

わが国の国際私法における相続準拠法の適用範囲について

Der Anwendungsbereich des Erbstatuts im japanischen Internationalen Privatrecht.

金子洋一
KANEKO Yoichi

要旨 被相続人の死亡に際して、いかなる権利義務が相続財産に帰属するかという「相続財産の構成」の問題について、従来の通説は、相続準拠法と個別準拠法の累積適用を説くものであると一般的には理解されてきた。

被相続人に属していた個々の権利義務が被相続人の死亡によって消滅するか否かは、当該権利義務の性質の問題であり、当該権利義務の準拠法（個別準拠法）によって規律されるべきである。従来は、この「被相続人の死亡によって消滅しなかった権利義務」が、相続財産に帰属するか否かという問題について、相続準拠法を適用するか否か、適用するとしてどのように適用するかが（やや漠然と）議論されてきた。

しかし、「いかなる権利義務が相続財産に帰属するか」という問題には、区別して論じられるべき複数の問題が含まれており、これらの問題に対する相続準拠法の適用可能性は一律に否定されるべきではないと思われる。

第1章 問題の所在

1. 名古屋地判平成15年12月26日

名古屋地判平成15年12月26日¹⁾は、被告Y1が製造し、被告Y2が所有・運航する台北発名古屋行きの航空機が、名古屋空港への着陸降下中に墜落し、乗客249名と乗員15名が死亡、乗客7名が負傷し、手荷物等が滅失した航空機事故について、原告Xら（死亡した乗客及び乗員の遺族、並びに生存被害者1名）が、運航者であるY2に対して国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約（ワルソー条約）17条・18条による損害賠償又は不法行為に基づく損害賠償を、旅客機の製造者であるY1に対して旅客機の設計の欠陥を理由として不法行為に基づく損害賠償を請求した事案の第一審判決²⁾である。

Xらのうち、本件事故当時台湾籍を有していた台湾居住被害者の遺族であるX1らが、①被害者が死亡に当たって不法行為による損害賠償請求権を取得し、②原告らがこれを相続によって取得したという、いわゆる相続構成によって損害賠償を請求したところ、Y2は、②に適用される（相続準拠法としての）台湾法の下では、被害者が死亡した場合には、被害者は死亡により権利能力を失うために被害者自身には損害賠償請求権が発生せず、（日本法とは異なり）被害者の逸失利益についての損害賠償請求権は相続財産の対象とならないから、X1らは、損害賠償請求権を相続により取得しないと主張した。

¹⁾ 判時1854号63頁。本件の評釈として、長田真里〔判批〕『平成15年度重要判例解説』（ジュリスト1269号、2004年）282頁がある。

²⁾ 一審判決を不服とする一部の遺族が控訴したが、名古屋高判平成20年2月28日（判時2009号96頁）は遺族に固有の慰謝料を認めた（一部変更）ほか、基本的に一審判決を支持して控訴を棄却した（確定）。

この主張に対し、名古屋地裁は、「不法行為に基づく損害賠償請求権の成立についての準拠法は日本法であり、日本法により本件事故についての損害賠償請求権の成立が認められる以上、改めて損害賠償請求権が台湾において現に行われている法律の規定により相続性を有するとされているか否かを検討するまでもなく、相続の対象となると解すべきである。」と判示した。これは、権利義務の相続に関する従来の通説とは異なる立場に立つものである。

2. 現在の学説状況

従来の通説³⁾は、これを相続財産の構成の問題と把握したうえで、これに2つの法的性質を見出し、被相続人のいかなる財産が相続財産を構成するかの問題は相続の準拠法によるが、相続の準拠法が相続財産とする個々の財産もその固有の準拠法がこれを相続財産と認めない場合には相続財産から除外されるとして、相続準拠法と個別財産準拠法との累積適用を説くものであると（一般的には）理解されてきた。具体的には、ある権利義務が相続されるかという問題の全体につき、相続準拠法とその権利義務の準拠法（個別準拠法）とをそれぞれ別個独立に適用し、いずれの場合にも結果として相続が肯定されるときのみその権利義務は相続されるとする見解であると理解されてきた。これを上記の事案に当てはめると、相続準拠法上当該債権が相続の対象とならないものとされている以上、当該債権は相続財産を構成しないこととなる。これに対して、名古屋地裁は、相続準拠法の関与を否定しており、相続財産の構成の問題について個別準拠法のみによるとする見解と同様の理解に立つものであるといえそうである。

従来の通説に批判的なものとしては、当時のドイツの学説のわが国への継受過程及び当時から現在に至るドイツの議論を詳細に検討された石黒一憲教授を始めとして、個別準拠

³⁾ 久保岩太郎「涉外相續序説豫稿」関西学院商学論究第10号（1937年）78頁[90-93頁]、同「國際私法上に於ける法定相續」東京商科大学研究年報法学研究4（1939年）95頁[127-132頁]、同『國際私法概論〔改訂版〕』（巖松堂書店、1953年）261-262頁、實方正雄「國際相續法」穂積重遠＝中川善之助編『家族制度全集法律篇第五卷相續』（河出書房、1938年）235頁[253-257頁]、同『國際私法概論〔再訂版〕』（有斐閣、1952年）359-363頁、江川英文『國際私法〔改訂増補版〕（有斐閣全書）』（有斐閣、1970年）298-299頁、同『國際私法〔改訂版〕』（弘文堂、1972年）94-95頁、國際法学会編『國際私法講座 第二卷〕〔折茂豊〕（有斐閣、1955年）663頁、折茂豊『國際私法（各論）〔新版〕』（有斐閣、1972年）430-431頁、同〔判批〕「民事判例研究」法学27巻3号91-94頁（1963年）、澤木敬郎『國際私法入門〔第3版〕』（有斐閣、1990年）150頁、青木清「相續」國際法学会編『日本と國際法の100年 5 個人と家族』（三省堂、2001年）232頁[239-244頁]、山田録一『國際私法〔第3版〕』（有斐閣、2004年）575-576頁、木棚照一ほか『國際私法概論〔第5版〕〕〔木棚照一〕（有斐閣、2007年）266-267頁など。溜池良夫『國際私法〔第3版〕』（有斐閣、2005年）335-336頁、542頁は、通説の処理を原則としつつも、通説の処理を機械的に適用して問題を解決しようとする、「例えば、相続の準拠法は損害賠償請求権の相続性を否定しているが、相続人に対してそれに代替的に加害者に対する直接の損害賠償請求権を認め、他方、不法行為準拠法は相続人にそのような権利を認めず、専ら損害賠償請求権の相続のみを認めるといような場合、相続人はいずれの準拠法によっても保護されているにもかかわらず、保護されないことになり、不当な結果を生じる場合があるとして、「両準拠法における損害賠償請求権の相続性の認否の趣旨を考慮して、不当な結果を生じるときには適応問題として妥当な解決を図るべきである」とされる。松岡博「涉外相續の準拠法について」法曹時報49巻12号1頁[12頁]（1997年）は、累積的適用の妥当性を問題として、「個別準拠法が不動産に関する物権準拠法であるような場合には、個別準拠法である、目的物の所在地法が認めない物権の移転は権利の実効性からいってこれを認めるべきでないという解決に相当の理由があるにしても、不法行為についても同様の議論が妥当するかははなはだ疑問であるといふべきではなからうか。」とされる。

法のみによれば足りるとする見解⁴⁾が有力に主張されてきた。

他方、早川眞一郎教授が、従来の通説に対する一般的な理解に疑問を呈し、次のような理解を提唱されている。すなわち、従来の通説は、相続準拠法と個別準拠法の累積適用を説いているのではなく、これら2つの準拠法の適用範囲を切り分けたうえで、被相続人の財産のうちどのような属性をもつ財産が相続されるかを相続準拠法によって判断し、他方、問題となる財産がそのような属性を有するか否かを個別準拠法によって判断するものであると理解する立場⁵⁾（配分的適用説）である。このように、従来の通説の理解についてさえ、学説上一致していない。

3. 本稿の目的

本稿は、国際的な要素を有する相続事案において、①被相続人の死亡までに、被相続人にいかなる権利義務が成立・存在し、②被相続人の死亡以降にその権利義務にいかなる変動が生じ、③さらに被相続人の死亡によって、誰に、どのような権利義務が発生し、④全体としての相続財産が、誰に、どのように分配されるか、という相続の一連のプロセスにおける相続準拠法と個別準拠法との関係を明らかにしようとする研究の一部をなすものである。

本稿では、上記の相続のプロセスの各段階の議論の前提として、このプロセスの各段階に密接な関係を有する、従来「相続財産の構成」として論じられてきた問題について検討する。具体的には、従来の通説の基礎を形成した久保岩太郎教授によるドイツの文献の引用を手掛かりに、ドイツの学説をわが国へ継受する過程を明らかにすることによりわが国

⁴⁾ 石黒一憲「相続の準拠法」中川善之助先生追悼現代家族法体系編集委員会編『現代家族法体系4（相続I）相続の基礎』（有斐閣、1980年）431頁（石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』（東京大学出版会、1980年）241頁所収。以下では後者を引用する。）、中野俊一郎〔判批〕ジュリスト1009号122頁（1992年）、大村芳昭〔判批〕『国際私法判例百選〔新法対応補正版〕』（別冊ジュリスト185号、2007年）146-147頁、中西康「演習」法学教室317号（2007年）138-139頁、同〔判批〕『国際私法判例百選〔第2版〕』（別冊ジュリスト210号、2012年）160-161頁、神前禎ほか『国際私法〔第3版〕』（神前禎）（有斐閣、2012年）226-227頁等。なお、高鳥〔林脇〕トシ子〔判批〕『昭和62年度重要判例解説』（ジュリスト910号、1988年）265頁〔266頁〕は、損害賠償請求権の帰属ないし行使と、損害賠償債務にかかる責任およびその承継とは関係人の利害関係を異にするから、必ずしも同じ法理に服するものとはいえないとして、損害賠償請求権の相続については、損害賠償請求権という個別の財産の運命の問題であって、不法行為準拠法上相続が認められれば、包括的な相続準拠法でのチェックは必要でないからもっぱら不法行為準拠法によるが、損害賠償債務の相続については、発生した債務につき債務者の積極財産が引当てとなりその範囲で責任を負うのか、積極財産でカバーできない場合にも責任は残り債務は相続人に承継されるのかという、加害者死亡の場合に生ずる問題は、債務の承継の観点から相続人の利害関係に重点がおかれるという意味で、相続準拠法により判断されるとする立場も成り立ちうるように思われる、とされている。

⁵⁾ 早川眞一郎『『相続財産の構成』の準拠法について—《不法行為と相続》研究のための序論的考察—』関西大学法学論集38巻2・3号325頁（1988年）、道垣内正人〔判批〕『涉外判例百選〔第3版〕』（別冊ジュリスト133号、1995年）168頁〔169頁〕、同『ポイント国際私法各論』（有斐閣、2000年）107-121頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第7版〕』（有斐閣、2012年）142頁、櫻田嘉章「相続の準拠法」（判タ996号、1999年）187頁〔190頁〕。なお、権利義務の存続性と一般的な移転可能性を個別準拠法に依拠させ、当該権利義務が相続人への移転の対象となる種類の財産なのか（相続財産の構成、厳密な意味での相続性）は相続準拠法に依拠せせるとする見解として、坪場準一〔判批〕ジュリスト909号（1988年）119頁〔120頁〕、鳥居淳子『昭和62年度主要民事判例解説』（判タ677号、1988年）170頁〔171頁〕、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第2巻 § 24-43・附則、特別法』（林貴美）（有斐閣、2011年）197-198頁がある。

における議論を整理し、母国たるドイツを始めとする諸外国の議論からわが国への示唆を獲得するための比較法研究の前提となる基礎を確立しようとするものである。

第 2 章 積極的相続財産（権利）の「相続の客體性」と「相続財産への帰属」

従来の通説について詳細に検討された石黒一憲教授及び早川眞一郎教授の論文は、實方正雄教授及び久保岩太郎教授の学説をもって、相続財産の構成についての通説の嚆矢とする⁶⁾。両論文において詳細に検討されているのは、昭和 13 年に公刊された實方教授の論文「國際相続法」（石黒論文においては、相続財産の構成についてほとんど内容を同じくする『國際私法概論』）と、昭和 14 年に公刊された久保教授の論文「國際私法上に於ける法定相続」である。

しかし、久保教授は、實方論文の公刊に先立つ昭和 12 年に公刊された関西学院商学論究第 10 号に「涉外相続序説豫稿」と題する論文を発表しておられる。そして、「相続財産の客體性と相続財産の準據法」についての叙述（90 頁から 93 頁）に、久保教授が後に「國際私法上に於ける法定相続」において相続財産の構成について述べた部分の原型ともいえるべき、やや簡略ながらもほぼ同内容の箇所を見出すことができる。さらに、久保教授の「涉外相続序説豫稿」は、實方教授の論文においても参考文献として挙げられている⁷⁾。

久保教授の叙述は、相続財産を積極財産と消極財産とに分け、消極財産について更に被相続人の負っていた債務と被相続人の死亡以後に発生する債務とを区別して論じるという議論の流れ、その具体的内容、付された設例、引用されている文献などから見て、基本的にフランケンシュタイン（Ernst Frankenstein）の見解に依拠したものであると考えられる。

以下では、「涉外相続序説豫稿」における久保教授の叙述と、そこで引用されている諸文献の内容とを照合・分析することを通じて、従来の通説が形成された過程について検討する。

第 1 節 久保岩太郎教授の見解

まず、権利の「相続の客體性」及び「相続財産への帰属」についての、「涉外相続序説豫稿」における久保岩太郎教授の叙述を確認する。

1. 久保教授の叙述の確認

「一〇 相続は通常包括相続であり、従つて相続の準據法は通常包括準據法であり包括財産に適用せられる。ここに於て如何なるものは積極的なものとして相続財産に属するか、及び如何なるものは消極的なものとして相続財産の負擔となるかの問題を生ずる。先づ前者即ち積極的相続財産の問題について見るに、

(イ) 先づ個々の積極的財産即ち権利が相続財産の構成部分たり得る性質を有するか否か即ち個々の権利の相続の客體性の存否が問題となる。而して之は個々の権利に内在する性

⁶⁾ 石黒・前掲（注 4）248 頁、早川・前掲（注 5）333-336 頁。

⁷⁾ 實方・前掲論文（注 3）296 頁。

質の問題である。故にその個々の権利の準拠法に依つて定むべきものである。さればその準拠法が当該権利は被相続人の死亡と共に消滅するものとなすときは死亡と共に消滅し更に問題を生ずる餘地はなく、若し其の準拠法が当該権利の相続の客體性を認むるときは相続財産となり得る可能性を生ずること、なるのである〔(註10) Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht. S. 294; Zitelmann, II. S. 944; Raape, S. 655.〕。例へば被相続人が年金債権を有する場合に於てその債権は被相続人の死亡と共に消滅するか、他面より見ればその債権に相続の客體性の有るか否かはその年金債権の準拠法に依り、また被相続人が第三者のために生命保険契約を締結した場合に於て保険金請求権が遺産に屬し得る性質を有するか又は關係権利者に屬すること、なるかはその債権（保険契約）の準拠法に依り、尚ほ又死亡によりて初めて成立する請求権例へば災厄による損害賠償請求権が遺産に屬し得る性質を有するか又は一定の人（例へば配偶者・子・扶養権利者）に屬することとなるかは其の請求権の準拠法に依つて之を定むべきである〔(註11) Frankenstein, IV. SS. 320.321; Lewald, Privatrecht. S.294; Goodrich, Handbook on the conflict of laws. pp. 214.370. 参照。〕。

- (ロ) 次に個別準拠法が個々の権利の相続の客體性を認めた場合に於て、当該の権利が問題たる相続財産に現に屬するか否かの問題を生ずる。而して之は相続財産の構成の問題である。故に当該相続の準拠法に依つて定むべき問題である。されば個別準拠法が個々の権利につきその相続の客體性を否認するときは假令相続の準拠法がその権利は相続財産を構成するものとなす場合に於ても相続財産に屬するものと云ひ得ない。例へば個別準拠法としての日本法が生命保険金請求権の買戻価格は相続の客體性なきものとなすときは相続の準拠法としての瑞西民法第四七六条が之を相続財産中に算入すべきものとなす場合に於ても相続財産に算入し得ない。今之と逆に個別準拠法としての瑞西民法がかゝる権利の相続の客體性を認むるも相続の準拠法としての日本民法がかゝる権利は相続財産を構成するものとなさない場合にはかゝる権利は相続財産に屬するものとなし得ないのである〔(註12) この後の場合にはかゝる権利には如何なる法律を適用すべきかと云ふ興味深い問題を生ずる。この場合には個別準拠法（権利の準拠法）がその権利（個別財産）に付ては相続の準拠法の役割を演ずべく、その個別財産（権利）は特別相続財産として取扱ひその特別相続財産に付ては個別準拠法が同時に相続準拠法となるものと見るべきである。換言すれば恰も被相続人の遺産がただこの個別財産（権利）のみにより構成されてゐる如くに見、この特別相続財産（即ち権利）に對し個別準拠法（問題の権利の準拠法）上に於ける相続法の規定を適用して問題を解決すべきである（Zitelmann, II. S. 947）。〕。されば結局個別準拠法（権利の準拠法）がその権利の相続の客體性を認め、相続の準拠法がその権利も相続財産を構成するものとなす場合（従つてこの場合に相続の準拠法がその権利の相続の客體性の存在を認め居ることは不言の前提をなしてゐる）に相続の準拠法の定むる所に従つて相続財産（従つて其の権利）の歸屬が定まること、なるのである〔(註13) Zitelmann, II. SS. 947.944. 参照。〕。〔引用に際し、旧字体を一部新字体に改め、必要に応じて脚注を本文中の〔 〕内に挿入した。下線は引用者による。以下同じ。〕⁸⁾」

⁸⁾ 久保・前掲論文（注3）豫稿90-92頁。

2. 久保教授の見解の理解——単純な累積適用？

久保教授によれば、個々の権利義務が相続財産となるためには、まず、①当該権利義務が、個別準拠法上、被相続人の死亡時に被相続人に属していた権利義務又は被相続人の死亡によって被相続人の遺産に発生する権利義務である必要がある（被相続人の死亡とともに消滅したり、第三者に帰属したりするものであってはならない）⁹⁾（相続の客体性）。

さらに、②相続準拠法上も、当該権利義務が、被相続人の死亡とともに消滅せず、かつ第三者に帰属しないことが不言の前提とされる¹⁰⁾。

そして、③それらの権利義務が、相続準拠法上、被相続人の相続財産に帰属するとされている場合に、相続財産に帰属することが確定し、相続準拠法の規定に従って分配され、最終的な帰属が確定することになる。

3. 久保教授による相続準拠法と個別準拠法の適用関係の具体例

(i) 相続準拠法：スイス法／保険契約準拠法：日本法

久保教授は、「例へば個別準拠法としての日本法が生命保険金請求権の買戻価格は相続の客体性なきものとなすときは相続の準拠法としての瑞西民法第四七六条が之を相続財産中に算入すべきものとなす場合に於ても相続財産に算入し得ない。」と述べておられる。

確かに、スイス民法典第 476 条は「被相続人の死亡によって生ずべき保険金請求権が、生前処分若しくは死因処分によって、第三者のために設定され、又は被相続人の生存中に第三者に無償で譲渡された場合には、被相続人の死亡時における保険金請求権の買戻価額は被相続人の財産に算入される。」と規定している¹¹⁾。しかし、スイス民法典第 476 条は、被相続人の死亡によって生ずべき保険金請求権が、無償で、第三者のために設定され又は生前処分若しくは死因処分によって第三者に譲渡された場合に、遺留分及び処分可能分の算定の基礎となる相続財産の確定に際して、いわば擬制的に保険金請求権の買戻価額を相続財産に算入する規定である。

被相続人の死亡によって、保険契約準拠法たる日本の保険法上発生した保険金請求権は、保険金受取人たる第三者に直接帰属する。したがって、「相続の客体性」を有しない。しかし、相続準拠法としてのスイス民法典第 476 条によれば、（確かに、保険金請求権が直接に相続財産に帰属することはないが、）その保険金請求権の買戻価額の限度で、（遺留分及び処分可能分の算定の基礎となる）相続財産に算入されることになるのではないだろうか¹²⁾。

(ii) 相続準拠法：日本法／保険契約準拠法：スイス法

次に、相続準拠法と個別準拠法を入れ替えた事例について、久保教授は、以下のように

⁹⁾ 同旨、横山潤『国際私法』（三省堂、2012 年）302 頁。

¹⁰⁾ ただし、久保・前掲論文（注 3）法定相続 128-129 頁にはこの点についての記載がない。

¹¹⁾ スイス民法の条文については、Berner/Peter Tour, Band. III Das Erbrecht 1. Abteilung Die Erben Artikel 457-538 ZGB 2, revidierte und erweiterte Aufl.(1952)、辰巳重範訳述＝穂積重遠校閲『瑞西民法』（法学新報社、1911 年）、相原東孝「スイス民法第 3 編相続法（その一）」小樽商科大学商学討究第 15 巻第 3 号（1964）159 頁参照。

¹²⁾ なお、生前処分又は死因処分によって第三者のために設定され、又は被相続人の生存中に無償で第三者に譲渡された、被相続人の死亡によって生ずべき保険金請求権は、その買戻価額について遺留分の減殺に服する（スイス民法典第 529 条）。

述べておられる。「今之と逆に個別準拠法としての瑞西民法がかゝる権利の相続の客體性を認むるも相続の準拠法としての日本民法がかゝる権利は相続財産を構成するものとなさない場合にはかゝる権利は相続財産に屬するものとなし得ないのである。」

ここでも、被相続人の死亡によって、保険契約準拠法たる 1908 年 4 月 2 日のスイス保険契約法¹³⁾及び 1911 年 3 月 30 日のスイス債務法¹⁴⁾上発生した保険金請求権は、保険金受取人たる第三者に直接帰属する（スイス保険契約法第 78 条）。したがって、「相続の客體性」を有しないはずである。

次に、相続準拠法としての日本法上、相続人が保険金受取人と指定された生命保険契約による死亡保険金請求権は、指定された保険金受取人が自己の固有の権利として取得するのであって、保険契約者又は被保険者から承継取得するものではなく、これらの者の相続財産を構成するものではないとされている¹⁵⁾。したがって、相続準拠法としての日本法上、生命保険金請求権は相続財産を構成することはない、ということになる。

久保教授は、一般論においては、個別準拠法によって判断されるのは、個々の権利義務の相続の客體性のみであり、個々の権利義務が、個別準拠法上の相続（実質）法の規定に従って相続財産とされるか否かについて（個別準拠法によって）判断することまでは要求してはいないようにも思われる。そうであるとすれば、久保教授の見解は、相続準拠法と個別準拠法との単純な累積適用を説くものではないとも考えられる。

しかし、その一般論を敷衍する形で直後に付されたスイス民法典第 476 条の具体例との関係においては、久保教授が相続準拠法と個別準拠法の累積適用を志向していたのではないかという疑問が残る。

上述のように、相続財産の構成の問題についての久保教授の見解は、基本的にフランケンシュタインの体系書の叙述に依拠したものであり、久保教授の見解を理解するためにも、フランケンシュタインの叙述を確認する必要がある。

第 2 節 フランケンシュタインの見解

1. フランケンシュタインの国際私法理論

フランケンシュタインによれば、すべての人は、一つの法秩序、すなわちその本国法に属し、すべての物は、それが存在する領域の法秩序に服する。全体としての国際私法（限界法）は、フランケンシュタインが第一次的連結（Primäre Anknüpfung）と呼ぶこの二つの連結に基づいている¹⁶⁾。

第一次的連結によってすべての人及び物が服するその法秩序〔第一次的準拠法〕は、その支配権を直接行使し、第一次的連結によってその法秩序に従属させられた人及び物の法律関係を、余すことなく指示することができる。しかし、その法秩序は、直接の支配を制限し、合目的性又は他の考慮に基づいて、第二次的連結（Sekundäre Anknüpfung）によって、その人又は物を、他の法秩序に結びつけることができる¹⁷⁾。

¹³⁾ 青谷和夫「《資料》スイス保険契約法」国士館法学第 12 号 93 頁（1980 年）参照。

¹⁴⁾ この法律〔スイス保険契約法〕に別段の規定がない事項については、債務法に関する規定は、これを保険契約に適用する（スイス保険契約法第 100 条）。

¹⁵⁾ 最三判昭和 40 年 2 月 2 日民集 19 卷 1 号 1 頁、最一判平成 14 年 11 月 5 日民集 56 卷 8 号 2069 頁等。

¹⁶⁾ Ernst Frankenstein, Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Bd. 1 (1926) S. 49f.

¹⁷⁾ Frankenstein (oben N. 16) S. 50f.

フランケンシュタインによれば、財産 (Vermögen) は、その法秩序によって特定の領域において承認される (人、物、独占権 (Monopolen) に対する) すべての種類の権利の経済上の統一体 (wirtschaftliche Einheiten) についての総称 (Sammelbegriff) である (相続財産、夫婦財産制における財産 (Vermögensmassen des ehelichen Güterrechts)、子の財産、破産財団、家族世襲財産 (Fideikommiß) 等)¹⁸⁾。

そして、その財産が、物的又は人的関係において、その法秩序の限界を超え、したがって、その財産が、他の法秩序によって支配される人、物、権利に対する権利を含む場合には、財産の個々の部分のすべてが服する一つの財産の準拠法が存在するのかが問題となる。

「原則として、すべての人、すべての物、すべての権利は、その固有の準拠法——すなわち、第一次的には、人はその本国法に、物はその所在地法に、権利はその客体の準拠法に服する。このすべての個々の財産が、なんらかの観点から、統一体、すなわち『財産』(相続財産、破産財団、編入財産 (eingebrachtes Gut)) に統合されるべき場合には、それぞれの個々の財産部分についての準拠法が、この性質決定に従い、その統合を承認する場合にのみ、それは可能である。……財産準拠法は、個別準拠法の恩恵によってのみ生きる。……¹⁹⁾」

2. 相続準拠法の範囲

久保教授が引用されているのは、フランケンシュタインの『国際私法 (限界法) 第4巻』の320頁及び321頁である。フランケンシュタインは、320頁から321頁にかけて、以下のように論じている。

「相続準拠法は、相続財産全体 (eine Gesamtmasse) を把握する (ergreift)。しかし、何が積極財産として相続財産に帰属し、又は消極財産として相続財産 (sie) に負担されるかは、個々の積極財産権 (Aktivrecht) が相続可能か (vererblich) 否か、個々の債務が死亡とともに消滅するか、又は相続人若しくは第三者に移転するか、に依存する。これに関しても、個々の権利及び個々の物が従属する法秩序のみが決定する [(注139) 同旨、ツィーテルマン『国際私法 第2巻』944頁、951頁、レワルト『ドイツ国際私法』294頁、ラーペ『シュタウディングラーのコンメンタール』655頁。反対、ドレスデン上級地方裁判所1897年11月15日判決(OLG. Dresden 15. November 1897, Sächs. Annalen 20, 45.) (手紙を公表することを禁止する権利が (das Recht, die Veröffentlichung von Briefen zu verbieten) 相続されるか否かは、相続準拠法が決定する!)]。相続準拠法の解釈は、原則的には (grundsätzlich)、重要ではない [(注140) 同旨、ツィーテルマン『国際私法 第2巻』944頁、952頁。しかし、後述321頁e) 参照。]。

b) それは、特に、生命保険及び年金において、実践的である。

a) 被相続人が、第三者のために生命保険契約を締結した場合には、義務者の法 (das Recht des Verpflichteten)、すなわち保険会社の法 (das Recht der Versicherungsgesellschaft) が、保険会社が遺産に対して支払う義務を負うのか、それとも第三者

¹⁸⁾ Frankenstein (oben. N. 16) S. 324.

¹⁹⁾ Frankenstein (oben N. 16) S. 509f.

に対して支払う義務を負うのか、すなわちその権利が遺産に帰属するか否か、について決定する。

- β) ある年金請求権が被相続人に帰属していた場合には、支払義務者の準拠法（das Statut des Zahlungspflichtigen）が、その請求権が死亡とともに消滅するか否かを明らかにする。反対に、被相続人自身が、年金を、例えば非嫡出子に支払わなければならない場合には、その債務が死亡を越えて存続するか否かは、その請求権が従属する準拠法（dem Statut, dem der Anspruch untersteht）から取り出さ（entnehmen）なければならない。
- c) 死亡によって初めて発生するその他の請求権、例えば事故による（aus einem Unfall）損害賠償請求権が遺産に属するか、それとも一定の人（配偶者、子供、扶養権利者）に帰属するかは、その請求権が従属する準拠法が（das Statut, dem der Anspruch untersteht）決定する。
- d) 消極財産として何が相続財産に属するかは、後に、検討される〔（注144）後述587頁以下を参照。〕。
- e) それに対して、もちろん、相続準拠法は介入し（eingreifen）得るし、様々な積極財産及び消極財産が遺産に帰属するかそれとも帰属しないかということに従属させ得る。しかし、その際に問題となるのは、遺産の分割についての擬制（Fiktionen）のみであり、相続準拠法の権限領域の外で（außerhalb des Machtbereichs des Erbstatuts）第三者に対して作用した（wirkten）規定が問題となるのではない。したがって、スイス法が、民法典第476条において、被相続人が第三者のために設定した（genommen hatte）生命保険の買戻価額は遺産に算入されなければならない、と規定している場合には、それは純粹な擬制（reine Fiktion）である。生命保険金自体が遺産に帰属するのは、生命保険会社が、生命保険会社（sie）の準拠法によれば遺産に対して支払わなければならない場合のみである。²⁰⁾」

3. 相続準拠法による相続財産全体の把握

フランケンシュタインは、「相続準拠法は、相続財産全体を把握する。（Das Erbstatut ergreift eine Gesamtmasse.）」との前提から出発しており、相続人、相続財産及び相続分の確定から相続財産の分割、配分に至る相続のプロセス全体において、（各段階における濃淡はあるにせよ）相続財産に対する相続準拠法の支配権を留保していると考えられる。

しかし、個々の権利義務が相続財産に帰属するか否かは、（個別準拠法上、個々の権利義務が発生・存続していることを前提に）個々の権利義務が相続可能か否か（すなわち被相続人の死亡とともに消滅するか、又は相続人若しくは第三者に移転するか）に依存する。そして、個々の権利義務が相続可能か否かに関しては個別準拠法のみによって決定されるのであって、相続準拠法の解釈は、原則としては重要ではない、とされている。

それに対して、もちろん相続準拠法は、個々の権利義務が相続財産に帰属するか否かの決定に介入し得るし、個々の権利義務が相続財産に帰属するか否か、すなわち個々の権利義務が相続可能か否かに従属させ得るが、その際に問題となるのは、遺産の分割について

²⁰⁾ Ernst Frankenstein, Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Bd. 4 (1935) S. 320f.

の擬制のみである、とされている。

4. フランケンシュタインの見解における相続準拠法の介入の意義——遺産の分割についての擬制

上述のように、スイス民法典第 476 条は、遺留分及び処分可能分の算定の基礎となる相続財産の確定に際して、被相続人の死亡によって生ずべき保険金請求権が、無償で、第三者のために設定され又は生前処分若しくは死因処分によって第三者に譲渡された場合に、いわば擬制的に、保険金請求権の買戻価額を相続財産に算入する規定である。

フランケンシュタインが「生命保険金自体が遺産に帰属するのは、生命保険会社が、生命保険会社の準拠法によれば遺産に対して支払わなければならない場合のみである。²¹⁾」と述べているように、被相続人の死亡によって、保険契約準拠法上発生した保険金請求権は、遺産には帰属せず、保険金受取人たる第三者に直接帰属する。

しかし、相続準拠法としてのスイス民法典第 476 条によれば、(確かに、保険金請求権が直接に相続財産に帰属することはないが、) その保険金請求権の買戻価額の限度で、(相続分の算定の基礎となる) 相続財産に(擬制的に) 算入されることになる。

ここでフランケンシュタインが述べているのは、個々の権利義務が、実際に、相続財産に帰属するか否かについてではない。

したがって、久保教授によるフランケンシュタインの引用が、個々の権利義務が、実際に、相続財産に帰属するか否かについて相続準拠法が規律するという趣旨であるならば、引用として適切さを欠くと思われる。

さらに、個々の権利義務が実際に相続財産に帰属するか否かを相続準拠法によって判断する結果として、(フランケンシュタインの見解によれば相続財産に帰属するはずの権利義務が) 相続財産から除外されることになり、この権利義務の帰属をどのように判断するかという問題が生じるようになった。この問題を処理するにあたって、久保教授が依拠されているのは、フランケンシュタインが同旨として引用している²²⁾ ツーテルマンの見解である。

第 3 節 ツーテルマンの見解

久保教授が引用されているのは、ツーテルマンの『国際私法 第 2 巻』の 947 頁及び 944 頁である。(フランケンシュタインは 944 頁及び 952 頁を引用している。)

ツーテルマンは、『国際私法 第 2 巻』の 946 頁から 947 頁にかけて、個別準拠法と相続準拠法との関係について以下のように論じている。

「……相続準拠法が、財産の特定の個体を、単一の相続財産から除外し、……財産個体を (sie)、その他の財産の共通の相続法上の運命に、特に相続に、従わせない場合には、財産個体の法的運命は、その個別準拠法が財産個体を (sie) [個別準拠法上の相続法規定に服する] 相続財産に属させるか、それとも同様に財産個体を (sie) 相続財産から除外する特別の法が、財産個体について (über sie) 決定するかにかかわらず、その個別準

²¹⁾ Frankenstein (oben N. 20) S. 321.

²²⁾ Frankenstein (oben N. 20) S. 320, N. 139.

拠法に従う。……個別準拠法、特に物権準拠法は、ここでは、物権準拠法に（ihm）従属させられた個々の財産個体に関して、相続準拠法の役割を演じ、個々の財産個体は、それについては、物権準拠法は同時に、相続準拠法であるところの、特別相続財産として（als besondere Erbschaft）扱われなければならない。その場合には、個別準拠法のすべての相続規定は、まるで被相続人の遺産が単にこの個々の個体のみで構成されているかのように、この『特別相続財産』に適用される。……²³⁾」

この部分の記述においては、久保教授による引用には問題はないようにも思われる。しかし、ツィーテルマンの見解は、相続準拠法の適用について（個々の財産を本源的に支配する）個別準拠法による実質法上の承認を要求する²⁴⁾など、久保教授の見解とはそもそも理論的な前提を異にしているように思われる²⁵⁾。

第3章 消極的相続財産（遺産債務）——「被相続人の債務²⁶⁾」と「財団債務」

久保教授は、「消極的相続財産（遺産債務）」について、以下のように「被相続人の債務」と「財団債務」とを観念上区別して論じておられる。

「次に消極的相続財産即ち遺産債務は観念上二つに分たれる。一つは被相続人の債務であり、他は相続自體により又は相続後始めて成立せる財団債務である。²⁷⁾」

この分類は、フランケンシュタインの分類に依拠したものであると考えられる²⁸⁾。

第4章 被相続人の債務の「相続の客体性」と「相続財産への帰属」

第1節 久保岩太郎教授の見解

久保教授は、権利と同様に、被相続人の債務についても、「相続の客体性」と「相続財産への帰属」を区別し、前者は個別準拠法に、後者は相続準拠法に依らしめている。

「(イ) 被相続人の債務に付ては、先づその債務が成立せるか否かは当該債務の準拠法に依る、例之被相続人が賣買契約により債務を負担するに至つてゐるか否かは其の賣買契約の準拠法に依る如くである。次にその債務に相続の客體性あるか否か被相続人の死亡と共に消滅するかの問題も亦その債務の準拠法に依る、而してこの點については罰

²³⁾ Ernst Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. 2 (1912) S. 946f.

²⁴⁾ Zitelmann (oben N. 23) S. 695f; ders., Sondergut nach deutschen Internatioalprivatrecht (EG. Art. 28), Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag (1911) S. 255ff.

²⁵⁾ ツィーテルマンの国際私法理論については、竹下啓介「Zitelmann 国際私法理論の『実証性』(一)～(五・完)」法学協会雑誌 122 卷 3 号 (2005 年) 73 頁、122 卷 10 号 (2005 年) 64 頁、122 卷 11 号 (2005 年) 104 頁、123 卷 6 号 (2006 年) 1 頁、123 卷 8 号 (2006 年) 99 頁を参照。

²⁶⁾ 久保・前掲論文 (注 3) 法定相続 129 頁においては「相続債務」とされている。

²⁷⁾ 久保・前掲論文 (注 3) 豫稿 92 頁。

²⁸⁾ Frankenstein (oben N.20) S.587.

金支拂の債務・年金債務・不法行為債務等を想像すべきであらう。併し乍らその債務が現に相続財産を構成し相続人に移轉するか否かの問題については相続の準據法に依るのである。この點の關係については上に積極的財産に付て述べた所を類推すべきである。²⁹⁾」

第2節 フランケンシュタインの見解

1. 被相続人の債務の「存在」と「相続可能性」

久保教授が引用されているフランケンシュタインは、『国際私法（限界法）第4巻』の587頁から588頁にかけて、被相続人の債務について、以下のように論じている。

「b) 被相続人の債務については、その存在 (ihrem Bestehen) とその相続可能性 (ihrer Vererblichkeit) とを区別しなければならない。

a) ある債務がそもそも存在するか否かは、被相続人が従属していた法秩序、したがって、第一次的には、ここで主張された解釈によれば、被相続人の本国法が決定する。例えば、被相続人が払込みの署名をした株式に対する払込みの債務を負っていたか否かは、第二次的に、会社の所在地の法が決定する。被相続人が(er)、売買契約によって債務を負っていたか否かは、被相続人がドイツ人である場合には、第二次的には、その履行地の法が決定する、等々。その際には、しばしばあることだが、もちろん他の原則に従うところの公的な負担(öffentliche Lasten)が、被相続人の債務に帰属することが考慮されなければならない。

β) 相続人がこの被相続人の債務の責任を負うか否かは、被相続人の債務が(sie) そもそも相続人に(auf ihn) 移轉するか否かに依存する、そしてそれは常に当然であるというわけではない(was ja nicht immer selbstverständlich ist)。人は、被相続人の死亡とともに消滅するところの、罰金の支払の債務、年金債務その他これに類するものを想起する。ここでも(Auch hier)、第一次的には、それが(es) その問題に相続法(dem Erbrecht) 又はその債務を支配する準拠法(dem Statut, das die Schuld beherrscht) のいずれを指定するかをそこから取り出さ(entnehmen) しなければならないところの、被相続人の最後の本国法が決定する〔(注157) その問題をアプリオリに債務準拠法に従属させるハビヒト『国際私法』184頁は、正確ではない(Ungenau)。〕。相続準拠法は(das Erbstatut)、通例、債務準拠法(das Schuldstatut)とは異なったものであるので、この性質決定問題は(Diese Qualifikationsfrage) 重要である。³⁰⁾」

フランケンシュタインは、被相続人の債務の「存在」と「相続可能性」を区別し、いずれについても被相続人の本国法に依らしめている。フランケンシュタインを引用した久保教授の議論においては、前者を個別準拠法によって判断し、後者を相続準拠法によって判断するものとして理解されているように思われる。

²⁹⁾ 久保・前掲論文(注3) 豫稿92-93頁。

³⁰⁾ Frankenstein (oben N. 20) S. 587f.

しかし、フランケンシュタインの上記の叙述においては、「存在」について述べた部分だけでなく、「相続可能性」について述べた部分も、「被相続人の本国法」とは、相続準拠法としての「被相続人の本国法」ではなく、フランケンシュタインの独自の国際私法理論における個別準拠法（債務準拠法）としての「被相続人の本国法」を意味していると思われる。

2. 債務準拠法

フランケンシュタインによれば、各人は、そのすべての債務につき、第一次的にその本国法に服する。そして、その本国法は、最終的な規律を自らに留保することができるし、主観的な観点（当事者意思など）や客観的な基準（契約締結地など）に基づいて、第二次的に、他の法秩序に連結することもできるとされている³¹⁾。

したがって、被相続人の債務が存在しているか否かは、第一次的には債務者である被相続人の本国法により、さらに第二次的連結が行われる場合には、第二次的準拠法によって判断されることになる。

3. 被相続人の債務の「相続可能性」

次に、被相続人の債務の「相続可能性」について検討する。

上述のように、『国際私法（限界法）第4巻』588頁において、フランケンシュタインは、相続人が被相続人の債務の責任を負うか否かは、被相続人の債務が相続人に移転するか否か、すなわち被相続人の債務が被相続人の死亡によって消滅するか否かに依存すると述べている³²⁾。

そして、それについては、「ここでも、第一次的には、それがその問題に相続法又はその債務を支配する準拠法のいずれを指定するかをそこから取り出さなければならないところの、被相続人の最後の本国法が決定する。相続準拠法は、通例、債務準拠法とは異なったものであるので、この性質決定問題は重要である。³³⁾」と述べている。

フランケンシュタインは、債務の「相続可能性（Vererblichkeit）」について明示的には述べていないが、物（Sache）、占有（Besitz）、不動産に対する所有権の「相続可能性」について、フランス法及び英米法のように、第一次的準拠法たる物権準拠法は、「相続可能性（相続による移転）」を物権準拠法に属すると「性質決定」し、物権準拠法の固有の相続法上の規定に従って判断する権限を有すると述べている³⁴⁾。

この議論を債務にあてはめると、債務についての第一次的準拠法たる被相続人の本国法は、一定の債務の相続可能性について、自国の相続法上の規定（相続準拠法）に従って判断するか、それとも第二次的に（外国法である）当事者の合意によって指定された地の法、住所地法、契約締結地法、履行地法などの（第二次的準拠法としての）債務準拠法によって判断すると「性質決定」することもできることになると考えられる³⁵⁾。

³¹⁾ 詳細は、Ernst Frankenstein, Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Bd. 2 (1929) S. 178-182 及び森田博志「債権譲渡の対第三者効力の準拠法をめぐる論証と学説理解の難しさ」千葉大学法学論集第25巻第3号50頁、71-72頁注111（2010年）参照。

³²⁾ 同旨、Frankenstein (oben. N. 20) S. 320f.

³³⁾ Frankenstein (oben. N. 20) S. 587f.

³⁴⁾ Frankenstein (oben N. 31) S. 14, 81, 94.

以上の理由から、債務の「存在」だけでなく「相続可能性」について述べた部分においても、「被相続人の本国法」とは、相続準拠法としての「被相続人の本国法」ではなく、フランケンシュタインの独自の国際私法理論における個別準拠法（債務準拠法）としての「被相続人の本国法」を意味していると考えられる。

フランケンシュタインの見解は、債務についての第一次的準拠法たる被相続人の本国法が、一定の債務を、直接自国の相続法上の規定に従って相続させる場合には、相続準拠法を適用したのと結論的には一致する。しかし、フランケンシュタインの見解を、債務の相続可能性について、一般的に相続準拠法を適用する見解と理解することには疑問が残る。

第5章 財団債務

久保教授は、財団債務について以下のように論じておられる。

〔ロ〕 財団債務に付て見るに、この債務は相続法に依り直接に発生せしめられるものである、従つてこの財団債務は相続の準拠法に依るべきである。故に例へば獨法が相続の準拠法なるときは被相続人の身分相當の埋葬費用（獨民一九六八條、尚ほ日民三〇八條比較参照）は財団債務とせられ相続人に對して之を請求し得ることゝなるが、相続の準拠法がかくの如くなしてゐない場合には右の費用は埋葬申込人（申込人が相続人の代理人ならざる限りは）に對して請求せざるを得ないことゝなるであらう〔（註14）Frankenstein, IV. SS. 587-589; Habicht, Internationales Privatrecht. S. 184. 比較参照。〕³⁵⁾〕

フランケンシュタインの『国際私法（限界法）第4巻』588頁から589頁及びハビヒトの『国際私法』184頁の引用についても問題はないと思われる。

第6章 結論にかえて——今後の課題

以上の検討の小括として、また、今後の検討のたたき台として、いかなる権利義務が相続財産に帰属するかという「相続財産の構成」の問題についての、相続準拠法の具体的な適用範囲あるいは具体的な適用方法について検討する。

³⁵⁾ フランケンシュタインは、『国際私法（限界法）第4巻』588頁の本文に付された注157で「その問題をアプリオリに債務準拠法に従属させるハビヒト『国際私法』184頁は、正確ではない。」と述べている。

ハビヒトは、フランケンシュタインと異なり、相続準拠法上の規定による債務の消滅の可能性まで認めている（Hermann Habicht, Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche (1907) S. 184.）。したがって、「アプリオリに債務準拠法に従属させる」点についてのフランケンシュタインの批判は、相続準拠法上における「相続可能性」の判断を行わないことに向けられているのではなく、フランケンシュタインの理論による二段階連結をしていないことに対するものであると考えられる。

³⁶⁾ 久保・前掲論文（注3）豫稿93頁。

(i) 相続準拠法を全面的に適用する方法（累積適用説又は一部累積適用説）

まず、従来の通説の一般的な理解のように、相続準拠法と個別準拠法を累積適用する方法³⁷⁾、又は被相続人に属していた個々の権利義務が、相続準拠法の債務（実質）法上も被相続人の死亡によって消滅しないこと（存続性）を前提に、当該権利義務が相続準拠法の相続（実質）法上も被相続人への移転の対象となるか否かを判断する方法³⁸⁾が考えられる。

しかし、そもそも相続準拠法上における当該権利義務の存続性を要求することは、権利義務の「存続性」について二重に性質決定することになり、単位法律関係ごとに連結点を通じて準拠法を決定するという国際私法の構造上一つの問題を複数の単位法律関係に該当すると性質決定すべきでない、という従来の通説に対する批判³⁹⁾が妥当するため、適切ではないと考えられる。

(ii) 個々の権利義務が、相続準拠法上成立しているものと仮定して相続準拠法を適用する方法（配分的適用説 I）

次に、当該権利義務は、当該個別準拠法上成立しているにもかかわらず、それをあたかも相続準拠法上で成立しているかのように仮定して、相続準拠法上、相続人への移転の対象となる財産であるか否かを判断する方法が考えられる⁴⁰⁾。

この方法による場合、個別準拠法上のみ存在する種類の権利義務の相続が問題となったときには、相続準拠法上でこれに相当する権利義務を想定して相続されるか否かを判断することが困難であるという問題点が指摘されている⁴¹⁾。

(iii) 相続準拠法によって相続されるための属性を抽出する方法（配分的適用説 II）

(ii)とやや異なる見解として、以下のものがある。まず、相続準拠法により、どのような属性・要素をもつ権利義務が相続されるのかを決定する。そして、当該権利義務が、このようにして決定された特別の属性・要素をも（個別準拠法上で）有しているか否かを、個別準拠法により判断するという方法⁴²⁾である⁴³⁾。

³⁷⁾ 第1章2. の（注3）を付した本文及び（注3）参照。

³⁸⁾ 上述のように（第2章第1節3.）、直前に付された具体例との関係でやや疑問は残るが、久保教授は一般論としてはこのように考えられていたようにも読める。なお、前提を異にするが、早川・前掲（注5）353-354頁の「第一の解釈」も参照。

³⁹⁾ 道垣内・前掲（注5）ポイント113頁、林・前掲（注5）197-198頁、中西・前掲〔判批〕（注4）161頁等。

⁴⁰⁾ 塚場・前掲（注5）120頁、鳥居・前掲（注5）170頁、特に、林・前掲（注5）197-198頁はこのような趣旨であると思われる。

⁴¹⁾ 早川・前掲（注5）366-367頁。林・前掲（注5）198頁は、そのような事態が生じた場合には適応問題として処理するしかないであろう、とされる。

⁴²⁾ 第1章2. の（注5）を付した本文及び（注5）参照。なお、實方正雄教授の見解をこのように理解する見解もある（中西・前掲〔判批〕（注4）161頁）。しかし、この理解は、實方教授の叙述の一部に依拠したものであり（早川・前掲（注5）349頁、特に360頁注51参照）、實方教授の叙述の全体（實方・前掲論文（注3）253-254頁及び256-257頁）を整合的に理解しようとする、ある財産権が一身専属的か否かの問題を区別し、これを個別準拠法に依らしめ、残余の問題について相続準拠法と個別準拠法を重疊的に適用する見解と理解することになる（石黒・前掲（注4）254頁注15参照。）ものと思われる。

⁴³⁾ なお、早川・前掲（注5）350-354頁、特に354頁の「第二の解釈」及び361頁注63、同「ハーグ準拠法諸条約と『相続財産の構成』」関西大学法学論集39巻4・5号（1990年）211頁も参照。

しかし、この見解に対しても、例えば、相続準拠法にその国に特有の年金債務や身元保証債務の制度があり、それらの債務は相続されることになっていた場合においては、相続されるための属性の抽出という作業が困難であるという問題点が論者自身によって指摘されている⁴⁴⁾。

また、相続準拠法によって、相続されるための属性を抽出し、その属性を有するか否かを個別準拠法によって判断することの実益がない場合も多いのではないかと疑問⁴⁵⁾も呈されている。

さらに、一般に、ある財産権の移転可能性については当該財産権自体の準拠法によると考えられているが（債権譲渡）、相続による移転についてのみ別に解する理由があるのか、日本民法のような一身専属権の相続性を否定する規定をもたず、慰謝料請求権など個々の権利義務についてその相続性が直接に規定あるいは議論されている法制が相続準拠法となる場合にも万能であるか⁴⁶⁾といった問題点も指摘されている。

(iv) 個々の権利義務の「相続可能性」については原則として個別準拠法の規律に委ねるが、「相続財産の構成」の問題への相続準拠法の介入の可能性を留保する方法（私見）

確かに、被相続人に属していた個々の権利義務が被相続人の死亡によって消滅するか否かは、当該権利義務の性質の問題であり、当該権利義務の準拠法（個別準拠法）によって規律されるべきである。

従来は、この「被相続人の死亡によって消滅しなかった権利義務」が、相続財産に帰属するか否かという問題について、相続準拠法を適用するか否か、適用するとしてどのように適用するかが（やや漠然と）議論されてきた。

しかし、例えば、遺留分の減殺によって被相続人の財産から流出していた財産が相続財産に取り戻され、あるいは遺産債務として相続財産に対する債務が新たに発生する場合⁴⁷⁾のように、相続準拠法の介入によって、個別準拠法のみ規律によれば相続財産に属しない権利義務が、相続財産に帰属するという場面も考えられる。

さらに、いかなる権利義務が相続財産に帰属するかという「相続財産の構成」の問題に相続準拠法が介入するのは、個々の権利義務が、実際に、相続財産に帰属するか否かの判断に限られないのではないかと疑問もある。例えば、遺産の分割の前提となる各共同相続人の相続分（及び遺留分）の算定に際して、その算定の基礎となる相続財産を確定するために、共同相続人（及び第三者）に対してなされた生前贈与等を（擬制的に）相続財産に算入する場合⁴⁸⁾についても、相続準拠法によって規律されることになる。これを「相続財産の構成」の問題と呼ぶかはともかく、「いかなる権利義務が相続財産に帰属するか」

⁴⁴⁾ 早川・前掲（注5）357-359頁。

⁴⁵⁾ 早川・前掲（注5）365-367頁、林・前掲（注5）198頁。

⁴⁶⁾ 神前・前掲（注4）227頁、中西・前掲（注4）138-139頁、同・前掲〔判批〕（注4）161頁、林・前掲（注5）198頁。神前・前掲（注4）227頁は、ある財産権の相続可能性について、二段階に分けて別の準拠法で判断するという方法は、一定の性質を有する財産権を相続の対象外とする日本民法の規律（民法第895条）に引きずられたものではないか、との疑問を呈されている。

⁴⁷⁾ 久保・前掲論文（注3）法定相続133頁、同・前掲書（注3）263頁は、遺留分の認否・遺留分権の性質・遺留分権利者の範囲・遺留分の算定（殊に遺産の範囲、遺産額より控除されるべき債務・財産及び財産の評価等）等についての問題は、被相続人の処分能力の制限乃至相続財産の帰属の決定の問題であるから相続の準拠法によるべきである、とされている。

という問題に相続準拠法が介入する場面の一つと言えるのではないだろうか。

以上のように、いかなる権利義務が相続財産に帰属するかという「相続財産の構成」の問題には、区別して論じられるべき複数の問題が含まれているように思われる。そして、それらの問題に対する相続準拠法の適用可能性は一律に否定されるべきではないと思われる。したがって、「相続財産の構成」の問題をどのように捉えるかにもよるが「相続財産の構成」の問題について、一律に個別準拠法のみによることはできないと考える。しかし、それぞれの問題における相続準拠法の適用範囲についての詳細な検討や、相続メカニズムの外部（外部関係）に立つ第三者との関係について、どの程度まで相続準拠法（内部関係の準拠法）の規律によることができるか（相続メカニズムの内部関係と外部関係との規律の調整）⁴⁹⁾など、残された問題も少なくない。今後の課題としたい。

⁴⁸⁾ 林・前掲（注5）200頁は、日本民法上のみなし相続財産のように被相続人による生前贈与や遺贈を一旦遺産に引き戻す制度を有する国もあり、これらも相続財産の構成の問題といえ、これに関しては相続準拠法が適用されるべきである、とされる。

⁴⁹⁾ 石黒一憲『国際私法〔第2版〕』（新世社、2007年）437頁注884等参照。