては、イギリス法は、遺言者に、彼の現住所の方式、遺言作成地の方式、出身イギリス本国の定住所の方式のなかでの選択をまかせる。だから、フランスにある不動産が問題とされるときは、フランスで遺言をするイギリス人にフランスの方式を課することが利点である。なぜならそのように起草された遺言のみがイギリスにおいて価値あるものであるから。イギリスに在る動産が問題とされるときは、フランスにおいてイギリス法に従って作られた遺言は、遺言者が、イギリスに現住所も、出身地住所も——帰化イギリス人にはありうること——もたないときは、イギリスにおいて無効であろう。フランスの裁判所は、フランスで作られた遺言の有効性を、フランス法の観点に身を置いてしか評価することができない、といえよう。「しかし」外国で遺言をすることになったことはフランスの裁判所を見えていないのである。遺言者はただ、外国の方式か本国の方式を選択することが自由で、自分のしたことに最大の効用を保証する法を選ぶことが彼の権限に属する、ということに専心しなければならない。ところが、法は、明文の規定がないことによって、裁判所に大巾な裁量評価の権能をゆだねた。そのときは、裁判所が法の本質と実務上の利益をもつともよく調和する解決を優先選択すべく探求するのが全く自然である。

c. L. T. の注——五七行の短い注。眼をひいたもののみを拾う。

①破棄院(審理部)は、一八五三年三月九日に、私署遺言につき、地方の方式 (la forme locale. 「作成地外国法の方式」) は強行的 (imperative) であると宣言した。本判決は locus regit actum 則は任意的 (facultative) でしかないと宣言する。これは針路の旋回 (revirement) である。その間に五六年を経た。学問において優勢であった教義を裁可したもので、近代の生活の諸要求との調和 (harmonie) をはかつたものである。「フランスにおける判例変更の一例として興味を覚える」。

②本件は以下に紹介する判決を経た。セエヌ裁判所一八九五年六月二八日判決(被告G勝訴)。パリ控訴院一八九八年一

二月二日判決（原告V勝訴）、破棄院（審理部）一九〇〇年判決（破棄申立許可）、破棄院（民事部）一九〇一年七月二九日判決（被告勝訴）、オルレアン控訴院一九〇四年二月二四日判決（原告勝訴）、破棄院（審理部）一九〇五年七月一二日判決（破棄申立許可）。そして本判決。アミアン控訴院が判決すれば第八回目となる。アミアン控訴院はパリ控訴院やオルレアン控訴院の先例の教義を好んでとる自由を有する。もし、そうしたら、また破棄院にくるだろう。破棄院は連合部で判決するだろう（第九回目）。そして破棄院は破棄移送するだろう。この移送を受けた控訴院が最後（第一〇回目）である。この最後の控訴院は、法律（一八三七年四月一日法律）により、法律の点において、破棄院の決定に従わなければならないであろう。

d 無署名の注——六八行。

① 本件までの半世紀の間にこの種の問題は今回で四回目。第一回ルーアン控訴院一八九八年五月七日判決と第二回Papeete 裁判所判決は有効とした。第三回目の事件は、セエヌ裁判所は有効としたが、パリ控訴院は無効とし、破棄院（審理部）一八五三年三月九日判決はこれを支持した（破棄申立を許可しなかった）。第四回目の事件が本件である。

② 本件判決に影響を与えたのはBaudouin の意見書とLane の研究（Cunet, 1907, 833）である。これらにつけ加えるものはない。ただ三点だけつけ加えよう。1. *locus regit actum* 則は他を補足する規則にすぎない。しかし、本国法をか、定住所の法をか、それとも裁判官の法 (*loi du juge* [判例法のことか]) をか。この問題は手つかずのままである。2. 本件判例により肯定された原則でもって、フランスにおいては、一九〇四年の相続と遺言に関するハーグ条約第三条第一項についての、留保されていた署名への抵抗の一つの原因は消えると、人は考えることができるだろう。しかし、フランスの判例のかかる旋回が起こらなかったとしても、パリ控訴院の一八五二年三月二五日および一八九八年一月二日判決、およびオルレアン控訴院一九〇四年二月二四日判決は、すでに、明文の国際条約は行為の外的的方式に関しては、属地性の原則に背く可能性があることを認識していた。「行為地法の属地性の強行は否定され任意説に至ることは時間の問題であったということか」。3. 判例はつねにハーグの諸決定の高い教義上の価値に、それが、純粹に理論的で、それがまだ実定法であるのではない場合でも、敏感である。だから、フランスの判例の幸いなる変化をつまるところなんのせいにするかといえ、教義の影響だけではなくハーグ法の影響にするのが適當である。「相続財産が不動産の場合と動産の場合との区別に触れたところは省略する」。

c ドイツ民法は当初から自筆遺言方式を一定の形式を課したうえで法認していた(旧第二二二二条二号)。今日でもこのことに基本的には変りない(第二二二二条二号、第二二二四七条)。これが公の遺言(Öffentliches Testament、公証人の公証による)と並んで認められた点も変りはない(第二二二二条一号)。また、ドイツの抵触規則は、法律行為の方式は、その法律行為の対象を構成する法律関係のために基準であるところの法により規定されるとし(民法施行法第一条第一項一文)、『しかれども法律行為がなされた場所の法の遵守で十分とすると定める(同第二文)。Kegelは前者の法を行為の法(Geschäftsrecht)とか(Soergel, BGB, 1983, Art. 11, 1)、『作用の法(Wirkungsrecht)とか(Soergel, ibid, vor Art. 24, 40)名づけ、後者の法を(行為)場所の法(Ortsrecht)と名づけている(Soergel, ibid, Art. 11, 1)』。すなわち、『ある人の遺言書は、(その人がいずれの法を選択して遺言をしたかにかかわらず。Soergel, ibid, Art. 11(Kegel) 1) 行為の法に適合するか行為地法に適合すれば、ドイツの裁判所ではこれを有効とするということである。そして、ドイツでは、自筆方式遺言の効力を認めないことも遺言の「方式」のこととされてきた。その結果、オランダ人がオランダ内国法に反する自筆遺言をドイツでした場合にその形式がドイツ法に適合するときはドイツの裁判所はこれを(方式上)有効としたのであった。逆に、ドイツ人がドイツ内国法によれば自筆遺言をすることができない(BGB § 2247, Abs. (4)) 場合(たとえば未成年)でも、自筆遺言を許す外国でその外国の法に適合してなした遺言はドイツにおいて方式上有効であるとKegelは解する(Soergel, ibid., vor Art. 24 (Kegel) 41)』。一九六一年のハーグ条約(一九六六年一月一日ドイツにおいて発効)⁽²⁾はその内容においてドイツの従前の扱いを支持する働きをしたといえよう(条約第五条 Kegel, ibid.)。

(1) 異見があることを示している。自説の理由はそこでは述べられていない。

(2) 留保はしていながら(BGB—RGRK, Band VI, 1 Teilband, 1981, S. 699)。

d 大英連合王国は、一九六三年一月六日、ハーグ条約第九条の定めるところの、第一条第三項と異なることを定める権利を留保して、一九六一年ハーグ条約を批准した(前掲 United Nations-Treaty Series, 1964, vol. 510, p. 176, 177. 注1)。これに應じて、一九六三年遺言法が制定された(一九六四年一月一日発効(第七条第二項))。Halsbury's Statutes of England and Wales, 4th ed. vol. 50, p. 184)。

(イ) 一九六三年、遺言法第一条方式有効性に関する総則——遺言書はそれが完成された領域(territory)において、またはその完成のもしくは遺言者の死亡の時に彼が定住した(was domiciled)もしくは常居所(habitual residence)をもったところの領域において、または右の時のいずれかの時に彼が国民であったところの国家(state)において効力がある内国法に適合するときは、適当に(property)完成されたものと扱われるものとする。

DiceyのRule 140 (II, 1987, 1011)の第一項はこれをそのままとったものであるが、territoryがルール一四〇においてはcountryとならざる。

(ロ) 一九六三年遺言法第三条方式のと扱われるための要件——(本法によると否とを問わず)連合王国の外で効力がある法が遺言との関係において適用されることになるときは、遺言者が記述のさいに特殊の方式が遵守されるべしとする、もしくは遺言書の完成のための証人は一定の資格を有すべしとする、当該法の定める要件は、当該法の規定が反対の趣旨であっても、方式の要件としてのみ扱われるべきものとする。[これは、一九六一年ハーグ条約第五条を反映したものである (Ibid. vol. 50, p. 186, Notes)]。

(ハ) DiceyのRule 140 に付したコメントを紹介する。

① コモン・ロウにおいては、不動産に関する遺言は lex situs (所在地方) により規定される方式に従わなければならない。これはそのまま Dicey の Rule 141 になつてゐる。不動産に関する遺言は遺言者の最後の定住所 (domicile) の法により規定された方式に従わなければならない。後者のルールは、たとえば遺言者が遺言完成後に定住所を変更したり、定住所の国以外の国で致命の病になつた場合に、大きな不都合と苛酷をもたらした。そこで、裁判所は、遺言者の最後の定住所の国の法 (domestic law) か、その(国の)法の抵触規則によつてリファーされる法体系の自国法 (domestic law) かの

いずれかによって規定される方式に従った遺言を検認することを許すことによつて、コモン・ロウの嚴格さに柔軟さを入れたい。一八六一年遺言法はその他の方式をも許して選択を許した。しかし一八六一年法はイギリス国民にのみ通用するものであった。その上同法は条文作成が拙劣で悪評あるものであった。一九六三年遺言法はこれにとつて代わつた（一〇一二頁）。「遺言の方式に関して、実務上の不便という事実が人の法感覚を刺激して法が人において発生することを知らしめるものである」。

②遺言者がA国に定住し、B国に常居所を有し、C国の国民であり、遺言の完成の時と死亡の時の間にこの三つの全てを変えたときは、彼が利用できる六個の——もしくは、違う国で遺言を作るならば七個の——法のシステムより少ない選択を有する。このことは法の抵触に関する限り方式の無効からほとんどすべての遺言を救済するのに十分であるはずである。本法は、遺言をどんな遺言的文書（instrument）もしくは行為（act）をも含むほど広く定義する。本法は、遺言者が完成した遺言の文書のすべてが同一の法システムに適合しなければならぬという要件を含んでいない。かくして、遺言と六つの追加条項のそれぞれが、その方式の有効性を別々のシステムから引き出すことができよう（一〇一三頁）。

※なながこのようなことを法にまで結晶させたか。人の法感覚が社会の需要を刺激として受けとめ、リファアされる法システムの法が定める方式は、方式としては異なるものであつても、その機能においては終意の正確さを保障するに足ると認められる点において同じであるという評価が一般的になつたからではないのか。

③本法は、徹底して、本法が認めるいろいろのシステムの内国法を「直接に」リファアする。かくして、本法により許された法のシステムの抵触規則から右のもの以外のシステムをリファアすることは排斥される。しかし、本法は、明示的にも黙示的にも、遺言の方式の有効性に関して反致（renvoi）の教義をも、動産に関する遺言の方式の有効性が遺言者の定住所の法により統御されるといふコモン・ロウの規則をも、廃止しない。こういうことから、出身に基づくイギリスの定住所と選択に基づくイタリヤの定住所をもつイギリス人が動産に関する遺言を作り、それがイギリス自国法によれば方式上有効であるがイタリヤ自国法によれば方式上無効である場合に、イタリヤの裁判所がその遺言を方式上有効とみるだろことが証明されるならば、本法第一条および第六条第二項によるのではなく、イタリヤ法からの反致の道によつて、イギリスにおいて検認することが許されることができよう。（以上、一〇一五頁）。

④いくつかの外国の法のシステムの下では、ある種の遺言者は遺言を特殊の方式においてのみすることができるとえ

ばドイツ法においては、一六才以上一八才以下の遺言者は公証人証書方式でのみ遺言を作ることができる。このような規定は方式に関する規定か能力に関する規定か、大陸法曹の間で長い間論争された。本法第三条はこの問題に決着をつけた（以上、一〇一六頁）。「決着のつけかたは、要件を方式上の要件と扱うことである。これは、準拠法を採求するにさいし、方式の準拠法を採求することにしたものであるといつてよい。これは方式の準拠法であるものに準拠することが相当である」という評価を基とする。そして、それゆえにこそ、方式の準拠法としてみとめられる法の種類が豊かにされたのであろう」。

五 結 語

素材（一、二および三）を分析整理（四）してえられるところの法の発生の機序（しくみ）を画いてみよう。

1 予備的な前提

a 自分の意思により自分の財産を処分することが通用する社会生活関係が存する生活圏において人が自分の死亡を条件として自分の財産を処分する意思が通用することを希望しその需要が生ずるのは自然の成行きであろう。遺言の意思は遺言者の死亡後に通用すべきものであるから、遺言者の死亡後にその意思の存在を確認することができる手段があることが希望され社会の需要となる。その手段として、遺言書が存するに至ったこともこれもまた自然の成行きであろう。

注 11 頭の遺言について、破棄院一九五九年四月二日判決（*Dalloz*, 1959, 521）を紹介しておく。

事実——フランス人 *Dufrene*、一九四一年に、妻に全財産につき *donation de l'universalité*（包括贈与）をした。妻は一九三九年以来、Cの情婦であり、これがフランスの「第二次大戦終了による」解放まで続いた。妻はその間に夫の武器所持をドイツ人らに密告していた。*Dufrene* はドイツ軍に捕えられ、死刑の宣告を受けたが、一二年の禁錮重労働に減刑され、一

九四五年 Seburg 刑務所（ドイツ）でチフスで死亡した。死ぬ六日前には書く力を失っていた。同じ房に Zempowicz がいた。D は Z に房内で、終意として、妻は相続しないこと、すべての自分の財産は自分の両親に帰すること、を欲すると表明した。この事実につき、Z は、元捕虜省 (ministère des Anciens prisonniers) の担当官に証言書 (attestation) を提出し、これは受理された。D の妻は、一九四九年七月二一日、配偶者密告者として、メッツの軍事裁判所で、敵への内通のかどで、一〇年の強制労働と二〇年の滞在禁止に処せられた。が、一九五二年五月二日のデクレにより恩赦を受けた。

D の母 Leort は D の妻を訴え、妻を相続から廃除する口頭遺言の有効確認と前の遺言の取消を求めた。第一審請求認容。パリ控訴院控訴棄却。破棄申立棄却。

破棄申立理由から——フランス民法第九九条はフランス人に外国においてはその国により定められた公証の方式によってしか遺言することを許さない。公証の保証のない口頭の遺言はフランスの国際公序に反する。

破棄申立棄却判理由から——控訴院は、戦争捕虜、人質、ナチ迫害犠牲者に関する地方の法 (lois locales) の明文を考慮に入れて、係争の意思表示を形式において公証のものでかつ正常のもの (authentique et régulière en la forme) と考えるに至った。外国法についてのかかる〔控訴院の〕解釈は至高のもの (souveraine)〔制度上それに不服を申し立てることができない〕である。かかる法の本案への適用は、事案の諸状況 (circonstances) にかんがみ、主張された公序に反するものではない。Duffene が置かれた状況 (situation) は前記諸法が予定した状況の中に含まれるものであると控訴院は黙示的に認めた。この認定も控訴院の至高の機能に属し、しかも必然の認定である。

コメント——本件につき、裁判所は、法性論議をしていない。本件のような遺言について、「能力は本国法による」と「方式は行為地法による」のいずれが選択され適用されるべきかの論議をしていない。遺言の国際的効力についてはもともと右のような論議をしなくてすむものであることを示しているかのようである。

b 遺言があったときは遺言者の死亡により遺言者の終意が効果を表すというルールが人の生活関係を統御するものとして発生する。これは自然の成行きとして、それから相当の確率をもって人の真実の終意を推測することができる遺言者が存在するときは、その内容どおりの遺言意思があったとするというルールを伴う。かくして、どのような方式の遺

言書が存在すれば足りるかという問題がそこに存するに至る。そして、これこれの方式の遺言書が存在するときは（反証なき限り）そこに表明されている意思は真正の終意（と推定されそ）の効力を生ずるというルールが成立する。相続に関係する遺言につき法が一定の方式を要件として課する根拠はなにかについてのより詳しい説明は Harder に譲る（Soergel, BGB, 11 Aufl., Band 7, 1982, Vor § 2229 (Harder), 1）。

注 遺言書は遺言の外形であり遺言意思の外的表現である。遺言意思（遺言の内容である処分意思と遺言をする意思）を社会関係において通用するものとするには遺言者が死後に遺した遺言書から遺言者の真意を汲みとることができなければならない。これが「外形」がもつ働きである。「外形」から真意を推測するのは経験則の作用である。「外形」の成立の手續が遺言者の真意を反映するのに十分であるかが問題であり、その判断も経験則に依存する。そして、人の経験則は人の社会生活圏により異なることがありうる。経験則は人の社会生活上の経験を基礎とするものであるからである。

c 遺言の方式の法による定めは国（一定の社会生活圏）により一様ではない。ある社会生活圏に適した（＝遺言書として安心して受けとることができる）方式がとうぜん他の社会生活圏に適するものとは限らない。当該社会生活圏における民情、習慣等々がそこにおいて適する方式を生み出すのが自然の成行きであらう。

注 遺言の方式については、方式の種類とどの方式にも共通の方式（日付、作成場所、署名など）を区別して観察することが必要であらう。

遺言の方式の判定は法政策的（rechtspolitisch. Harder, ibid.）のことである。その国民にとって、その方式が使いやすい、その方式で作成することが廉価である、その方式に適合しておればそれだけによって終意の証明に役立つ、その方式は守られやすい、ものであることなどが制定の狙いであるはずである（四12 b 注2 破棄院判決 b Politz ⑤参照）

オランダで自筆方式が認められなかったのは、自筆方式がオランダでは右の狙いに役立たないと考えられたからであるはずである。ドイツでは、自筆方式の要素として定められたことが形式的に厳格であったので、無効の自筆遺言が多発し、これを実質的に有効とみる判例の努力も十分に効を奏せず、一九三八年の遺言法、一九五三年の法律統一法 (GesEinhG)、一九六九年の書証法 (Beurkundungsgesetz) を経て今日に至っている。すなわち、小さな形式的瑕疵により無効とされることがないようにされたのである (Harder, § 2247, 1~6, Vor § 2229, 1~6)。自筆方式はこれに課する方式によっては守られないことが多いことをオランダは懸念して、これを認めなかったのであろうか。いずれにせよ、オランダ国民の自筆方式に対する反應が社会的現実として存在したはずであり、これが自筆遺言を法制度とすることを妨げたと思われる。

d 遺言を書面とする習慣に基づき、その形式を法定して、遺言が法制度化された。法制度の遺言書には、公正証書遺言、自筆遺言その他の種類の方式が考案された。いずれも遺言を書面化する目的の実現を企図するものであった。遺言書は書面の方式がどうであれ人の終意処分が外的に表現するものである。それから人の終意を推測することができるのである。これらの方式に種々の形式を法が要求したのは、この推測が確かなものであることを確保するためおよびその他であった。したがって、自筆遺言方式がある国の法が否定する場合に、その理由は自筆であること自体にあるのではなくたはずである。それは自筆方式をその国の人々が効果があるしかたで使いこなせなかったからであるはずである。そうであるならば、使いこなせるようになれば、それが法となったはずである。人の社会生活において、それから確実に人の終意を推定することができるような自筆遺言をすることに人が馴れることによって、人にその効力を承認する法感覚が発生し、制定法がこれを制度にまで結晶させる、こういうことがあったのではなからうか。

2 財産を処分する意思は、意思に基づく財産の処分を認める国（社会生活圏）ならばどの国においても、通用すべきものである。ところが死後に効果を生ずる処分意思の外形として認められるものはどの国においても同じであるとは限らない。そこで、遺言の方式の違いが終意の普遍的通用の障害となる。人の生活活動の拡がりの障害となる。すなわち、遺言者が現に存在する地において有効に遺言をする便宜が供与される社会的需要があった。この需要に応ずる方法は、まず、自国以外の地で自国の方式でした遺言も自国以外の地でその地の方式でした遺言も、自国では有効と扱われることであつた。

注 作業仮設として、甲国においては公正証書方式しか通用せず、乙国では、自筆方式しか通用せず、丙国では第三者筆記二人の証人の立会署名の方式しか通用しないとす。人の終意は、それが正常なものであつても、いずれか一国の方式で遺言書を作成したのでは、他の二国においては、通用しない。これが通用するとするならばそこに法があるはずである。通用するに至る過程は法の生成の過程であるといふことができる。

3 甲国において、自筆方式と公正証書方式を認め、甲国人が乙国で乙国式の公正証書方式により遺言をしたときは、その甲国での通用を認めるとする例がある（フランス民法第九九条⁽¹⁾）。これにより、そのような遺言は甲国と乙国の双方において通用する。前述の障害の一部が除かれる。これは社会の需要がそうさせたものである（二二b⑤、四10b）。しかし、それを可能ならしめたものは、公正証書方式であれば甲国式のそれであれ乙国式のそれであれその機能に差がないから甲国において通用することに差支えないという実態であるのではなからうか。このような実態の土壌に、遺言者がその現に在る地においてその地において通用する公証の証書の遺言書を作成したときは、その遺言書は遺言者の本国において通用するというルールが発生するものとみられる。このルールを含むより一般的なそれだけにより抽象的な

ルールの型がフランスにおける *locus regit actum* 則である。このこと自体は国により異なるところがあるものではないであろう。これが古くからの国際の承認するところといわれる所以であろう。⁽²⁾

(1) 甲国人（たとえばフランス人）が乙国（たとえばドイツ）で乙国式の自筆証書（たとえば、ドイツ民法第二二四七条）により遺言をしたときも、形式的には、同じ型である。しかしフランス民法第九九条は、フランス式（民法第九七〇条）の自筆証書を要求している。ドイツ民法第二二四七条の方式とフランス民法第九七〇条の方式とを評価上同じにみるかみないかの問題がある。外国式の自筆証書をも許すようなルールが生成することは十分にありうることであろう。

(2) しかしながら、ある具体の事案について、この抽象的な *locus regit actum* 則を適用すべきかという視点を出発点として、法判断を下そうとするならば、*locus regit actum* 則の射程はどの範囲かについて併せて判断することを避けることはできないであろう。

4 甲国において、自筆方式と公正証書方式を認め、甲国人が乙国で甲国式の自筆方式により遺言をしたときに、その甲国での通用を認めたとする例がある（フランス民法第九九条⁽¹⁾）。この例においては、乙国においては自筆遺言がそもそも無効であるという場合に問題が生ずる。同一人の自筆遺言が甲国では通用するが乙国では通用しない事態はなくすべきであるという法感が生まれた。人の終意はどこの国においても通用すべきものであるという法感が基礎に存するはずである。

(1) つまり、甲国人がどこで甲国式の遺言をしようが、甲国ではその遺言は通用する。これはとうぜんの原則である。

(2) 乙国人の自筆遺言は甲国においては有効であっても乙国においては無効であることは差し支えないという評価もありえた。しかしながら、人の社会生活行動の効果が異なる社会生活圏の双方にまたがって生ずべきことが社会の発展に伴い希望されると、同一人の自筆遺言の効力は普遍的であるべしとされてくる。ところが、乙国人の乙国での自筆遺言が無効であることは、乙国人の甲国での自筆遺言もまた無効であり、この無効は甲国においても貫かれるべきである、ということ、甲国で許さ

れるがゆえに甲国において有効な自筆遺言は、乙国においても有効であると貫かれるべきで、乙国人がした遺言についても変りはない、ということとは両立しない。

5 この法感、右遺言が乙国では通用しなくても甲国では通用するということに誘う。ついで、乙国でも通用するというに誘う。前者については、他国で遺言をするとき、自国の方式で遺言をする手続上の手段が存するときはそれによることを妨げるものはないという評価により、甲国（自国）で通用することがルールになった。このルールは *locus regit actum* の適用を拒否するものである。

注 そのフランス的論理的武装は、人はその本国法により遺言するのが原則であるから、*locus regit actum* は行為地の法により遺言をすることの便宜を供与する例外であり、この例外は公証の証書による遺言の場合のための例外であるから、例外は広く認めるべきでないということにより、自筆遺言については原則に戻るべきである、というのであった（四12 b 注（2）Baudouin 意見参照）。

6 甲国人が乙国で甲国では通用するが乙国では通用しない方式で遺言をした場合に乙国でも通用することが必要であった。乙国人についても、甲国で乙国では通用するが甲国では通用しない方式で遺言をした場合に甲国でも通用することが必要であろう。これに依じて、人がその本国法の方式により遺言をしたときはその効力はどの国においても認められるべきであるというルールが成立する。人がその本国法の方式により遺言をするのが人にもっとも期待しうべきことであるという評価があるからである（四10 b 参照）。甲国裁判所が、甲国で甲国人が甲国で通用しない乙国方式でした遺言を無効とすること、甲国で乙国人が甲国で通用しない乙国方式でした遺言を有効とすることは矛盾ではない。人は

その本国法の方式で遺言すべきものであるということ根拠にする点で相通しているからである。もっとも、このことがルールとして成り立つことは、甲国方式と乙国方式とは方式として概念上は異なるけれども遺言の安全確実を担保する点では甲乙つけ難いという基礎をもつものであろう（四12 b注（2）Baudouin 意見参照）。こういうことがないときは、甲国裁判所は、乙国方式の遺言が甲国において通用することに躊躇を覚えるであろう（前掲破棄院一九五九年四月二一日判決の事件における破棄申立理由からを参照。1 a注）。

注 遺言が社会生活において通用するには遺言が遺言書という外的形式をもつことが不可欠であり、遺言書が十分に遺言者の真意を表明するものと受けとられるには遺言書が当該真意を証明する力をもつことが必要である。遺言書の成立の手續である「方式」はこの証明力をもつことがその重要な目的である。

公正証書方式、自筆方式、イギリス法方式、それぞれ方式は異なるが、それぞれそれなりに真意の安全確実な表現の方法であると認められているはずである。そのいずれを法制度とするかは法政策のしからしめるところであるといわれる（1 C）。しかし、当該社会の社会生活に根づいたものないしは根づくであろうものを基礎として政策が定まるはずである。法によりなを強制的のものとするかと、それが真意を表現するものかは区別される。真意を表現するものなから、当該社会に定着する種類が生まれてきているのである。

ところで、遺言書が記載内容が真意であることを証明する力は経験則を基とする。証明はひとつの推定であり、推定は経験則に基づいてなされるからである。社会生活関係が個々の社会生活圏を超えて広がりを見せて行くに伴い、人の経験は豊かになり、同じ経験則をもつ人の範囲が広がる。すなわち、経験則が国際性を帯びる。右にあげた三種の遺言方式はそれぞれの社会生活圏（国）においても、それほど違わない（どんな反証が許されるかという点で多少違う程度の）証明力を認められるというものであろう。一九六一年ハーグ条約の成立の基礎にこのような実態が存したとみることができよう。

7 人がその本国の法的方式により遺言をするのは、その方式でしてきた慣習がルールになったからである（四12 b 注（2）Baudouin 意見参照）。人が社会の秩序に服するのはその社会で生きることそのことにほかならない。⁽¹⁾ その社会で生きるということは実質のことであつて形式のことではない。たとえば、乙国に国籍を有する乙国人が甲国に永住するとき、彼は甲国社会に実質的に生きるのであり、甲国社会の秩序に私的のことについては服するのである（前掲Baudouin ⑦ 参照）。このことはしかし、甲国社会において乙国人がその本国法に叶う行為をすることをとうぜん妨げるものではない（前掲Baudouin ⑧、Politis ⑥ 参照）。甲国社会の秩序が阻害されない（前掲Baudouin ⑨、Politis ⑤ 参照）限り、その自由が認められるべきであると人は評価するのである。

（1）人の社会生活関係において人に法が存する。社会で生きるとは社会生活関係に在るということである。だから、社会で生きるとはその社会生活関係の当事者である人に存する法に拘束される（法秩序に服する）ことにほかならない。

8 自筆遺言ないしはその禁止の法性の決定が論じられたのは、自筆遺言を許す甲国の裁判所が、自筆遺言を禁止する乙国の国民が甲国でした自筆遺言を有効と認めるか否かという問題をきっかけにもった。能力（等）のことか方式のことかという形で論議された。能力のことだから本国法によることにより、本国法によれば無効であるから甲国においても無効であると議論された。反対に、方式のことだから行為地法によることになり、行為地法によれば有効であるから（行為地である）甲国において有効であると議論された。これは、無効と評価すべきだから能力のことに当たる、有効と評価すべきだから方式のことに当たるといふことの裏返しである。すなわち、右のような法性決定の議論の過程のなかに、実質的に、右のような遺言の有効無効を定めるルールが人の心の中に生成してきたのを見ることができたと思う。

注 乙国人が甲国において乙国においてはその禁止により通用しないが甲国においては通用する遺言をしたときは、その遺言は甲国においては通用するというルールの成立は人の一切の環境を考慮に入れた (Bremer v. Freeman (40 10 c) Baudouin 意見 (412 b 注 2)) ところの即物的な評価を経て成立したものであった。この視点からふりかえてみると、そのような遺言は能力のことか方式のことかという枠組みを土俵にして、適用すべきルールはいずれのことを定めるルールかということ論ずることは「能力のことは本国法による」、「方式のことは行為地法による」という抽象度の高い法則を議論のための前提に置いたから起きた現象であり (前提におくこと自体は法実証主義的には誤りではないのであるが) 右のような事柄に即した評価をつまるところ必要とするのではないかと思われる。

自筆遺言を禁止する国 (乙) においては自筆遺言は無効とされる。その国の国民が自筆遺言を許す国 (甲) において自筆遺言をしたときはどうか。甲国において有効とみるのは甲国 (社会生活圏) において真意を証明する力が認められるからである。それが「方式」のことかであるのではない。「方式」のことか「能力」のことかという法性決定論議は、既存の抽象的な抵触規範のうちいずれによるべきかという思考から起こったものであった。乙国においては真意を証明する力が認められないという事態は前述のようになくなっていくであろう。そうなれば、乙国民が甲国でした自筆遺言は乙国においても有効とされるであろう。「方式」は行為地法に従う、行為地は甲国である、甲国では自筆遺言が許される。よって、当該遺言は甲国において効力を有する (従来の方) というには及ばないことになる。では乙国ではどうか。自筆遺言のいわゆる証明力を認めるに至ったときは、自筆遺言を禁止する理由の大きなものがなくなるわけであるから、もし依然としてこれを禁止するとすればそれは他の法政策的理由からであることになる。この法政策が公序にあたらないときは、乙国においてこれを無効とすることは困難になろう (前掲破棄院一九五九年四月二一日判決 (1 a 注) に潜む合理性の発展)。

だからといって、自筆遺言の禁止に反する自筆遺言の法性を論ずることが、全く無意味であるわけではないであろう。たとえば、ドイツ民法第二四七条は、未成年である者は遺言を上記の規定により作成することができない、と定める。上記の規定とは自筆で筆記しかつ署名された意思表示を許す規定である。これはある「方式」について遺言する「能力」を制限したものであるととらえることができる。これはいわば、学理上のことであろう。いわゆる法性決定の目的は、右の規定が、抵触規範のうちのどれと連結するかを定めることであろう。それは前述のようにもっとも根源的な法の発生のしくみに戻って反省する必要を伴う。

あとがき

法は人において発生する。人は同じではない。したがって、人々において同じでない法の芽がみられる。しかし、人は人として同じ面を有する。そこで人々において同じ法の芽がみられる。それがあつた社会生活圏の法となる。それは別の社会生活圏の法と似ることもあり異なることもある。私生活面をとれば似ていく傾向がみられよう。反面において、あくまで異なる面も残るであらう。異なる原因は人の、民族の、遺伝子（および環境）の相違に關係があるのであるかと想像する。これが種々のまざつた（たとえば法文化まざつた）原因であらう。裁判においても、経済・政治活動におけると同じく、このまざつた存在を許した上での判断が必要である。国内規模において、とくに国際規模において、しかし、そのためには遺伝子と法の発生との關係を究明しなければならぬような感触をもつに至つた。

一九九七年、傘壽翁