

資料
〔最終講義〕

国際私法学とわたくし

木 棚 照 一

1 はじめに

只今、ご紹介に預かりました木棚照一でございます。わたくしは、京都の立命館大学で27年勤めた後、1997年に縁有って早稲田大学にまいりまして、15年間勤めさせていただきました。早稲田大学では、国際私法、国際取引法、国際知的財産法を講義させていただきました。その中で私が最も力を入れて研究してきたのは、国際私法学ですので、最終講義として国際私法を選ばさせていただきました。わたくしが国際私法学を始めた動機や東京へ出てどのような問題に関する研究を進めたいかについては、わたくしが立命館大学を去るに当たり、「立命館大学法学部の皆さん！『またお会いいたしましょう』」と題する文章を書いておりますし、この文章は私のホームページにも掲載されております (<http://book.geocities.jp/mkdana2331/>,立命館法学部ニューズレターNo.8 (1997. 3))。そこで、本日は、国際私法に関する前提となる知識を概観し、グローバル化した現代の社会における国際私法がどうあるべきかに関するわたくしの考えを述べたうえで、わたくしが国際私法上の問題のうち、何故、相続と国際知的財産権に関する問題に着目して研究してきたのかを話してみたいのであります。そして、そのような研究が早稲田大学においてどのように展開されたか、また、わたくしが今後どのような方向で研究を進めたいと考えているかをまとめてみたいと思います。

2 属人法と属地法——サヴィニーの法律関係の本拠説との関連において

国際私法は、国境を越えた生活関係についてどの国の法を適用すべきかを定めることによって、このような生活関係の安全を保障し、それを促進しようとする法です。国際私法は、民法や商法のような問題となる法律関係を直接にどのように規律するかを定める、いわゆる実質法ではなく、法の場所的抵触を定める特殊な性質を持つ法であり、抵触法といわれることもあります。現在では、国際

私法は、当該の生活関係に最も密接な関係を有する地の法の適用を指定する法律であるとされ、これはサヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) の普遍的国際私法学を基礎としたものといわれるのが一般的です。

ところで、国際私法学においては、伝統的にそのような密接に関連する地の法というのは、財産的生活関係については属地法であり、身分及び能力については属人法であると考えられてきました。これは、一方では、法規の性質によって法規の場所的適用範囲を決定しようとした法規分類学説が人法 (statuta personalia) と物法 (statuta realia) に分け、人法は人が何処に在っても適用されるべき性質の法規であるから、自国内にいる臣民でない者には適用されないが、物法は属地的性質を持ちその領域内にある限り臣民でない者にも適用される法規であるとしたことと関連します。

もっとも、このような捉え方は、近代国際私法学においては採られてはおりません。法規の性質ではなく、属人法も属地法も単位法律関係との関係で当該法律関係の要素のうち密接な関係を示す要素、これを連結素といいますが、連結素を媒介として適用すべきものとして指定された場所の法を意味することになります。近代国際私法学は、法規分類学派の見解を否定して新たな理論を樹立したということがありますが、属人法は、国籍または住所という人と恒久的関係を示す連結点を媒介として指定される法をいい、属地法は、物の所在地、保護国、行為地など物や行為を場所と結び付ける要素を媒介として指定される法をいうこととなります。国際私法の考え方は、法規の性質から出発して考えるか、それとも法律関係の性質から出発して考えるか、という点で全く異なることとなりますが、内容的には類似した結論を継受している面があるのです。

他方では、日本の国際私法規則を定めた制定法の規定と関連しております。平成19年(2007年)1月1日に「法の適用に関する通則法」(以下、「法適用通則法」という)が施行されるまで家族関係については、平成元年(1989年)の大改正を経ながら、適用されてきた明治31年(1898年)の法例の規定とその解釈に関係いたします。明治31年法例は、明治23年(1890年)の旧法例の改正という形式を採りました。そこで、もととなった旧法例に遡ってみますと、3条1項が「人の身分及び能力はその本國法に従う」とし、2項が「親屬の關係及びその關係より生ずる權利義務についても亦同じ」と規定していました。これは、属人法の適用範囲を定めたものと解されました。4条は、「動産不動産は、その所在地法に従ふ」「然れども、相続及び遺贈については被相続人及び遺贈者の本國法に従う」と定めており(原文は、片仮名、濁点抜きとなっている)、これは、典型的に属地法に関する規定と解されました。明治31年の法例は、属人法については、国籍を異にする当事者間の親族法上の法律関係などの生じることを考慮して、単位法律関係を

細分化して、相続や遺贈については、属人法に属すべきものとみた規定になっています。

旧法例に大きな影響を与えたのは、ボアソナード（Gustav Boissonade）であるといわれています。ボアソナードの草案は、自宅で起草され、編毎にできあがった部分が民法編纂局に持ち込まれて、日本語に翻訳されていたとされています。ボアソナードに大きく影響を及ぼしていたのは、当時有力であったフランス・イタリー学派の理論であり、人の身分・能力、親族関係は本国法によるべきものと考えられました。旧法例は、17カ条からなっておりました（そのうち国際私法に関する規定は15カ条）が、旧民法の施行に関するいわゆる法典論争の結果、帝国議会で成立はしましたが、施行されないままに終わりました。

明治31年の法例は、とりわけ、ドイツのゲープハルト第一草案、第二草案を参考にして旧法例を改正したものでした。ゲープハルト草案は、サヴィニー（Friedrich Carl von Savigny）の普遍主義国際私法理論を継受し、双方的抵触規定を原則としたものでした。つまり、当時ドイツの学界において支配的となっていた各国の私法秩序が相互に等価であり、交換可能性を持つものであるから、いずれかの私法秩序を優位性を持つものとしてはならない、という見解に立っていました。もっとも、ドイツにおいては、帝国外務省やハンザ同盟諸都市の代表が、外国におけるドイツ法の適用を確保するために、外国法の適用を認める場合に相互主義的な考えを入れ得るように一方的抵触規定を原則とすべきとする見解を強く主張しました。1896年のドイツ民法施行法は、その影響を受けて一方的抵触規定、つまり、内国法であるドイツ法の適用のみを定める規定が原則とされました。しかし、1898年のわが国の法例には、そのような影響がありませんでしたので、この点についてはむしろゲープハルト草案、したがってサヴィニーの考え方に忠実な、双方的抵触規定、つまり、内国法だけではなく外国法の適用についても定める規定を原則とされました。

それでは、わが国でサヴィニーの考え方が広く受け入れられたかという点も必ずしもそうではありません。そもそも、ゲープハルト草案自体の中に、サヴィニーの見解を継受した部分とそうでない部分があった点を見落とすことができません。サヴィニーは、それまでの法規分類学派、つまり、法規の性質によって法の場所的適用範囲を決定する見解を克服して、法律関係の本拠の探求によって実質法上の法規とは異なる性質の国際私法規定を導いた学者であるといわれています。サヴィニーによると、債権契約についても当事者の意思に着目した当事者自治をいまだ認めてはおりません。しかし、サヴィニーにおいて法律関係の本拠の探求の際に最も重要な要素となるのは、関係する当事者の自由意思を基礎にした任意的服従でありました。たとえば、契約関係においては、方式については行為

地(契約締結地)に、実質については履行地に本拠があるとしましたが、その場合には、両当事者の任意的服従を根拠としていました。物権関係については、動産物権であれ不動産物権であれ、原則として、物の所在地に本拠を求めましたが、その場合に根拠とされるのは、権利者の任意的服従でした。属人法については、住所地法としていましたが、その場合にも住所の設定や変更を当事者の任意的服従で基礎づけていました(Savigny, Sytem des heutigen römischen Rechts VIII (1849) S. 110-113)。

しかし、サヴィニーのこのような部分については、受け継がれてはいないのです。それはなぜでしょうか。それは、おそらく当時のドイツにおいても属人法についてはサヴィニーの支持した住所地主義ではなく、国籍主義が支配的となっていたことと関連するように思います。任意的服従を基礎に考えるとすれば、サヴィニーの言うように住所地主義を支持することになるでしょう。しかし、民法典を制定し、民法施行法を定めようとした頃のドイツにおいては、住所主義から国籍主義に移行しようとしていたのです。1881年のゲーブハルト第一草案の理由書では、国籍主義を唱えるに当たり、「人的関係を規律する法律は、領土内における居住とか経済活動という事実には依拠するものではない。その法律の淵源は、血統によって基礎づけられた民族性である」「外国に散在する国民に国民意識及び連帯感情を絶えず喚起しておくためには、人的関係を本国法によらしめるのが最も適当である」としています。このような見解がドイツで支持される重要な契機となったのは、1886年9月10日のヴィースバーデンにおける第18回のドイツ法曹会議の議論であったといわれています(この点については、多喜寛『近代国際私法の形成と展開』(法律文化社、1979年)115頁以下に詳しい)。報告者であったウィーンの弁護士ヤック(Jacques)は、サヴィニーの見解をつぎのように批判しています。「国民意識が極めて弱かった時代…にあっては、場合ごとに住所を基礎とするという原則のみが可能であった。しかし、法の統一がなされ、または、計画され、国民意識が強まり、新たな法典編纂がおこなわれている時点からは、…事態は全く異なることになる」とし、「本国法主義の原理を基礎に置くときのみ国家間の現実的相互主義、国際間においてますます目指されるべき国際礼讓に添うのである」として、「住所地法は本国法によってとって代わられるべき」と主張しているのです。この会議に提出されたフォン・バル(Carl Ludwig von Bar)の鑑定意見書も「民族的基礎に基づく国家は、…自国民の法律関係を自国法によって判断すべき十分な根拠を有する」としていました。これに対してライプツィヒの法律顧問官フェルス(Fels)は、住所主義を擁護して、「諸国民の国民意識が特に強められ、促進されることを有益なこととは思わない。」「ドイツに住んでいる外国人(は)…ドイツの法のもとに服することを欲しているのであ

り、私法においてドイツ国民と同一の権利義務を有すべきである」というべきと主張しました。しかし、このような主張は多数の参加者の支持を得られず、この会議では、報告者の提案が受け入れられました。

要するに、わが国の明治31年法例は、このようなドイツにおける議論を背景に支持されたゲープハルト草案と旧法例における本国法主義の維持を前提としていましたので、サヴィニーの任意的服従を基礎とした法律関係の本拠説に従ってはいないのです。言い換えれば、人の自由意思による服従に基礎づけられた住所地法よりも、国民意識や連帯感情の促進、強化というような国家政策上の要素が国際私法上の連結点を基礎づける要素として重要視されたのであります。

3 現代社会における国際私法学の課題

法律の規律対象である社会が変化すれば、それにつれて法律も変化せざるを得ません。サヴィニーがいかにか先見の明のある優れた学者であったとしても、あくまで19世紀半ばまでの社会を見て、それを基礎とした理論を構築したことは認めざるを得ないのではないのでしょうか。サヴィニーの生きた時代は、国際法的共同体、田中耕太郎先生の言葉を使うとすれば、万民社会が漸くつくられつつあった時代といえるのではないのでしょうか。18世紀にイギリスではじまった産業革命の影響がヨーロッパ諸国や米国に浸透し、第二次産業革命が生じた時期と一致いたします。ドイツにおいては、まだ統一国家が成立しておらず、統一民法典の制定を目指すべきかどうかに関しいわゆる法典論争がおこなわれていた時代でもあります。

国籍主義がヨーロッパで有力になったのは、19世紀後半にヨーロッパに民族国家が成立し、民族主義が高揚され、これを背景として国籍主義を理論化したイタリアのマンチーニ（Pasquale Stanislao Mancini）の国際的活動があった時期からでした。この時期におけるヨーロッパ諸国における国籍法は、血統主義を厳格に貫き、「ひとたび臣民たれば、永遠に臣民たり」とする原則が多くの諸国で行われていました。人は国籍を有する国に居住するのが当然のことと考えられていました。それで、国籍は固定的で安定性を持った連結点と考えられました。

このような時代において発達した近代国際私法学は、属地法か、それとも属人法か、そのいずれかを単純に適用することを原則とするほかに、考える余地があまりなかったのではないのでしょうか。ところが、WTOのもとでグローバル化が進行した現代の社会では、物ばかりではなく、人や物、資本、技術、情報が自由に移動することができるようになってきました。現代の社会では、19世紀に形成され20世紀に広く行われてきた方法のみでは複雑で頻発する渉外的な紛争を妥当に解決することは難しくなってきます。普遍主義的国際私法学を前提として

も、現代社会によりふさわしい連結素が求められ、連結方法もサヴィニー型の単純連結のみではなく、新しい連結方法を工夫することが求められています。単位法律関係をどこまで細分化し、原則と例外をどのように組み合わせるべきか、などの検討を通じて、グローバル化された社会に対応できる国際私法原則がどのようなものであるべきなのかが問題とされることになっています。

それでは、このような時代に生きているわたくしの国際私法学は、どのようなものであるべきなのか。凡庸な一国際私法学者であるわたくしにこの問いかけにつき、誰でもを説得することができるような解答を示すことは、残念ながら非常に難しいのであります。そこで、直接これに答えることになるかどうかは分かりませんが、わたくしがどのような姿勢で国際私法を研究してきたかを語ることを通じて、この問題に接近してみたいと思います。

4 国際相続法をめぐる国際私法上の問題

わたくしは、国際私法を研究しようとした当初は、田中耕太郎先生の世界法の理論に影響されたためか、法性決定、反致、国際私法上の公序など国際私法総論の問題に興味を持っていました。しかし、このような問題を深く考えようとすると、国際私法の性質をどのように理解するか、というような抽象的、哲学的な問題にかかわらざるを得ません。研究を進めてゆくうちに、このような問題にいきなり取り組んだとしても、十分な成果を上げることが難しいのではないかと感じました。むしろ、より具体性を持った各論的な課題を通じてそのような問題を考えていく方が賢明ではないかと思いました。

そうした観点から、わたくしが選んだ問題は、属人法と属地法の接点としての国際相続法でした。一方では、相続法は、人の死亡によるその近親者への財産の移転という点では、親族関係の効果としての側面を持ち、属人法に服すべき性質をもちます。他方では、人の死亡による財産の清算と移転という点に着目すれば、財産法的側面を持ちます。先に述べましたように、明治23年(1890年)の旧法例は、相続を3条で定める属人法によるべき問題とせず、属地法について定めた4条の中で規定しながら、「然れども、相続及び遺贈については被相続人及び遺贈者の本国法に従ふ」としていました(以下、条文については、片仮名を平仮名に直しています)。明治31年の法例は、25条(法適用通則法36条と内容的には同じ規定です)に「相続は、被相続人の本国法に依る」という、法適用通則法36条に対応する1カ条を定めるにすぎません。この規定自体は相続の家族法的側面を重視して被相続人の死亡当時の属人法である本国法によらせる趣旨であることは、一見明快で、何の疑問も生じないように思われるかもしれません。

しかし、(法適用通則法37条1項に対応する)法例26条1項には、「遺言の成立及

び効力はその成立当時における遺言者の本国法に依る」と定めていましたので、たとえば、遺言者が遺言を作成した後、死亡するまでに、国籍を変更した場合に、遺贈の効力はどちらの規定によって定まる準拠法によるべきかが問題になります。法例の規定の起草にかかわった山田三良先生は、そこで一種の調整問題が生じるとされていましたが、わが国の通説は、26条で定めるのは、遺言という意思表示に固有な問題に関してのみであり、遺言の内容となる法律行為については、それぞれの法律行為の準拠法によるべきものとしています。その見解によりますと、遺贈は相続に関連する法律行為となりますので、相続の準拠法によることとなります。しかし、この見解によりますと、遺言の内容となる法律行為が認知であれば認知の準拠法、財団の設立に関する法律行為であれば寄付行為の準拠法によることとなります。そうなりますと、そのような法律行為を遺言であることができるかどうか、遺言者がそのような法律行為をする能力を有するかどうか、そのような法律行為の内容的効力、遺言者の選任や効力などについてもすべて各法律行為の準拠法によることとなります。しかし、遺言は、遺言者が死亡した後で効果を生じる行為ですので、その殆どの問題は相続財産との関係で生じます。むしろ、遺言の内容的な効力などの問題は一律に相続の準拠法による方が妥当ではないでしょうか。もっとも、当該法律行為の成立や効力の発生に遺言のほか戸籍吏への届出や財団設立の登記など一定の行為を必要とされる場合に、遺言執行者等がどのような行為をしなければならないかは、当該法律行為の準拠法によらなければならないこととなります（木棚照一『国際相続法の研究』（有斐閣、195年）374頁以下参照）。

国際相続法の問題を研究する際に最初に取り組んだ問題は、法例25条の「相続」に英米法上の遺産管理も含めるかどうか、でした。英米の実質相続法は、清算主義を採り、遺産にかかわる債権や債務の清算手続である遺産管理（administration of estates）を、法例の相続に含まれないものとみて条理により所在地法によるとする見解がありました。遺産債務の処理については、英米法においては、ローマ法の包括承継主義を継受しておらず、ゲルマン法から発達した清算主義が採られておりますので、人が死亡すれば、その遺産を管理する権限は権限を有する裁判所に帰属し、裁判所により選任、監督される人格代表者、遺言のない場合には、遺産管理人が、死者の債権債務を清算する手続を行い、積極財産が残った場合のみ相続人に分配することになっています。イギリスにおいては、学説上は異論もありますが、遺産管理に関する国際条約がない限り、後に述べるアメリカにおけるような遺産の所在地を問わずできる限り死者の住所地の遺産管理人に広い権限を認めるべきとする、単一原則（principle of unity）は、実務上は見いだされない、とされている（Cheshire, North & Fawcett, Private Interna-

tional Law, 14th ed. (2008) p. 1256)。ところが、アメリカ法上は、スチムソン (Edward S. Stimson) のように、遺産管理が対物的性質を有することを強調して、遺産管理が財産所在地ごとに独立に行われるべきことを主張する所在地法説とスコールズ (Eugen F. Scoles) のように、遺産の所在地という偶然的事情によって遺産債権者や相続人間で不衡平が生じないように、できる限り遺産を単一のものとして取り扱うべきとする法目的を重視して、単一の原則を主張する住所地説が対立します (木棚照一『国際相続法の研究』(有斐閣、195年) 248頁以下参照)。財産所在地の遺産管理は、州内に居住する債権者の便宜のために認められるものであるから、州内に居住しない債権者の権利主張を制限されることがあるだけに、このような見解の対立が生じます。アメリカでは、むしろ住所地説に従った判例が多くみられます。

我が国の通説は、被相続人の本国法が英米法系の法である場合に、遺産管理を含めて相続準拠法によるものとしています。この見解を前提としますと、本国法に従って選任された遺産管理人の権限は、動産に関しては原則として特別な手続を要することなく承認されるべきこととなります。しかし、たとえば、アメリカのある州で選任された遺産管理人が我が国でそのままそのアメリカの州法に従って遺産管理ができることといたしますと、日本における内国遺産債権者の保護が不十分になる可能性があります。このような内国債権者保護のためには、遺産管理についていわゆる隠れた反致を一定の要件のもとで認め、日本の裁判所で日本法による遺産管理人を選任して日本法の遺産管理をすることを認める必要が生じます。死者が日本に最後の住所を有しない場合には、日本の遺産管理人は、日本法に基づき遺産の管理清算をしたうえで、遺産債務を清算して残余財産が有り、かつ、住所地州の遺産債務の完済のために必要であれば、住所地州の遺産管理人の求めに応じて日本における遺産管理の残余財産を引き渡すべきことになるでしょう。死者が日本に最後の住所を有した場合には、日本の遺産管理人が主たる遺産管理を行うことが被相続人の本国法上も認められるのですから、日本に所在する遺産で遺産債務を弁済することができないような場合には、アメリカの財産所在地州において単一の理論が採られている以上は、その遺産管理人に残余財産の引渡を求めることができることになるでしょう。

このほかにも、国際相続法については、相続人不存在の財産の準拠法、総括準拠法と個別準拠法等いろいろと興味深い問題点があるのです。これらの点について興味のある方は、わたくしの国際相続法の研究やその他の論文をご参照いただければ幸いです。

5 国際相続法と当事者自治の原則

わたくしが最も関心を持って研究してきたことの一つは、国際相続法に当事者自治の原則を導入することができるかどうか、できるとした場合に、いかなる範囲で、どのようにして導入すべきかという問題でした。サヴィニーは、相続の本質を被相続人の意思の人為的延長に求め、明示的な場合は遺言において、黙示的な場合は法定相続において現われるとして、相続の場所的な本拠を探求すると、死者が個人の推定的意思で関連付けられている死亡当時有していた住所の場所的法に従うものとしています（Savigny, op. cit., S. 295f.）。これが被相続人の本国法に置き換えられた後は、被相続人の意思を持ち出すことはなくなったと考えられたのですが、人、物、資本や情報の移動が容易になり、グローバル化されてまいりますと、被相続人の国籍が相続との最も密接な関係を示す要素としての唯一の連結点として適切かどうか疑問になってまいります。国籍主義が確立した頃は、ヨーロッパ大陸諸国の国籍法は父系優先血統主義を原則とし、重国籍は稀にしか生じず、人はその国籍を有する国に居住するのが通常でした。しかし、1979年12月18日の国連総会で女子差別撤廃条約が採択され、両性平等の観点から父母両系血統主義がとられるようになってからは、重国籍が生じる場合が増え、また、グローバル化の中で国籍国以外の国で住むことが多くなってきますと、被相続人の本国法が必ずしも個人の相続について最も密接な関係を示す国の法とは言えなくなってきます。被相続人の国籍のほか、常居所や不動産所在地との関係で、裁判所がそのうちいずれか一つを最も密接な関係を示すものとして選択することが困難な場合が生じます。これは、ドイツのケーゲルがいうような一種の連結困難（Anknüpfungsverlegenheit）を意味し、客観的連結素のみを考慮するだけでは、最も密接な関係を示す連結素を決定することが困難になり、新しい連結点を媒介とした準拠法の探求が必要になってきます。

このような中で着目されてきたのが、被相続人の遺言その他の死因処分における準拠法選択でした。相続に関しては、かつてのような家族関係が崩壊し、個人中心の社会になってまいりますと、遺言の作成によって被相続人の予測可能性を増加させ、具体的な状況に適合した相続関係を形成したいという欲求が生じてきます。遺言の中で相続人の指定や遺贈のような実質的な指定をすることができることは、契約自由の原則と同様に私的自治の原則から派生する実質私法上の原則とみられてきた、遺言自由の原則が各国の私法において広く認められてきました。さらに進めて、遺言自由の抵触法的反映として遺言中の条項において相続の準拠法を、被相続人に関連する国籍を有する国の法だけではなく、常居所地法や不動産所在地法等から選択することを認めてよいのではないかという問題で

す。現在では、このような方法は、1986年のドイツ民法施行法25条2項、1987年のスイス国際私法90条2項、1995年のイタリア国際私法46条2項、2001年の韓国国際私法49条2項などや1988年のハーグの相続準拠法条約5条でも認められています（なお、2012年7月4日に採択されたヨーロッパ議会及びヨーロッパ理事会の2012第650号規則も原則として死者の死亡当時の常居所地法によるとしながら（21条1項）、死者の明示的な死因処分の形成における宣言により、準拠法選択時又は死亡時に国籍を有した国の法によることができるとして（22条）、制限的な準拠法選択を認めています）。しかし、わたくしがこの問題に興味を持った1970年頃には、この問題を論じる文献が極めて少ない状況でした。ドイツのデレ（Hans Döle）が1966年のラーベル雑誌に書いた短い論文のほかは、殆どありませんでした。

わたくしが相続における被相続人の準拠法選択の問題に興味を持った直接の動機は、明治31年の法例7条や8条と25条や26条の関係をどのように考えるべきかという問題との関係でした。法例7条1項は、「法律行為の成立及び効力については当事者の意思に従い其の何れの国の法律に依るべきかを定む」としていました。法適用通則法7条は、9条に当事者による準拠法変更が定められていることと関連して、若干文言が変えられ、平仮名口語体になっていますが、内容的に変わっていない規定です。当初法典調査会に出された草案におきましては、「契約の成立及び効力」となっていたところ、単独行為はどうなりますかという質問があり、穂積陳重先生が「法律行為の成立及び効力」に変更されたといわれています（久保岩太郎『国際身分法の研究』（有信堂、1973年）35頁以下参照。）。これをどのように解するかは難しい問題ともいえるともいますが、日本法で単独行為の典型的なものといえば遺言ですので、7条の法律行為に遺言を含んでいたと解することもできないわけではないように思います。法律行為の方式に関する法例8条は、債権的法律行為に関する法律行為の方式についてだけでなく、家族法上の法律行為の方式についても特別な規定がない限りこの規定によるべきものと解されていました。そこで、7条についても、債権的法律行為に限らないものとみて、法例24条や26条は当事者が準拠法を選択していない場合の規定とみることができないかと考えました。もっとも、わたくしの名古屋大学の恩師、山田録一先生は、わたくしの従来と全く異なる見方からする議論にも辛抱強く付き合ってくださいましたが、そのような解釈論はあまりにも大胆であり、唐突の感があったからでありましょうか、まだ若かったわたくしの学界における立場を心配されて、論文の中ですぐそのような解釈論を書かないように忠告してくださいました。

そこで、わたくしは、文献を渉獵して、ドイツ、イギリス、アメリカの学説や判例の比較法的な研究を中心として考察しようとしたしました。その後、キュー

ネ（Gunther Kühne）がドイツ司法省の依頼で作成した被相続人による準拠法選択を認める草案を発表しましたので、相続について当事者自治を導入しようとする学説が次第に有力に主張されるようになってきました。1993年11月から1994年3月までハンブルクのマックス・プランク外国私法国際私法研究所の留学した際に相続に関する被相続人による準拠法選択に関する問題を中心として、これについてのこれまでの研究成果をまとめ、比較法的考察のほか、解釈論と立法論を含めて『国際相続法の研究』と題する本を有斐閣から出版いたしました。早稲田大学にまいりましてからは、ジュリスト1143号の「法例の改正に関する特集」に「研究」で書きましたものと別のより柔軟な案を含めて立法提案を行いました。

また、韓国・北朝鮮、中国・台湾を本国とする者の相続をめぐる問題を論じた論文を書き、さらに、遺留分の準拠法に関連して第二次世界大戦終了時以前から日本に居住した者及びその子孫の人たちの遺留分をめぐる問題を論じました（早稲田法学76巻3号）。死亡するまで日本に常居所を有する韓国を本国とする被相続人については、死亡当時の本国法としての韓国法が適用されるのが原則ですが（韓国国際私法49条1項）、被相続人が遺言に適用される方式に適用される方式によって指定当時被相続人の常居所がある国の法、不動産については不動産の所在地法を選択することができます（韓国国際私法49条2項）から、常居所地法である日本法又は日本に所在する不動産については不動産所在地法を選択しておけば、法適用通則法41条の反致により日本法が相続の準拠法になります。北朝鮮を本国とする場合には、同国の対外民事関係法によりますと、不動産相続については不動産所在地法により、動産相続については被相続人の本国法によることとなりますが（45条1項本文）、北朝鮮の公民が外国に住所を有して死亡した場合には、住所地法を適用するものとしていますので（45条1項但書）、日本に所在する不動産や動産の相続についても反致により日本法が適用されることとなります。中国大陸法を本国とする場合には、2011年4月1日より施行されている「涉外民事関係法律適用法」31条によりますと、法定相続については、不動産相続は不動産所在地法、その他の財産については被相続人の常居所地法によりますので、日本に常居所を有する者の相続は原則として日本法となり、不動産相続についても不動産所在地が日本である限り日本法となり、反致により日本法となります。同法33条は、遺言の効力については、遺言当時または死亡当時の常居所地法または国籍国法としていますので、もしこの規定が遺言相続に適用されるというのであれば、選択的適用の意味が理解しにくいように思います。その点では、準拠法に関する不安定さが残ります。ところで、台湾法が本国法として適用される被相続人については、2011年5月26日から施行されております「涉外民事法律適用法」58条や60条1項においても被相続人の本国法主義が維持されていますので、反致は生ぜ

ず、台湾の民法が適用されます。2008年1月2日の民法改正によって、遺産債務の相続につき相続財産を限度とする有限責任制度が取られました(民法1148条2項)。たとえば、日本で商売をする経営者が年をとると銀行からの融資を受けにくくなり、商売を拡充したり、継続することが難しくなるおそれが生じます。このような状況からみますと、わが国の法適用通則法におきましても、被相続人に遺言の方式による準拠法選択を認めた方が相続の準拠法を明確に確定し、日本で安定して生活するために妥当な場合が少なくないように思います。

以上のように戦前から日本に居住し、あるいは、その子孫として日本に生活する方々の相続をめぐる、古くから日本に存在する問題について述べました。しかし、現在では、人・物・資本や情報が国境を越えて自由に移動することが多くなり、人の労働の場所やあり方、生活様式も変化してきており、相続も複数の国に関連する事例が多くなってきました。たとえば、被相続人が単身で外国へ行き、事業に成功して、当該外国のほか、スイスの銀行預金など複数の国に莫大な財産を遺して日本で遺言を遺して死亡した場合や老後外国にも住み、財産を複数の国に分散して所有する日本人の相続に関する場合などです。このような状況の下で、相続は被相続人の本国法による旨の単純な規定のみで妥当な解決ができるかどうか極めて疑問であるように思われます。この点に関して、法適用通則法制定当時、具体的な提案がすでに出されていたにもかかわらず、十分な検討を経ずに明治31年の規定が内容的に改正されることなく維持されたのは、大変残念なことであったと思います。

6 国際知的財産法と国際私法

わたくしは、国際相続法のほかに、国際知的財産法に力を注いで研究してまいりました。知的財産権は、発明、意匠、標章、著作などのように無体物に排他的独占権を付与した権利です。この分野を研究し始めた直接的な動機は、当時勤めておりました立命館大学では、「現代化、総合化、共同化」というスローガンのもとで、プロゼミ、2回生購読といったような共通教材を使用した授業が行われており、このような授業のための研究会が盛んに行われていただけでなく、研究についても共同研究が盛んに提唱されていました。国際相続法を研究し、一生懸命学部内の研究会において報告しても、その内容を理解し、評価して下さる先生は少数に過ぎませんでした。法学部の他の先生、場合によっては他学部の先生を含めた共同研究が可能になるような研究テーマを持つ必要がありました。わたくしの恩師、名古屋大学の山田籙一先生にご相談し、1975年度の国内留学の際に6か月のうち3か月だけ東京へ出て中央大学の桑田三郎教授の指導の下で国際工業所有権法を研究することになりました。

そして、私法分野では最も古くから統一私法条約が構想され、その後もその改正会議を通じて国際的に議論されてきました工業所有権法の国際的側面を研究対象としました。そこで、中心的な対象としたのは、工業所有権の国際的保護に関するパリ条約の研究でした。内国民待遇の原則や優先権制度等の意義をパリ条約の成立、展開の歴史から研究し、現代的課題を明らかにしようと致しました。また同時に、その条約の当然の前提とされていた属地主義の原則を研究致しました。研究を開始した1970年代の後半は、一方では、国連貿易開発会議（UNCTAD）に結集した途上国を中心に、先進国の企業、とりわけ、巨大な多国籍企業によって工業所有権が濫用的に行使され、種々の弊害をもたらされていることが指摘され、これを防止する方向からのパリ条約の改正が提案され、議論されていました。他方では、ECにおける共同市場の発展の中で、とりわけ、EEC条約の物の自由移動の原則との関連で知的所有権の属地性をどのように制限することができるかについて、EC裁判所の興味ある判決が知的財産にかかわる製品の並行輸入との関係で出されており、それをめぐって学説上議論が行われていました。

桑田教授のご紹介で、京都では、京都大学の北川善太郎教授の多国籍企業の法律上の問題を研究するグループに入れていただき、わたくしはそのうち発展途上国の工業所有権に関する問題を担当することになりました（この時書いた論文は、木棚照一『国際工業所有権法の研究』（日本評論社、1989年）311頁以下に収録されています）。ある時、北川教授に誘われて、当時の西ドイツのミュンヘンにあったマックス・プランク無体財産法研究所のバイアー（Prof. Dr. Friedrich Karl Beier）所長の講演を、大阪まで聞きに行きました。偶々私も興味を持っていた部分につき質問したこともあり、京阪三条で別れ際に、研究所では外国人研究者を招聘するための奨学資金も準備しているので、あなたが外国留学の機会を持ったら、ぜひ私の研究所に来るように、と勧めていただきました。このような縁もあって1979年1月から1980年9月までマックス・プランク無体財産法研究所に留学する機会を得ました。

マックス・プランク無体財産法研究所は、わたくしの国際工業所有権法研究の原点ともいえる機関となりました。研究所には、パリ条約の歴史を研究するのに必要な種々の文献が揃っているだけでなく、いろいろな国から来られた、いろいろな分野の若い研究者と話す機会を得ました。また、この機会を利用して、前所長であられたウルマー教授（Prof. Dr. Dr. h. c. Eugen Ulmer）が中心になって作成された「EC加盟国の国際私法に関する条約中の無体財産に関する規定のための草案」（以下、ウルマー草案という）とこれをめぐるハンブルクのマックス・プランク外国私法・国際私法研究所のメンバーとの議論を日本に紹介することにいた

しました(木棚・前掲国際工業所権研究133-194頁参照)。

現在までの知的財産法の前提をなす属地主義の原則を前提としつつ、外国人法的原則である内国民待遇の原則から論理的に当然導き出されるものとして、知的財産権に関する国際私法上の一般原則として保護国法の原則を提案されるウルマー草案の見事な手法は、わたくしにとっては、ドイツにおけるレヒット・ドグマティークの粋をみるような心地でした。当時の日本におきましては、属地主義と日本の知的財産法を知っていれば、国際私法の原則などは知らなくても、国際知的財産権に関する問題は解決できるという感覚が知的財産の専門家の間で有力でした。知的財産権の属地性というのは、それが権利付与国の国家主権に基礎を置く限りでは、公法的な適用原則に従うものであって、自国法の適用のみを定める一方的抵触規定の支配する領域であるとする認識であります。言い換えれば、属地主義の支配する知的財産法については双方的抵触規定を原則とする国際私法は適用されないとみる見解であります。このような見解は、いわゆるカードリーダ事件の控訴審判決に「法例で規定する準拠法決定の問題は生じる余地がない」という言及の中に出てきます。しかし、最高裁平成14年9月26日の第一小法廷判決(民集56巻7号1551頁)は、「外国特許権に関する私人間の紛争において、法例で規定する準拠法の決定が不要となるものではない」として、明確にこのような見解を否定しているのであります。1970年代後半の日本における知的財産に関する実務家の見解に触れてきたわたくしとしては、ウルマー草案にみられる保護国法の原則は、その意味では新鮮なものに感じられるのでした。しかし、よく考えてみますと、内国民待遇の原則は、あくまで直接的には外国人法に関する実質法上の原則です。たとえ、これが論理的に外国人法上の抵触規定を内包すると解することができるとしても、それはあくまで外国人法の場所的適用に関する特別抵触規定に過ぎず、一般抵触規定としての国際私法原則とは当然にはならない筈であります。確かに、国際私法規定は一般抵触規定ですから、別段の規定がなければ、原則として外国人法上の抵触規定として適用することができるというのは、我が国の国際私法学においても多数意見です。しかし、このことは、逆に外国人法という特別の目的を持った実質法の論理的前提となる特別抵触規定が国際私法原則としての一般的抵触規定となることを意味するものではありません。「逆必ずしも真ならず」でありまして、ウルマー草案のこの部分には、この点に関する論証が欠けているように思いました。

確かに、現在に知的財産条約の基本原則である内国民待遇の原則から導き出された保護国法を知的財産権の成立、効力に関する準拠法とするウルマー草案の見解は、知的財産権に関する国際私法原則を国際的な合意を形成するために積極的な役割を果たしたことは否定できません。しかし、保護国法概念をベルヌ条約

5条2項の曖昧な文言に求め、「その国において保護が求められる国の法」としたために、これを法廷地法と同義であるとする見解を生じました。この点は、後の学説により修正されたように、「その領域について保護が求められる国の法」とするのが正確であると思います。

そうとしたとしても、保護国法の原則を知的財産に関する原則として余りにも厳格に適用しようとするには、賛成することができませんでした。たとえば、インターネットのような、いわゆるユビキタス・メディアを利用した知的財産権侵害についてそれぞれの保護国法に、いわばモザイク的によらしめるのでは、知的財産権の保護を適切にすることが難しくなります。また、知的財産権に関する間接侵害の場合に、保護国法の原則を厳格に適用するとすれば、保護国以外の領域で行われた行為については、行為者に責任を問えなくなる可能性があります。わたくしは、保護国法主義を知的財産権の成立や効力の準拠法に関する原則として認めるべきとは思いますが、知的財産権をめぐる各場面に応じてこの原則の妥当する範囲を制限していく必要があると考えています。

とはいえ、ウルマー草案は、知的財産に関する国際私法原則を研究しようとしていた当時のわたくしにとっては、実質法に関する豊富な例とともに、とても示唆的なものでした。ウルマー教授は、当時まだかくしゃく（嬰孺）としておられ、ほとんど毎日自らメルセデスを運転されて、研究所に出ておられ、わたくしのような外国人の若い研究者とも気軽に話し掛けてくださいました。

わたくしが早稲田大学の良い環境の下で国際知的財産法の研究を進めることができましたのは、先輩や同僚の先生方のご理解や大学院生、学生諸君の協力によるところが大きく、関連するすべての方々に感謝しなければならないのでありますが、とりわけ、早稲田大学 COE とそれに引き続くグローバル COE 企業法制と法創造総合研究所のプロジェクトに参加できたことは、極めて大きかったように思います。この点では、この研究所の代表者であられる上村達夫教授や副代表者であられる高林龍教授をはじめとする関連する諸先生方に特に感謝する必要があると思っています。とりわけ、東アジアの視点から韓国国際私法学会と日本の国際私法学会のメンバー各7名で構成された研究グループを形成して、研究を継続して、2010年10月に「知的財産権に関する国際私法原則」（日韓共同提案）を RA の院生の協力を得てまとめ上げ、その理由書を含めて、日本文だけではなく、英文、韓国文、中国文に翻訳して、グローバル COE の機関誌に掲載させていただいたのは、わたくしにとって非常に嬉しいことでした。

知的財産権に関する国際私法原則は、1999年10月のハーグ国際私法会議特別委員会の国際裁判管轄権に関する草案の知的財産権に関する部分を社団法人知的財産研究所のプロジェクトの一つとして取り上げていただき、その座長として検討

して以来、東アジアの視点からこの点に関する草案を作成したいと考えておりました。抵触法に関する考え方や知的財産権に関する実質私法が大きく異なる中で、いきなり全世界に妥当するような知的財産権に関する国際私法原則を提示することは至難な業であるように思いました。アメリカ、ヨーロッパ、そしてアジアというように、まず、地域的にも密接な関連性を持ち、法的制度や伝統においても比較的近似する各地域で妥当する原則を積み上げていくことが必要と感じていました。

知的財産権に関する国際私法原則については、アメリカ法律協会 (ALI) の 2004 年 4 月に設置されたプロジェクトが、この点に関する提案を 2007 年 5 月の ALI の総会で示し、採択された後、2008 年に一冊の書物として公表しています (Intellectual Property Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgements in Transnational Disputes (ALL, 2008) 参照。)。他方では、2005 年にマックス・プランク財団の戦略的プロジェクトの一つとして設置されたヨーロッパ・マックス・プランク・グループは、2009 年 10 月のミュンヘンの無体財産研究所における第二次予備草案に関するワークショップを経て、2011 年 8 月 31 日付の最終草案を作成し、同年 11 月 4、5 日マックス・プランク財団の前身のカイザー・ウィルヘルム研究所の発祥の地ともいえるベルリンのハーナック・ハウスでシンポジウムを開催しました (この草案については、後掲比研叢書 40 の巻末に収められています)。

わたくしも最終日の午後の並行するプロジェクトの報告者として日韓共同提案を報告する機会を与えられました。日韓共同提案の特徴を準拠法の部分に絞って申しますならば、知的財産の成立及び効力等は、保護国法、つまり、その領域について保護が問題となる国の法によることを原則としながら、当事者間で明確に準拠法を合意した場合には、当事者間ではその合意した準拠法によるものとして、当事者自治の原則をできる限り広く認めるものとしたこと、著作権の最初の帰属者については、保護国法に依るのではなく、著作物の本源国法によるべきものとしたことなどに特徴があることを、英語で報告いたしました。ヨーロッパ・グループの代表者の一人であるハンブルクのマックス・プランク外国私法・国際私法研究所の所長であられるバセドウ (Jurgen Basedow) 教授から、昼食会の席で、個人的には、当事者自治の部分と著作権の最初の帰属に関する部分は、わたくしたちの日韓共同提案に賛成である、との言葉をいただきました。東アジアの視点からみたわたくしたちの提案が何処まで参加者に伝わったか不安であったのですが、この言葉でこれまでの苦勞が少し報われた気がいたしました。なお、日韓共同提案を世界的に発信しているためには、何とかして独立の書物として出版したいと考えていました。しかし、提案とその説明の部分につき 4 カ国語で書か

れていることもあって、出版を引き受けてくださる出版社を見いだせないままでした。ところが、法学学術院の諸先生方のご厚意もあって、比較法研究所の叢書40『知的財産の国際私法原則研究』として出版して下さることになりました。この点では、比研の関係者はもちろん、より広く法学学術院の関係する皆様に、深く感謝しています。

7 今後のわたくしの課題

このように、わたくしは、属人法と属地法の接点としての国際相続法の問題と属地法の最も強い分野といわれる国際知的財産法に関する問題を主として研究してまいりました。短いこの時間で私がこれらの問題との関係で学問的にどのようにかかわってきたかを皆様が理解できるようにお話してきたかどうか、全く自信がありません。

わたくしは、今後とも学問を続けていくつもりですので、現在の国際私法学についてのわたくしの認識と今後のわたくしの課題についてお話してみたいと思います。

現在のように社会がグローバル化し、インターネットのようないわゆるユビキタスメディアが発展してまいりますと、問題となる法律関係が属人法に服すべき法律関係か、属地法に服すべき法律関係かという二者択一的発想だけでは適切な準拠法の選択が難しくなってまいります。また、サヴィニーが原則と考えたような法律関係の本拠を一つだけ発見し、その本拠の所在する地の法によるという単純連結の方法だけでは、個別的事例の特徴に応じた準拠法の発見が困難になってきます。平成元年の法例改正や平成18年の法適用通則法の制定においても、従来と異なる多様な連結方法等が導入されたことはこのことを示していると思います。ただ、わたくしの研究してきた国際相続法については、明治31年の規定がそのまま平仮名口語体にされただけで維持されています。また、国際知的財産法に関する国際私法規定は、全く設けられていません。これらの部分は、今後の立法課題としても残されています。

同時に、サヴィニーが法律関係の本拠を基礎づける重要な要素と考えた当事者の自由意思を、もう一度見直す必要があるのではないかと思います。日本では、当事者の意思を連結素とするのは、財産法の分野では、契約、不法行為、事務管理・不当利得がありますが、家族法の分野では夫婦財産制のみに過ぎません。しかし、欧米諸国などの議論をみますと、家族法の分野では、夫婦財産制や相続だけではなく、婚姻の一般的効力、離婚、氏名等の準拠法についても当事者による準拠法選択を認めるべきとする立法例や学説・判例がみられます（この点については、木棚照一「国際家族法における本国法主義の変容と当事者自治の導入」棚村政

行・小川富之代表編集『国際家族法の理論と実務（中川淳先生傘寿記念）』（日本加除出版、2011年）1頁以下参照）。同様に、財産関係についても、属地性が強いといわれる物権についても当事者による準拠法選択を認める立法や学説があります。さらにまた、家族法における当事者による準拠法選択を従来の連結困難を理由にした補助的な原則としてではなく、これを条約や憲法上の当事者の自由の一環として、国際私法上の原則的な基本原則として位置付ける見解も唱えられてきています（前掲中川淳先生記念論文11頁参照。）。わたくしは、グローバル化に伴う社会関係の変化、法律関係の変化に対応して、これまでの原則を見直し、国際私法における当事者意思の意義を見直す段階に来ているのではないかと思います。グローバル化し、複雑化した現代において国境を越えた私人間の権利、義務関係については、裁判所に最も密接な関係を示す客観的連結点を見出させるという困難な作業を強いるよりは、国際私法の定める一定の枠内で、当事者の自由意思による法選択を認める方が、適切な準拠法を選択を達成する方法としては妥当である場合が増えているに思います。どのように、どの程度当事者による準拠法選択を認めるかは、現代国際私法学の一つの大きな課題といえるのではないのでしょうか。わたくしは、このような残された課題に挑戦するために、早稲田大学の定年後も国際私法学を研究し続けたいと思います。

わたくしは、奥能登の当時は自然的条件が必ずしも良いとはいえない山村に生まれました。そのような成育環境もあってか、焦ってみても、仕方がない、時期が来れば何とかかなるさ、という若干奇妙な楽観的性格を身に着けてしまいました。大学を卒業し、就職を探さなければならない時期になっても、なんとなく大学を去りがたく、就職のあてもないのに、そのまま大学にとどまり続けました。また、定年を迎えるこの時になっても、勉強を続けるという、誠に勝手な宣言をしてしまうのも、わたくしのこのような性格と関連するのかもしれませんが。わたくしのこの性格によって被害を受けておられるであろうわたくしの身近におられる皆様方に、この場を借りて深くお詫び申し上げる次第です。

ある先輩の研究者から聞いたことで「なるほどなあ」と妙に感心した言葉があります。「子供に勉強させるには、今怠けていると、お父さんのように一生勉強し続けなければならなくなるよ」というと、子供達が頑張って勉強をするようになる、というのです。親の姿を見て子が育つといいますが、学生諸君は、教える者の姿を見て育つ部分があるのではないのでしょうか。もしそうとすれば、この点も誠に勝手ながら、次のように申し上げて、この講義の結びとさせていただきます。

学部や法科大学院の諸君には、わたくしのように、一生勉強を続けなくて済む

ように、目標を明確に定め、集中的に勉強して大学から社会に出て活躍して欲しいと思います。不幸にして、わたくしと同じ道を歩み、又は、歩もうとしておられる諸君には、わたくしのように、最終講義を迎えてうろたえないように、より深い学問的研究に裏付けられた立派な研究を達成できるよう、頑張ってくださいと思います。皆様の今後のご活躍を祈り、この講義を閉じさせていただきます。

ご清聴ありがとうございました。

[2012年 1月17日]