

Title	国際信託に関わる法律問題の準拠法決定基準
Sub Title	Laws applicable to legal issues concerning international trusts
Author	島田, 真琴(Shimada, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2008
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.11 (2008. 12) ,p.59- 189
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	慶應義塾創立152年記念号上巻 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20081225-0059

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

国際信託に関わる法律問題の準拠法決定基準

島田真琴

はじめに

- 1 渉外的要素を含む訴訟における準拠法の決定方法
- 2 国際信託に関わる法律問題の準拠法

結語

はじめに

信託における委託者、受託者、受益者（以下、「信託当事者」という。）やこれらの者の相続人、債権者、債務者その他の関係者（以下、「信託関係者」という。）の国籍、住所、営業所、常居所、本拠地などが外国である場合や、信託財産の所在地、信託事務を行う場所などについて日本法が及ばない地域が関係している場合、そのような信託（以下、そのような信託を「国際信託」という。）は、その成立、効力、受益者の権利や受託者の権限、義務その他の法律問題に関し、複数の国の法の適用を受ける可能性が高い¹⁾。そのような国際信託の信託当事者の間、又は信託当事者と信託関係者との間で紛争が発生し、日本で訴訟が提起された場合、裁判所は、当該紛争を解決するため、まず訴訟当事者間で争われている法律問題の準拠法を決定しなければならない。当該法律問題が信託の成立や効力・解釈に関する問題の場合、その準拠法（以下、「信託準拠法」という。）は、通則法7条及び8条によって定めるのが通説である。すなわち、信託設定

1) 国際信託に関する法律問題全体について、早川眞一郎「信託と相続の交錯」池原編「国際信託の実務と法理論」（有斐閣、1990）112頁以下、拙稿（島田真琴）「国際民事信託の設定に関する諸問題」（慶應法学9号）参照

者（信託契約による信託の場合は委託者及び受託者、それ以外の場合は委託者）が設定時に明示又は黙示による準拠法指定をしていた場合は、その指定した法（通則法7条）、指定がない場合は、当該信託と最も密接に関係する法（同8条）が信託準拠法となる²⁾。しかし、そのようにして決定された信託準拠法が、国際信託に関する紛争に含まれている全ての法律問題に適用されるわけではない。国際私法において、準拠法の決定は、単位法律関係ごとに分けて行う方法が採られているので、信託という単位法律関係の範囲外の法律問題に関しては、それぞれの準拠法を別途に決定しなければならない。本稿は、国際信託をめぐる紛争において、(1) 通則法7条及び8条によって定まる信託準拠法はどの範囲までの法律問題に適用すべきか、及び(2) 信託準拠法の適用を受けない法律問題の準拠法はどのようにして決定すべきかについて検討するものである。

1 渉外的要素を含む訴訟における準拠法の決定方法

1. 1 準拠法決定のための作業工程

国際信託に関する事件の場合に限らず、訴訟事件の当事者や関係者の国籍、住所、常居所、本拠地、事件における請求の対象となっている目的物の所在地、事件に関係する重要な行為が行われた場所や行うことが予定された場所などのうちのどれかに関して、日本法以外の法律が適用される国や領域が含まれている場合、裁判所は、当該事件を解決する前提として、これに適用する準拠法を決定するために以下のような作業を行う。

(1) 訴訟物の準拠法決定作業

訴えを提起した原告の主張に渉外的要素が含まれている場合、裁判所はまず、当該訴訟における原告の請求の法的性質に基づいて、当該請求（訴訟物）自体の準拠法（以下、「訴訟物準拠法」という。）を決定する。これは、当該訴訟物の

2) 信託準拠法に関する諸学説及び私見について、拙稿「国際信託の成立及び効力の準拠法(1)、(2)」(前半(1)は慶應法学10号、後半(2)は同12号掲載予定) 参照

法的性質を基準として日本の国際私法が定めている単位法律関係のうちのどれにあてはまるかを決定（法性決定）した上で、通則法が当該単位法律関係の連結点として定めている事項を当該事件の事実関係の中から選び出し（連結点の確定）、通則法及び日本の国際私法の一般原則に従って準拠法を特定する（準拠法の特定）というプロセスを経て行われる作業である³⁾。たとえば、原告が、イギリスで設定された信託の受託者として、日本に所在する信託財産を占有している者に対して、「受託者の財産管理権に基づいて信託財産の引渡しを求める」旨の訴訟を提起した場合、裁判所は、原告の請求（信託に基づく財産引渡請求権）の法的性質が、信託、すなわち「法律行為」という単位法律関係に当たることを決定し、通則法7条が連結点としている「当事者による準拠法の選択」があるかどうかを判断し（連結点の確定）、委託者がイギリス法を準拠法に指定していた事実が認められる場合に、イギリス法を準拠法に決定することになる（準拠法の特定）。

（2）請求原因に関する法律問題の準拠法決定作業

(i) 訴訟物準拠法の適用：裁判所は次に、上記（1）の作業によって決定した訴訟物準拠法に基づいて、原告の請求の根拠となる請求原因事実が何かを特定し、当事者がそのような事実を主張しているかどうかを判断する。たとえば上記（1）に例示した信託財産引渡請求訴訟の場合、イギリス法上、原告は、(a) 原告が当該財産を信託財産とする信託の受託者であること、すなわち、「原告を受託者とし、当該財産を信託財産とする信託が成立していること」及び (b) 「被告が当該財産を占有していること」を主張立証しなければならない。これらの請求原因事実の主張がないとき、裁判所はそれ以上の作業をせずに請求を棄却できる。また、これらと無関係な事実の主張に関しては、それ以上の作業は不要となる。

3) 澤木＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（有斐閣、2006）17頁乃至19頁、道垣内正人「ポイント国際私法総論第2版」（有斐閣、2007）34頁以下

(ii) 訴訟物準拠法の送致範囲の画定：上記 (2) (i) の作業によって特定された請求原因事実が法的評価を伴わない客観的事実だけの場合は、直ちに事実認定をすればよい。しかし、請求原因事実には、法的概念や法的評価を要する規範的事実が含まれていることが少なくない。そのような場合、法的概念の解釈や規範的事実の法的評価において、上記 (1) の作業で決定した訴訟物準拠法を用いることができるかどうかを決めなければならない。上記の信託財産引渡請求訴訟の場合、たとえば、「当該財産を信託財産とし、原告を受託者とする信託が成立したこと」という請求原因事実には「信託の成立」という法的事実が、また「被告が当該財産を占有していること」という請求原因事実には「占有」という法律概念がそれぞれ含まれているので、これらの法律概念の意味や要件の判断に際してイギリス法を適用してもよいのかどうかを決定することになる。

(iii) 請求原因に関する法律問題の準拠法の決定：上記 (2) (ii) の作業の結果、請求原因事実における法的概念の解釈や規範的事実の評価に訴訟物準拠法が適用できる場合はこれによればよい。そうでない場合は、そのような法律問題の解決のために適用する法律（以下、「2次的準拠法」という。）を別途決定しなければならない。上記の訴訟で、「占有」という法律概念が信託準拠法の適用を受けないとした場合、その準拠法を決定する作業である。この作業は、上記 (1) のときと同様、法律関係の性質決定、連結点の確定、準拠法の特定というプロセスを経て行われる。

(iv) 請求原因に関する法律問題の準拠法の適用：上記 (2) (ii) 及び (iii) の作業によって請求原因事実に含まれている法律問題の準拠法が決定される。これは、当該法律問題が訴訟物準拠法の送致範囲内である場合は訴訟物準拠法、そうでない場合は上記 (2) (iii) の作業によって決定された2次的準拠法となる。裁判所は、そのようにして決定された請求原因に関する法律問題の準拠法を適用して請求原因事実の主張が成り立つかどうかを検討する。ここまでの作業だ

だけで原告の請求の可否について判断できる場合は、請求原因の準拠法決定に関してそれ以上の作業は不要である。しかし、請求原因事実に含まれている法律問題には、法的な評価をすることが必要な概念が含まれているものや、別の要件事実を主張立証することによって初めて成立するものもある。たとえば、上記の訴訟において、「信託の成立」という請求原因事実は、イギリス法上、「委託者の信託設定意思の表明」及び「信託財産の移転」という2つの要素を必要としているので⁴⁾、原告は、これらの事実（以下、「2次的要件事実」という。）を具体的に主張しなければならない。裁判所は、そのような2次的要件事実の主張がなされているかどうかを検討し、欠けている場合は原告の請求は認められないと判断する。また、イギリス法上の信託の成立要件に関係がない事実の主張に関しては、それ以上の作業は不要である。

(v) 請求原因に関する法律問題の準拠法の送致範囲の画定：上記 (2) (iv) の作業によって特定された2次的要件事実が法的評価を伴わない客観的事実だけの場合は、直ちに事実認定をすればよいが、これに法的概念や規範的な評価が必要な事実が含まれている場合、そのような法律問題に上記 (2) (ii) 又は (2) (iii) の作業で決定した準拠法（訴訟物準拠法又は2次的準拠法）を適用できるかどうかを決めなければならない。これは、上記 (2) (ii) と同じ作業である。さらに、当該法律問題が訴訟物準拠法又は2次的準拠法の送致範囲に含まれない場合は、上記 (2) (iii) と同じ作業をして、その準拠法を別途決定しなければならない。このようにして準拠法が決まった2次的要件事実に対して当該準拠法を適用した結果、さらに他の法律概念や規範的要件が含まれていることがわかった場合は、これについて上記 (2) (ii) 及び (2) (iii) と同じ作業を行う。

4) Milroy v Lord (1862) 4 De GE & J 264, Thomas and Hudson "The Law of Trusts" (Oxford, 2004) para.1.02, A. Hudson "Equity and Trust 4th ed." (Cavendish Publishing) pp.178-179, P. H. Pettit "Equity and the Law of Trust 10th ed." (Oxford University) pp.98-103. なお、これは、任意の明示信託の場合の要件であり、後述する結果信託 (resulting trusts) や擬制信託 (constructive trusts) は含まない。また、自己信託の場合は、信託財産を移転する必要がない。

この作業は、原告の請求に対する判断（被告の抗弁に対する判断を除く。）が可能になるまで繰り返される。

（3）抗弁に関する法律問題の準拠法決定作業

（i）訴訟物準拠法や2次的準拠法等の抗弁への適用：抗弁とは、一方当事者が主張する事実に基づく法律効果を前提としながら、相手方が、その法律効果の発生を妨げ、又はそれを消滅させる目的で、別の事実を主張することである⁵⁾。原告の請求に対して被告が抗弁を主張している場合、裁判所はまず、当該抗弁が訴訟物である請求そのものの効果を否定するものなのか、それとも請求原因のうちのどれかの効果を否定するものなのかを判定する。信託に基づく財産引渡請求に対して、被告が当該請求権の時効消滅の抗弁を主張した場合が前者の例であり、「委託者は行為無能力者だったので、信託設定の意思表示は無効である」との主張した場合は後者の例である。その上で、当該抗弁が効果を否定しようと意図している請求や請求原因に関する準拠法を適用して、当該抗弁に一応の合理性があるかどうかを検討する。たとえば、訴訟物準拠法において、信託に基づく請求権は時効によって消滅しないとされている場合、上記の時効消滅の抗弁は明らかに理由がないので、それ以上の作業は不要となる。他方、訴訟物準拠法が信託に基づく請求権を消滅時効の対象としているときは、時効期間その他の要件に関する主張の適否はさておき、時効消滅の主張には一応の合理性が認められるので、次の作業へ進む。

（ii）訴訟物準拠法や2次的準拠法の送致範囲の画定：上記（3）（i）の作業によって訴訟物準拠法や2次的準拠法上、抗弁に一応の合理性があると認められる場合、当該抗弁の要件事実に含まれている法概念や規範的事実の評価について、同じ準拠法を適用できるかどうかを決めなければならない。上記の例において、「委託者の行為能力」という法律問題が「委託者の信託設定の意思表

5) 兼子一「民事訴訟法体系増訂版」（酒井書店、1965）207頁、伊藤真「民事訴訟法第3版補訂版」（有斐閣、2005）290頁

示の成立及び効力」に関する準拠法であるイギリス法の送致範囲に含まれるかどうかという問題である。

(iii) 抗弁に関する法律問題の準拠法の決定：上記 (3) (ii) の作業の結果、抗弁に含まれている法律問題がこれに対応する訴訟物又は請求原因の準拠法（訴訟物準拠法又は2次的準拠法）の適用を受けないことが判明した場合、その準拠法を別途決定しなければならない。この作業は、上記 (2) の (iii) と同じである。なお、原告が主張する請求原因に関連する事実に渉外的な要素が全く含まれていない事件において、抗弁主張の中で初めて渉外的要素が登場する場合もある。たとえば、国内当事者間における所有権に基づく国内資産の引渡請求訴訟において、被告が外国人から当該資産を購入したとの主張をする場合などである。このような事件では、この (3) (iii) の作業が準拠法決定作業の出発点となる。すなわち、当該抗弁主張における法律問題、これに対する再抗弁に関する法律問題などの準拠法が、上記 (1) 以下と同じ作業を経て順次に決定されることになる。

(iv) 抗弁に関する準拠法の適用、送致範囲の画定、2次的要件事実の準拠法決定：このようにして準拠法を決めた抗弁事実について、当該準拠法を適用した結果、さらに他の法律概念や規範的要件が含まれている場合がある。たとえば、「行為能力の有無」という抗弁の要件が「委託者が未成年者であること」である場合は、「未成年」という法律概念の解釈が必要となる。そのような法律問題についてさらに準拠法を決定するため、上記 (2) の (ii) 及び (iii) と同じ作業を行うことになる。この作業は、抗弁主張に対する判断（再抗弁に対する判断を除く。）が可能になるまで繰り返される。この作業が終わった後、原告からの再抗弁があったとき、これに関する法律問題の準拠法を決定するため、上記 (3) (i) 以下と同じ作業が行われる。

以上の作業工程は、論理的な思考過程を示すものであり、裁判官が実際にこ

のような時系列に従って準拠法を決定するというわけではない。準拠法の決定は、当事者の主張が出尽くした後、主張整理の際に一挙に行われることが多いと思われる。こうして決定された準拠法に基づく主張整理により明らかとなった、事実に関する争点について、証拠に基づく事実認定がなされる⁶⁾。

これらの作業のうち、(2)の(i)及び(3)の(i)は、裁判所が決定した準拠法の適用の問題である。これは、準拠法決定過程において不可欠な作業であるとはいえ、国際私法特有の問題ではない。これに対し、(1)、(2)(ii)、(iii)、(iv)、(v)、(3)の(ii)、(iii)、(iv)などの作業には、「法性決定」、「送致範囲の画定」、「先決問題」などと呼ばれる国際私法上の重要問題が含まれている。

渉外的要素を含む法律問題の準拠法を決定する際、上記の作業は必ず行われる。そして、これらの作業を行う上では、「法性決定」、「送致範囲の画定」及び「先決問題」などが正しく処理されなければならない。そこで、国際信託が争点となっている訴訟において、通則法7条及び8条に基づいて決定された信託準拠法がどこまでの法律問題に及ぶのか、そして、信託準拠法の適用範囲外の法律問題の準拠法はどうなるのかという問題を検討する前提として、以下において、(1) 訴訟物たる請求の法性決定はどのような基準で行うのか（下記1. 2）、(2) 訴訟物準拠法の送致範囲はどのようにして画定するのか（下記1. 3）、(3) 2次的準拠法は、訴訟物準拠法とは異なる方法で決定するのか、すなわち、先決問題の準拠法はどのようにして決定するのか（下記1. 4及び1. 5）、及び(4) 争点ごとの準拠法が異なる場合において、その適用結果に矛盾が生ずるようにみえるとき、どのようにして調整するのか（下記1. 7）など、準拠法決定作業に関連する国際私法上の諸問題を検討しておく。

6) たとえば、「当事者による準拠法の選択」が準拠法決定のための連結点である場合のように、連結点の確定のために事実認定を伴うときは、証拠調の後で準拠法を決定する。この場合、裁判所は、複数の準拠法の可能性について場合分けをし、並列的に主張整理をしておくことになる。

1. 2 訴訟物準拠法の法性決定について

国際私法は、準拠法決定のためのルールを、単位法律関係ごとに分けて定めている。訴訟における審判の対象となっている請求権の準拠法を定めるには、その前提として、国際私法が定めている様々な準拠法決定のルールのうちのどれを適用するかを選定しなければならない。そして、この選定のためには、当該請求権が属している法律関係が、国際私法に規定されている単位法律関係のうちどのどれに当たるのかを判断しなければならない。この判断のことを法律関係の性質決定、又は法性決定という。学説上、法性決定をどのような方法で行うべきかについて、当該法律関係に適用される法律が定めている法的性質によるべきであるとする見解（以下、「準拠法説」という。）、法廷地における国際私法以外の法律（これを「実質法」という。）を基準として決定すべきであるとする見解（以下、「法廷地法説」という。）、及び、わが国の国際私法自体の立場から独自の基準を設けて解決すべきであるとする見解（以下、「国際私法自体説」という。）の3つがある⁷⁾。以下、それぞれについて検討する。

1. 2. 1 準拠法説について

準拠法説は、単位法律関係の法的性質を、当該法律問題に適用すべきことが国際私法により指定される実質法、すなわち、準拠実質法に基づいて決定すべきであるとする見解である。この見解は、国際私法が外国法を準拠法に指定する場合、その外国の実質法の法性決定によらなければ、当該外国法の精神を害することなく正しく適用することにならないことを根拠としている⁸⁾。

たしかに、特定の法律問題について、その準拠実質法を決定する基準として用いた法的性質と当該準拠法によって定まる法的性質とが異なると、裁判所の

7) 諸学説を紹介する文献として、山田鎌一「法律関係の性質決定」ジュリスト増刊「国際私法の争点（新版）」（有斐閣、1996）66頁、櫻田嘉章「法律関係の性質決定」別冊ジュリスト185号「国際私法判例百選（新法対応補正版）」（有斐閣、2007）5頁。

8) 江川「国際私法に於ける法律関係の性質決定」国際法外交26巻（1927）463頁（旧説）。準拠法説の根拠を説明した文献として、池原季雄「国際私法総論」（有斐閣、1973）105頁以下参照。

判断が複雑化し、無用な混乱の原因にもなりかねないので、両者はなるべく一致した方が望ましい。問題は、準拠法決定後にはじめて知りうるはずの準拠法を、準拠法決定の前提である法的性質の決定基準とすることが本当に可能なのかという点である。これに関し、準拠法説は、特定の仮定的準拠法に基づいて単位法律関係を決定した上で、当該単位法律関係の準拠法に基づいて法性決定するという手法をとれば、実務的には可能であると説明する⁹⁾。つまり、訴訟の対象となっている紛争に関係する国のうちの1つを選び、その国の実質法が準拠法であると仮定した場合の当該請求の法的性質を判断し、これに基づいて選定した準拠法が同じ国の法であるときは、当該法を準拠法と決定するのである。これに対し、他の学説は、仮定的準拠法という手法を採った場合、複数の国際私法規定の適用が導かれるような法性決定がなされたり、あるいは、いずれの国際私法の適用もできないといった事態が生じたりするおそれがあると批判している¹⁰⁾。そこで、仮定的準拠法という手法による準拠法決定が本当に可能なのかを具体例を用いて検証してみる。

説例1：離婚に伴う財産給付請求

イギリスに居住していた日本人夫婦が不仲となり、日本で、妻Xが、夫Yの不貞を原因としてYとの離婚を求める訴訟を提起すると共に、財産分与及び不貞行為に関する慰謝料を請求したとする。この慰謝料請求権の準拠法を決定するに当たって、裁判所はまず、この請求権が日本法に準拠したものであると仮定し、仮定的準拠法である日本法に基づいて、当該請求権の法性決定を試みる。日本法上、慰謝料請求権の法的性質は不法行為に基づく損害賠償請求権なので、この請求の準拠法は通則法17条によって決定される¹¹⁾。よって、Xの慰謝料請

9) 三浦正人編「2訂国際私法」(青林双書、1990) 39頁。ただし、同書も、この方法では解決できない場合があるとしている(40頁)。

10) 山田録一「国際私法第3版」(有斐閣、2004) 51頁、池原季雄「国際私法総論」(有斐閣、1973) 114頁、澤木=道垣内「国際私法入門(第6版)」(前掲注3) 22頁、木棚照一=松岡博=渡辺惺之「国際私法概論(第5版)」(有斐閣、2007) 36頁

求権の成立及び効力に関する準拠法は、「加害行為の結果が発生した地の法」であるイギリス法となる。このように、仮定的準拠法（日本法）とこれに基づいて決定した準拠法（イギリス法）とが異なっている場合、当該仮定が間違っていたことになる。そこで今度は、イギリス法が準拠法であると仮定し、同法に基づいて当該請求権の法的性質を決定してみる。イギリス法上、Yの不貞行為は独立した財産請求権の根拠ではなく、離婚に伴う財産給付請求における考慮事項の1つである¹²⁾。したがって、Xの請求権は、不法行為ではなく、離婚に属する法律問題であり、通則法27条によって準拠法を決定しなければならない。この場合の準拠法は夫婦の本国法である日本法となる。結局、準拠法を日本法と仮定してもイギリス法と仮定しても、当該準拠法に基づく請求権の法的性質と準拠法決定基準としての法的性質とが一致しない。よって、仮定的準拠法を用いる方法では、この法律問題の準拠法を決定することができない。

説例2：信託契約の成立

イギリスに常居所を有するXと日本に常居所を有するYとの間で、XがYに特定の財産を託する旨の信託契約を締結したが、XはYに対する信託財産の引渡しを怠っていたため、XはYに対し、信託契約に基づく信託財産引渡請求訴訟を日本の裁判所に提起したとする。信託契約の準拠法指定はなかったが、原告であるXがイギリス法に基づく信託契約であると主張している場合、裁判所はまず、イギリス法を準拠法と仮定し、この仮定的準拠法に基づいて法性決定を試みる。イギリス法において、信託契約、つまり信託を設定するための合意は信託とは独立した別個の契約である¹³⁾。よって、信託契約の準拠法は、日本の国際私法における契約準拠法の問題として、通則法8条によって決定される。

11) 山田「国際私法第3版」(前掲注10) 450頁、澤木=道垣内「国際私法入門(第6版)」(前掲注3) 122頁、神戸地裁平成6年2月22日判決(家裁月報47巻4号60頁、判例タイムズ851号282頁)。ただし、離婚準拠法によるべきであるとの見解も有力である(鳥居淳子「障碍離婚事件の準拠法」岡垣=野田編「講座・実務家事審判法(5)」(1990) 153頁、溜池良夫「国際私法講義(第3版)」(有斐閣、2005) 469頁)。

12) Matrimonial Cases Act 1973 s 25 (1)

イギリス法に基づく「信託を設定する旨の契約」における特徴的給付は、委託者による信託財産の受託者への給付なので、仮定的に適用したイギリス法における法的性質に基づいて決定した準拠法は、通則法8条2項により、委託者Yの常居所地法、つまり日本法であり、最初の仮定は間違っていたことになる。そこで今度は、日本法に基づいて信託契約の法的性質を検討する。日本法上、信託契約は「信託」という単位法律関係に含まれる¹⁴⁾。よって、通則法8条に基づいて、信託の準拠法を決定しなければならない。信託における特徴的給付は受託者の義務なので、8条2項により最密接関係地法は受託者Xの常居所地法と推定され¹⁵⁾、信託準拠法は、原則としてイギリス法となる。要するに、イギリス法を準拠法と仮定した場合の準拠法は日本法、日本法を準拠法と仮定した場合の準拠法はイギリス法ということになり、どちらの仮定も成り立たない。

以上のように、同一の法律関係の法的性質が国によって異なる場合、準拠法に従って法的性質を決定しようとするると循環問題を生じることがある。このような致命的欠陥がある以上、法性決定のための基準として準拠法説は採用できない。循環問題を生じさせないためには、最初の出発点において仮定的準拠法などは用いず、確定的な基準に従って法的性質を決定するべきである。

13) D. Hayton “Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees 17th ed” (Butterworth, 2006) p.181, Re Anstis (1886) 31 Ch D 596. かつてはイギリスにも、信託自体を契約の一形態と捉える学説もあったが (F. Pollock, Principle of Contract, (1911) pp.220)、判例法は受け入れなかった (富田仁「信託の構造と信託契約」(酒井書店、2006) 142頁以下参照)。なお、アメリカでも、信託と契約を区別するのが判例通説である (樋口範雄「信託と契約」(信託法研究21号、1997) 57頁乃至88頁参照)。

14) 信託契約を信託とは独立した単位法律関係と考えることも解釈上は可能だが、実質的には意味がない。また、信託実務及び信託契約を締結する当事者の合理的意思にも反している (後記2. 1. 1 (1) 参照)。

15) ただし、信託に関しては、通則法8条2項に基づく特徴的給付による最密接関係地法の推定が常に働くわけではない (拙稿「国際信託の成立及び効力の準拠法(2)」(前掲注2) 4. 2. 2 (1) 参照)。

1. 2. 2 法廷地法説と国際私法自体説について

法廷地法説は、法性決定は法廷地の実質法によるべきであるとする見解である¹⁶⁾。この説によれば、たとえば、上記1. 2. 1の説例2において、裁判における請求の法的性質が信託なのか、それとも契約なのかは、まず日本の民法及び信託法を基準にして、当該請求の内容が信託、契約のどちらに当たるのかを判断して決定することになる。

これに対し、国際私法自体説は、法性決定は、特定の国の実質法によるべきではなく、国際私法自体の立場から自主的になされるべきであると主張している¹⁷⁾。同説は、法廷地法説に対し、国際私法は、法廷地実質法と外国実質法とを対等なものとして準拠法を決める法律なのだから、国内実質法を外国実質法よりも優先すべきものとするのは根拠がないし、「国際私法上の法律概念をいずれかの実質法によらなければ解決できないとする出発点において妥当を欠く」と批判している¹⁸⁾。現在のわが国において、この国際私法自体説が通説とされている。

しかし、法廷地法説に対する上記の批判は、あまり説得力がないと思われる。たしかに、ある生活関係が、日本の国際私法（すなわち通則法）が定めている

16) 現在、法廷地法説を支持する旨を明らかにした文献は見当たらないが、この説に立った下級審判決がある（京都地裁昭和31年7月7日下民7巻7号1784頁）。なお、外国の立法例には、スペイン民法（1974）12条1項、ハンガリー国際私法（1979）3条1項など、この説を採用するものが少なくない。イギリス（North and Fawcett “Cheshire and North’s Private International Law（Butterworths, 1992）p. 45）やフランス（Dotiffol et Legarde “Droit international prive 7th ed”（1981）p.299）の通説も、法廷地法説と思われるが、異論もある（齊藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（一）」関西大学法学論集43巻4号1383頁乃至1385頁参照）。

17) 国際私法自体説を採る文献として、山田「国際私法第3版」（前掲注10）49頁以下、池原季雄「国際私法総論」（前掲注10）114頁、溜池良夫「国際私法講義」（有斐閣、1993）136頁、澤木＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）22頁、道垣内「ポイント国際私法総論」（前掲注3）89頁、木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論（第5版）」（前掲注10）35頁。最高裁判決平成6年3月8日（民集48巻3号835頁、判例時報1493号80頁）もこの説を採っている。

18) 山田「国際私法第3版」（前掲注10）51頁

単位法律関係のうちのどれに当たるのかという問題は、通則法の解釈適用の問題なのだから、その基準は、日本の国際私法が独自に決定すべきである。しかし、日本の国際私法自体の判断として、法律関係の法性決定の基準を日本の実質法と定めることも可能である。よって、法廷地法説を採ったからといって、国際私法の独自性を否定したことにはならない。また、日本の裁判所が準拠法を選定するための基準として、日本の実質法を用いることは、国際私法の本質や理念に反することにもならない。国際私法は、法律問題の準拠実質法を決定するためのルールを定める法律であり、このルール自体は、わが国が独自の立場で、最も合理的で正義と公平の理念に適合する基準を定めればよい。よって、国際私法独自の立場から法性決定の基準を法廷地である日本の実質法とする見解も、理論的には十分に成り立つ¹⁹⁾。

法廷地法説に対しては、国内法に存在しない外国法の法概念や異なる意味の法概念に関して機能しないとの批判もある。たとえば、英米契約法上の概念である「約因」のように、日本の実質法上知られていない制度に関する法律問題が争点となった場合、日本の民法を基準として性質決定をしようとしても、民法にはこれに関する規定がないので、法性決定が困難になるということである²⁰⁾。しかし、日本法に規定されていない制度であっても、もしそれが日本法上の制度であったとしたら、どのような法的性質を有する制度として日本法の中に位置づけられるかを推定することは可能である。上記の例で、英米法上の約因は、契約成立要件として主張されるので、日本法上も契約（法律行為）の成立の問題に含まれる。つまり、日本に存在しない概念の法的性質は、比較法的な見地から、日本の実質法というフィルターを通して判断すればよいのである。これに対し、国際私法自体説は、法廷地の実質法に存在しない概念の場合は、「国

19) 齊藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（一）」（前掲注16）1364頁以下は、日本の通説（国際私法自体説）は、実質的には、法廷地法を基準とする趣旨ではないかと分析している。

20) 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論（第5版）」（前掲注10）35頁。ただし、ここで例示している「約因」は、契約に基づく請求の中で契約成立の要件として登場すべき法概念であり、その性質上、契約準拠法の送致範囲に含まれている（後記1. 3参照）。

国際私法独自の立場から性質決定を行うほかなく、それは、もはや本来の法廷地法説から逸脱したものといわざるをえない」と批判し、日本法に存在しない「約因」などの法概念について、国際私法上、予めその法的性質を定めておくべきであると主張する²¹⁾。しかし、国際私法が「約因」という法的性質を有する概念を定めたとしても、裁判所がそのような法概念に対して通則法を適用する際には、結局、「日本の実質法のフィルターを通す」という作業をすることになる。日本の国際私法（通則法）が定めている単位法律関係は、全て日本の実質法に存在する法概念を前提としている。よって、法廷地法説を採ろうが採るまいが、裁判所が外国にしか存在しない法概念に基づく法律問題の準拠法を決定するためには、当該法律問題の法的性質が日本法上の概念に基づく単位法律関係のうちのどれに類似しているかを判断した上で、日本法の解釈論に従って、通則法の規定のうちのどれかを適用するという方法を採らざるをえないのである。したがって、立法論としてはともかく、現行通則法の適用を前提とすれば、国際私法自体説を採ったとしても、日本に存在しない法概念の準拠法決定作業が簡便化されることはない。

以上のとおり、法廷地法説に対する国際私法自体説からの批判は、理論的な問題の指摘とはいえない。両説のうちのどちらがよいかは、日本の国際私法がどのような基準で法的性質の決定を行うべきか、すなわち、日本の実質法を基準とする方法と、それ以外の基準を別途に設定する方法のうち、どちらが合理的かという、法政策上の問題である。

1. 2. 3 私見（法廷地法基準説）

私は、以下の理由により、国際私法独自の立場から新たな法性決定基準を設けるよりも、わが国の裁判所が精通している日本の実質法を用いて法性決定を行うことにした方がよいと考える。

第1に、通説（国際私法独自説）は、どのようにして法性決定をすればよいのかについて、具体的な基準を示していない。現時における実務としては、法

21) 山田「国際私法第3版」（前掲注10）50頁

性決定に関し日本の実質法以外に公平かつ客観的で直ちに使える明確な基準が見当たらないのであるから、日本の実質法によらざるをえない²²⁾。裁判例に日本の実質法を基準に法性決定していると見られるものが少なくない²³⁾のは、同じ理由によると思われる。

第2に、国内実質法に代わる客観的で合理的な基準をこれから打ち立てることは実務的に困難である。国際私法自体説は、「関連する抵触規定の間の事項的な適用範囲の画定の問題として、それらの規定の精神、目的ないし趣旨とされるるところに従って」法性決定を行うべきであると主張している²⁴⁾。ここでいう「規定の精神、目的ないし趣旨」とは、日本の国際私法、つまり、通則法の個々の規定の精神、目的、趣旨という意味である。しかし、通則法の規定の目的や趣旨だけからでは、特定の法律関係の法的性質を判断すること、すなわち、個別的な法律関係について通則法のうちのどの規定を適用すればよいかを決定することができない。国際私法の各規定の精神、目的、趣旨に従って法律関係の性質を決定するためには、当該法律関係自体の意義、内容、目的、根拠に関する実質法的な理解が不可欠である。たとえば、通則法7条及び8条は、当事者自治主義を根拠とする規定と解されるので、当事者自治主義に基づく法制度にはこれらの規定を適用すべきであるし、通則法13条が物権の準拠法を所在地法としたのは、財産所在地国の財産法秩序を崩さないためと考えられるので、物権法定主義を基盤とする財産法秩序に関する問題は13条によるべきである。しかし、ある制度が当事者自治主義に基づくのか、それとも物権法定主義に基づくのかは、特定の国の実質法における当該制度の趣旨・目的・根拠を基準に

22) ハーグ信託条約2条における信託の定義はこの試みの1つであるが、日本は、この条約に批准していない。

23) 京都地裁判決昭和31年7月7日（下民7巻7号1784頁）。最高裁判決昭和53年4月20日（民集32巻3号616頁）や最高裁判決平成6年3月8日（民集48巻3号835頁、判例時報1493号80頁）も、法性決定に際して、日本の実質法の概念の影響を受けている（櫻田嘉章「法律関係の性質決定」別冊ジュリスト185号「国際私法判例百選（新法対応補正版）」（有斐閣、2007）5頁、神前禎＝早川吉尚＝元永和田「国際私法第2版」（有斐閣、2006）34頁、澤木＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）23頁）。

24) 池原「国際私法総論」（前掲注10）115頁

しないかぎり判断できない。したがって、このような基準を定めるためには、全世界の法制度の趣旨・目的・根拠に精通していなければならない。

しかも、世界各国の法概念には、その趣旨や用語が類似していても法的性質が異なるものがある。たとえば、上記1. 2. 1の各説例において述べたように、日本法上は不法行為に基づく損害賠償請求権とされている訴訟物と同一の事実関係に基づく請求権がイギリスでは離婚に伴う財産給付請求権とされているし（説例1）、また、信託を設定するための契約は、イギリスでは信託とは別個の契約であるが、日本の信託法上は信託の成立及び有効要件として信託という単位法律関係の一部と解される（説例2）。国際私法自体説によった場合、国際私法上、たとえば、信託契約の法的性質が契約、信託のどちらであるかを決めなければならないが、そのような二者択一をすべき場合において、どのような根拠でその選択をするのかについて、明確な基準が示されていない。

第3に、仮に日本の国際私法独自の観点から新しい法性決定基準を創設することが可能であるとしても、それは極めて非効率的な作業である。新たな基準を設けるためには、日本の国際私法学者や裁判所が、全世界の類似する制度及びそれらの法的性質に関する諸外国の法令、判例、学説を研究し、それらに共通し、あるいは最も多い見解を選び出さなければならない。しかも、世界のどこかの国で実質法の変更があったかどうかについて、常に国際私法独自の立場から検証を続けることが必要となる。日本の国際私法における準拠法選定の役にしか立たない基準を設定するために、それほどの労力を払うのは、法政策上の判断として合理的とはいえない²⁵⁾。

第4に、国際私法自体説によれば、上記第2のように、ある法概念の法的性質が国によって異なる場合において、国際私法独自の立場から、当該法概念は日本の実質法とは異なる法的性質を有するものとされることがある。しかし、

25) 齊藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（二）」関西大学法学論集43巻4号1858乃至1860頁は、一国の国際私法を形成するという観点からは、「法廷地実質法のカテゴリーを尊重することが、実践的な政策判断としては効率的であるとさえ言えよう」と指摘している。

そのような法性決定の基準を定めると、日本の国際私法が予定していた日本の法秩序と矛盾する結果を招く可能性がある。国際私法は、世界各国の法律間の抵触の調整を目的とする技術的な法律ではあるが、日本の裁判規範である以上、国内の実質法秩序の維持という目的と無関係なわけではない。少なくとも、その立法過程において、法廷地である日本の法律と外国法との調整を主要な適用場面として想定し、日本の実質法上の法概念や制度の運用、適用上の不都合が生じないようにとの配慮がなされている²⁶⁾。のみならず、国際私法が国内実質法上の規定と相俟って、一定の国内実質法秩序を形成しているというべき場面もある（後記1. 4参照）。

たとえば、スウェーデンに常居所を有し、日本国籍を有する夫が死亡したので、スウェーデン人の妻が、日本にいる亡夫の兄弟姉妹に対し、日本に残した夫の財産に対する権利を主張したとする²⁷⁾。この権利の性質は、日本法上は配偶者相続権だが、スウェーデンの民法上は夫婦財産制に基づく権利である。法廷地法説を採ったとき、この権利の法的性質は、配偶者相続権に当たるので、通則法36条の問題となり、同条の適用により日本法が準拠法となる。その結果、妻は常に相続人となり（民法890条）、夫が残した財産に対して4分の3の相続分を有する。通則法36条は、「相続は、被相続人の本国法による」と定めている。そして、この定めは、日本の民法の相続に関する規定を前提として設けられたものであるから、「日本人が被相続人である場合、その財産相続の問題は、日本の民法によって解決すべきである」との判断に基づいているはずである。つまり、通則法36条は、日本民法890条及び900条と共に、「日本国籍を有する者が財産を残して死亡した場合、当該財産について配偶者は特定の割合（相続人が兄弟姉妹と配偶者だけの場合は4分の3）の相続分を有している」との内容

26) たとえば、通則法の立法に当たっても、まず要綱を公表し、各方面からのパブリックコメントを求め、国内における実務上の支障が生じないか否かについて慎重に検討されている。また、立法上、日本における実質法やその解釈論も考慮されている（法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」参照）。

27) 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論（第5版）」（前掲注10）33頁に示された説例による。

の実質法を形成しているとみることができる。これに対し、国際私法自体説を採ったとき、夫が残した財産に対する妻の権利の法的性質は、通則法26条の夫婦財産制に基づく権利と判断される可能性がある。その場合、準拠法はスウェーデン法となるので、妻に4分の3の権利が認められるか否かは同法の内容次第であり、不確定となる。つまり、法廷地法説を採った場合、国内実質法を国際私法が補完する方法により一定の国内実質法秩序を形成することが可能となるが、国際私法自体説では、国際私法にそのような国内実質法秩序形成機能を期待することができなくなる。

国際私法が国内法規の1つである以上、その立法に際して、国内実質法秩序の維持や補完を考慮することが認められて然るべきである。そして、そのような観点からの立法がありうるのであれば、法性決定において、国際私法が目指している国内実質法秩序を損なわない結果を導く基準を選択する方がよいと思われる。

第5に、上記1. 2. 2で述べたように、日本の通則法は日本の実質法に存在する概念に基づいて単位法律関係を定めているので、外国法上の概念に基づく法律関係の準拠法を選定するために通則法のどの規定を適用すべきかという判断は、当該法概念の趣旨、目的が日本の実質法上の法概念のうちのどれに最も類似しているのかを検討して行わなければならない。どの道、日本の実質法というフィルターを通さなければならないのなら、法性決定の段階から日本法の解釈基準に従った方が合理的である。

以上の理由により、私は、上記1. 1 (1)の作業（訴訟物準拠法の決定作業）における訴訟物たる請求権の法性決定は、法廷地である日本の実質法に基づく解釈に従って行うべきであると考え。この見解は、その解釈の基準を法廷地である日本の実質法とするのであるから、法廷地法説ということになる。ただし、私は、国際私法自体説の考え方を否定するものではなく、日本の国際私法独自の立場から法性決定すべきことを前提とし、その場合の解釈の指針として日本の実質法を用いるべきことを主張するものである。この点においては、私見は、国際私法自体説の修正説、あるいは、法廷地法を基準に国際私法独自の

見地から法性決定するという意味で、法廷地法基準説というべきかもしれない²⁸⁾。

この考え方に基づいた場合、上記1. 2. 1に示した説例1及び2における準拠法の決定方法は以下ようになる。

説例1：離婚に伴う財産給付請求の準拠法

イギリスに居住していた日本人夫婦の間で、妻Xが夫Yの不貞を原因として、日本で財産分与及び不貞行為に関する慰謝料請求の訴訟を起こした場合、当該請求の法的性質は、日本法上は不法行為に基づく損害賠償請求権である。よって、通則法17条により、妻の慰謝料請求権の成立及び効力に関する準拠法はイギリス法となる。

なお、イギリス法上、このような慰謝料請求に関して不法行為責任を追及することはできない。しかし、Xが求めている請求の内容（離婚した夫に対する財産給付請求）とその根拠として主張している請求原因事実（婚姻期間中における夫の不貞の事実及びそれを原因として離婚に至った事実等）を総合的に判断して、Xの請求は、離婚に伴う財産給付を求めていると評価できるときは、婚姻事件に関する法規²⁹⁾が適用される。

説例2：信託契約に基づく信託財産引渡請求の準拠法

イギリスに常居所を有するXと日本に常居所を有するYとが、Xを委託者、Yを受託者とする信託契約を締結したが、YはXに対する信託財産の引渡しを怠っていたため、XがYに対し、信託契約に基づく信託財産引渡請求訴訟を日本の裁判所に提起した場合、裁判所は、日本法（信託法2条）に従って信託契約に基づく受託者の請求権の法的性質を信託の成立及び効力の問題と判断し、

28) 久保岩太郎「国際私法の構造論」（1955）105頁乃至106頁は、国際私法独自の立場から国内実質法を修正すべきであるとの立場を示したうえで、自説を新訴訟地法説又は修正訴訟地法説であると述べている（溜池「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）132頁以下、斉藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（一）」（前掲注16）1377頁乃至1383頁参照）。私見は、実質的にはこの見解に近い。

29) 前掲注12参照

通則法7条及び8条を適用して準拠法を決定する。

その結果、信託準拠法がイギリス法となった場合、Xの請求は、信託設定契約というイギリス法上の契約に基づく引渡請求権ということになる。

このように、日本の国際私法が日本の実質法を基準として法的性質を決定した場合、そこで決めた法的性質と、その結果として定まった準拠法を適用した結果として明らかになる当該法律問題の法的性質とが相異なる場合が出てくる³⁰⁾。しかし、法的決定は、準拠法決定のためのプロセスなのだから、法制度が国によって異なる以上、実際に適用する法制度と異なる場合があってもやむをえない。

1. 3 訴訟物準拠法の送致範囲について

上記1. 2では、渉外的な要素を含む訴訟事件における原告の請求の準拠法を決定するために必要な法的決定の方法を検討した³¹⁾。訴訟物たる請求権の準拠法（訴訟物準拠法）は、このような方法で決定された法的性質に基づいて、日本の国際私法が定める単位法律関係のうちのどれに当たるかを定めた上、当該単位法律関係に関する通則法の規定を適用して決定される。

しかし、こうして決定された訴訟物準拠法が、当該請求から派生する全ての法律問題に適用されるわけではない。通常、訴訟における原告の請求の可否を訴訟物準拠法に従って判断しようとする際、当該請求権を基礎づける請求原因たる要件事実の判断に関連して別の法的概念の解釈や規範的要件の法的評価という法律問題が生じる（上記1. 1 (2) 参照）。また、被告が原告の請求に基

30) 法的決定と準拠法の適用とは、準拠法決定過程における作業段階が異なっているからである（上記1. 1参照）。このように、法的決定の結果とこれを用いて決定した準拠法の適用結果とが異なる場合がありうることは、齊藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（二）」（前掲注25）1865頁以下において指摘されている。

31) 学説上の法的決定論は、訴訟物の法的性質だけに関する議論ではない。この1. 2においては、説明の順序の都合上、訴訟物準拠法の法的決定に限定しているが、後述のとおり、私見によれば、あらゆる段階の法律問題の法的決定は同じ基準によることになる（後記1. 4及び1. 5参照）。

づく法律効果を前提として抗弁主張をした場合、当該抗弁の要件に関連して法的概念の解釈や規範的要件の評価が必要になる（上記1. 1 (3) 参照）。その時点で、訴訟物準拠法は、それらの法律問題（以下、「従属的法律問題」という。）にも適用されるのかどうかを決定するという作業が必要となる（上記1. 1 (2) の(ii) 及び(3) の(ii) 参照）。この作業は準拠法の「送致範囲の画定」と呼ばれている³²⁾。なお、「第二次的法性決定」と呼ばれることもあるが、この表現は「送致範囲」とは異なる問題にも使われているので、ここでは用いない³³⁾。

送致範囲について論じている学説は、「単位法律関係の大きさはそのまま送致範囲の大きさを決定する」としている。つまり、主たる準拠法を決定するための作業の際に、解決すべき法律問題を十分に詳細に設定しておけば、送致範囲は自ずと明確に画定されることになるというわけである³⁴⁾。たとえば、売買契約に基づく財産引渡請求訴訟において、「原告と被告との間における売買契

32) 国友明彦「契約と不法行為の抵触規則の競合問題（1）—（3・完）」法学雑誌32巻4号711頁、33巻1号29頁、石黒一憲「国際私法第2版」（新世社、2006）49頁、199頁、221頁以下、齊藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（一）—（四）」関西大学法学論集43巻4号1364頁、6号1848頁、44巻1号28頁、3号388頁、道垣内「ポイント国際私法総論」（前掲注3）92頁以下

33) 溜池「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）137頁や山田「国際私法第3版」（前掲注10）57頁は、第二次的法律関係の性質決定とは、「第一次的法律関係の性質決定がなされ、適用すべき準拠法が決定した場合、その準拠法上、その問題がいかなる法律関係として、いかなる法規の適用を受けるかの問題」であるから、「準拠実質法の解釈・適用の問題であり、専らその準拠法に委ねられる問題である」としている。これに対し、道垣内「ポイント国際私法総論」（前掲注3）92頁は、第二次法性決定論が議論している対象は「送致範囲」の画定と同じではないかと指摘している。しかし、上記の意味における「第二次法性決定」は第1の作業によって決定された準拠法の適用の問題である（前掲注30参照）。「送致範囲」の問題として解決すべきなのは、準拠法の解釈・適用に関連して発生した2次的（従属的）な法律問題にも当該準拠法が及ぶかどうかという問題であり、これは日本の国際私法の立場から定めるべきものである（石黒「国際私法第2版」（前掲注32）221頁以下、齊藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（二）」（前掲注25）1852頁以下参照）。

34) 道垣内「ポイント国際私法総論」（前掲注3）93頁、国友明彦「契約と不法行為の抵触規則の競合問題(1)」法学雑誌32巻4号722頁乃至726頁、齊藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（二）」（前掲注25）1861頁乃至1864頁

約の成立」という法律問題が争点となり、その準拠法がイギリス法に決定されたとする。イギリス法を適用してこの要件を解釈する際に、委託者が「原告から約因の提供を受けていない」と主張して争った場合、「約因の有無」という法律関係が新たな争点となる。この法律問題は、「契約の成立」という法律問題の一部なので、「送致範囲」内の問題としてイギリス法を適用する。他方、売買契約時における売主の「行為能力の有無」が問題となった場合、この法律問題は「契約の成立」とは別の単位法律関係に含まれる法律問題なので、送致範囲外として、別途準拠法を決定しなければならない。

上記の学説のように、送致範囲を「単位法律関係の大きさ」であるとする考え方は、基本的には正しい。ただし、単位法律関係の大きさは、それに関する準拠法の適用によって自動的に定まるのではなく、当該単位法律関係に関する準拠法決定基準となった通則法の規定の趣旨に鑑みて、その適用を受けるか否かが問題となっている法律問題（すなわち、従属的法律問題）の法的性質を検討した上で決めるべきものである。たとえば、上記の例で「行為能力の有無」という法律問題に「契約の成立」に関する準拠法の適用ができないのは、これに関する規律が当事者自治に委ねるべき問題ではないからである。そもそも「契約の成立」の準拠法としてイギリス法が選定されたのは、通則法7条及び8条の適用の結果であり、それらの条項が適用されたのは、契約が当事者自治の原則に基づく制度だからである。よって、「行為能力制限」のように、当事者自治になじまない問題は、通則法7条及び8条の適用によって定まった準拠法の適用範囲外とすべきである。この例から明らかなように、準拠法の送致範囲を画定するには、従属的法律問題の法的性質を決めておくことが前提となる。

送致範囲を画定する目的で従属的法律問題の法的性質を決定する方法としては、次の2つが考えられる。1つは、訴訟物準拠法に基づいて決定する方法（以下、「準拠実質法適用説」という。）、他の1つは、日本の国際私法上の基準（私見によれば日本の実質法）に従って法性決定をする方法（以下、「法廷地国際私法適用説」という。）である。いずれの方法を採ったとしても、こうして決まった法的性質を有する従属的法律問題が、訴訟物準拠法決定に適用した通則法規定

の趣旨に適合するかどうかを判断して、訴訟物準拠法の送致範囲が画定される。

準拠実質法適用説と法廷地国際私法適用説とで結論に違いが生ずる可能性がある例としては、以下のような場合が考えられる。

説例3：離婚に伴う財産給付請求の準拠法の送致範囲

説例1と同様の慰謝料請求訴訟、すなわち、イギリスに居住していた日本人夫婦の妻Xが、夫Yの不貞を原因として日本で離婚に伴う財産分与を求めると共に、Yの不貞行為に関する慰謝料請求の訴訟を起こした場合、慰謝料請求権の法的性質は、日本法上は不法行為に基づく損害賠償請求である。よって、通則法17条により、Xの慰謝料請求権の成立及び効力に関する準拠法（訴訟物準拠法）はイギリス法となる。イギリス法上、Xの請求は、離婚に伴う財産給付請求に含まれると判断される（前記1. 2. 3参照）。この争点の解決の中で、「離婚の成立」が争われた場合、この法律問題（従属的法律問題）が訴訟物準拠法の送致範囲内か否かを決める必要がある。準拠実質法適用説を採った場合、訴訟物の法的性質は離婚に伴う財産給付請求権であり、これは通則法27条が定めている離婚という単位法律関係に属する。よって、「離婚の成立」という法律問題はこの送致範囲に含まれる。しかし、法廷地国際私法適用説を採り、日本の国際私法を基準にして法性決定をした場合、訴訟物は「不法行為による損害賠償請求権」（通則法17条）であるのに対し、従属的法律問題は「離婚の成立」（通則法27条）であるから、両者の単位法律関係は異なり、送致範囲外となる。

説例4：信託準拠法の送致範囲（イギリス法上の擬制信託及び結果信託）

イギリスの信託には、委託者の信託設定行為によって成立する任意信託の外、当事者の意思とは無関係に裁判所が設定する法定信託として、擬制信託（constructive trust）、結果信託（resulting trust）などの法制度がある。このうち、擬制信託は、財産を所有する者が、当該財産に関する他人の権利を否定することによって不公平な状態が生じたときに、裁判所が当事者の意思にかかわらず、財産所有者に対し、他人に対する信託上の義務を課する方法で公平を図るため

の制度である³⁵⁾。また、結果信託は、財産を他人に移転した当事者が明示的に信託を設定していない場合において、裁判所が当事者の黙示の意思を推定するという方法で信託を成立させる制度である³⁶⁾。イギリス法上、擬制信託や結果信託は、衡平の原則に基づく制度であり、その法的性質は日本法上の事務管理や不当利得に近い。

裁判所は、擬制信託や結果信託を様々な状況の下で認めているが、これらは任意信託を原因として発生する場合も少なくない³⁷⁾。たとえば、イギリス法に準拠した信託の受益者Xが原告となって、日本の裁判所において、日本に所在する受託者Yに対して、Yが受託者としての忠実義務に違反して得た利益の引渡請求訴訟を起こした場合において、被告であるYは、「そのような利益を獲得したのは、信託が終了した後なので、受託者としての義務を負担しない」とか、「当該利益は受託者自身の才覚によるものであって信託財産には含まれない」などと反論したとする。X（受益者）は、これに対し、「仮に信託が終了していたとしても、XとYの間には結果信託が成立していた」とか、「Yが信託違反によって得た利得について擬制信託が成立している」との再反論をし

35) Pettit (前掲注4) 139頁以下、Hudson “Equity and Trust 4th ed.” (前掲注4) 421頁以下

36) Pettit (前掲注4) 168頁以下、Hudson “Equity and Trust 4th ed.” (前掲注4) 379頁以下。たとえば、売買契約の買主のために第三者が代金を支払った場合、売買目的物について買主を受託者、当該第三者を受益者とする結果信託が成立する (White v Vandervell Trustees Ltd [1974] Ch 269)。

37) たとえば、受託者が受益者の利益に反し、自己の利益を図るために信託財産を運用した結果として利益を得た場合、イギリスの裁判所は、受託者がそのような忠実義務違反によって獲得した財産について受益者のための擬制信託を成立させて、当該獲得財産を受益者に帰属させる方法で受益者を保護している (Aberdeen Town Council v Aberdeen University (1877) 2 App Cas 544)。また、委託者が信託を設定しようとして受託者に財産を移転したが、受益者の指定を欠いたために任意信託が成立しなかった場合 (Vandervell v IRC [1967] 2 AC 291) や任意信託が終了した後に受託者のもとに信託財産が残っている場合 (Re Trusts of the Abbott Fund [1900] Ch 326、Gillingham Bus Disaster Fund [1958] Ch 300) などは、委託者や受託者のために結果信託が成立し、受託者に一定の義務が課される。

て、Yの主張を争うことができる。つまり、イギリス法上は、当該財産について擬制信託や結果信託が成立しているか否かが、この訴訟におけるXの請求（信託の受益者たる地位に基づく受託者に対する信託財産回復請求権）に対する従属的法律問題となる。これが訴訟物準拠法の送致範囲内かどうかを画定するに際し、準拠実質法適用説を採った場合、信託準拠法であるイギリス法上の擬制信託や結果信託は、任意信託とは別個の独立した法制度であるから、当該準拠法（イギリス法）の送致範囲外となる。これに対し、法廷地国際私法適用説を採り、日本の信託法に従った場合、これらはすべて信託に基づく受益者の権利に含まれる法律問題であるから（信託法32条、40条、176条等）、信託準拠法であるイギリス法の送致範囲内となる³⁸⁾。

学説は、この「従属的法律関係の法性決定」という問題について正面から議論していないが、おそらく準拠実質法適用説、すなわち、準拠実質法により判断される法的性質を基準として送致範囲を画定する考え方を採っているのではないと思われる³⁹⁾。しかし、私は、以下の理由により、法廷地国際私法適用説によるべきであると考ええる。

第1に、日本の国際私法によって決定された準拠法の送致範囲は、日本の国際私法が当該準拠法を決定する際に用いた法的性質を基準として判断した方が、国際私法が定めた当該決定基準の目的・趣旨に合致する。たとえば、上記の説例3において、わが国の国際私法は、不貞行為による慰謝料請求権を不法行為と評価したからこそ、不法行為の成立に関する準拠法を定めるルールであ

38) 日本の信託法上、受託者は、信託終了後も清算が結了するまでは終了前と同一の義務を負う（信託法176条）。また、受託者がその地位を利用して利益を得た場合は、当該利益の額は信託が被った損失と同額と推定され、受益者は損失を補を請求することができるし（信託法40条1項及び3項）、受益者の利益に反する行為をして自己の計算で利益を得た場合、受益者は、当該行為は信託のためにしたものとみなすことができる（信託法32条4項）。よって、受託者自身が不正に得た利得は信託財産に含まれることになる。

39) 道垣内「ポイント国際私法総論」（前掲注3）95頁は、送致範囲の判断に際し、「準拠法秩序の中でのそれぞれの法規がいかなる役割を果たしているかは当然にその準拠法に照らして判断するほかないはずである」と述べている。

る通則法17条の適用を選択したのである。しかし、準拠実質法適用説を採って送致範囲の画定基準としてイギリス法を用いた場合、「離婚の成立」という法律問題までもが不法行為の成立と同じルールによって決定された準拠法を適用しなければならなくなる。これでは日本の準拠法決定基準の趣旨を逸脱することになり、合理的とはいえない。また、説例4に関して、日本法は、信託における受益者の受託者に対する権利の問題に関する準拠法は通則法7条及び8条によって決定するのが妥当であると判断しているのに、イギリス法を基準として送致範囲を画定すると、日本の国際私法が1個の単位法律関係と評価している法律問題の1部について別途準拠法の決定を行わなければならなくなり、非効率であるし、場合によっては不合理な結果を生むおそれもある。

第2に、準拠法の送致範囲の画定という作業だけのために、準拠実質法上の法的性質の判断をするのは、裁判所にとって余計な負担となる。日本の国際私法上の法性決定基準によって送致範囲を画定することにすれば、訴訟物準拠法の送致範囲は、多くの場合、訴訟物たる請求権の法的性質を決定して準拠法を定める段階において同時に画定しているはずである。しかし、準拠実質法適用説を採った場合、裁判所は、訴訟物準拠法を決定した後、その送致範囲の画定のため、当該準拠法に基づいて、請求原因に関する法律問題の法的性質を見直さなければならなくなる。たとえば、上記の説例4において、裁判所は、訴訟物準拠法を決定する際に、受益者の受託者に対する信託に基づく請求権の問題はイギリス法によるべきことが一応決定されている。よって、法廷地国際私法適用説を採る場合、送致範囲の画定のための特別な作業は不要である。しかし、準拠実質法適用説によれば、結果信託や擬制信託の成立という法律問題が生じた時点において、裁判所はその法的性質をイギリス法に基づいて検討し、別の単位法律関係かどうかを判断しなければならない。送致範囲を決めるだけのために、裁判所にそこまでの作業をさせるのは、効率性、経済性から見地から望ましくない。

第3に、後述するとおり、私は従属的法律問題の準拠法決定方法として法廷地国際私法説を採るべきであると考えてるので、これとの整合性においても、送

致範囲の画定は法廷地国際私法、すなわち、私見によれば、日本の実質法を基準とする方法が最も望ましい（後記1. 5参照）。

1. 4 従属的法律問題の法性決定

上記1. 3の方法で訴訟物準拠法の送致範囲を画定することによって、従属的法律問題が訴訟物たる請求権とは異なる法的性質を有する別の単位法律関係であることが判明した場合、そのような従属的法律問題に適用される準拠法を決定しなければならない。そこで、従属的法律問題の準拠法をどのようにして選定するのかという問題が生ずる。

ところで、訴訟における複数の法律問題の間に主従の関係が生ずるのは、訴訟の対象となっている請求とその請求原因や抗弁に関する法律問題だけに限らない。一般に、特定の法的主張の根拠や反論に関連して別の法律問題が争われ、前者の成立が後者の解決を前提とする関係にあるとき、前者の準拠法が後者の準拠法決定に際してどのような影響を及ぼすのかという問題が常に生ずる。たとえば、所有権に基づく不動産引渡請求事件において、まず訴訟物の法的性質は物権なので、通則法13条により、訴訟の対象となっている不動産の所在地国の法がその準拠法となる。こうして定まった訴訟物準拠法に基づいて、原告は、自分が不動産所有者であること、及び被告が不動産を占有していることを主張立証することになる。この主張の過程で、原告が不動産所有者であることの根拠として当該不動産を前主から相続したことを主張した場合は、相続が従属的法律関係となる。これは訴訟物準拠法の送致範囲外なので、相続の準拠法を決定する必要が生ずる。この決定をした後、従属的法律問題である相続の準拠法において、「夫が所有していた財産の相続人は妻である」と定められていた場合、原告が前主の妻であること、つまり前主と原告との婚姻関係を主張立証しなければならないため、今度は、「原告と前主との間の婚姻の成立」という法律問題が「原告が前主を相続したこと」に従属する法律問題となる。そして、「婚姻成立」という法律問題は、相続準拠法の送致範囲外なので、その準拠法を別途決定しなければならない。このように、渉外的な要素のある事件におい

て、1つの法律問題を解決するための前提として他の法律問題を解決する必要があり、かつ、後者は前者に関する準拠法の送致範囲に含まれないと判断されたとき、その都度、後者の法律問題の準拠法決定の問題が生ずるのである。このような主従関係のある単位法律関係における従属的な法律関係の準拠法決定に関する問題は、国際私法上、「先決問題」といわれている。そして、この場合の従属的な法律問題自体も「先決問題」といわれ、当該先決問題の解決を前提とする法律問題の方は「本問題」といわれる。上記1. 3において、審判の対象である請求権（訴訟物）とその要件や反論における法律問題との関係だけに着目して、後者を「従属的法律問題」と呼んだ。以下では、通常の用法に従って、主従関係にある全ての単位法律関係について、他の法律問題に従属する法律問題を「先決問題」と呼び、当該先決問題に関する判断を前提としている法律問題を「本問題」と呼ぶことにする。

先決問題の準拠法決定は、(i) 当該先決問題の法的性質を決定し、(ii) これに適用される国際私法上の基準を用いて準拠法を決定するという手順で行われる。このうちの(ii)の作業に関して、どのような基準を用いて準拠法を決定すべきかという問題を、学説は「先決問題」として議論している（後記1. 5）。これに対し、(i)の作業においても、どのような基準で法性決定をするかという問題がありうるが、これは独立した法律問題として議論されていない⁴⁰⁾。しかし、この(i)の作業も「先決問題の準拠法決定」の1部であり、(ii)の作業に影響するので、以下に私見を明らかにしておく。

論理的な可能性として、先決問題の法性決定には3つの方法がありうる。第1は、本問題の法性決定の際と同様に、日本の国際私法が用いている法性決定基準を用いて決定する方法、第2は、本問題の準拠実質法を基準として法性決

40) 送致範囲の問題を準拠実質法の問題であると論じている学説は、送致範囲外の法律関係の法性決定も準拠実質法の問題と考えているのではないと思われる。たとえば、道垣内「ポイント国際私法総論」（前掲注3）119頁以下は、中華民国の法律に準拠した相続問題の先決問題として婚姻の成立という問題が提起される例を挙げて先決問題を説明しているが、「婚姻の成立」が先決問題であることの判断基準について特に断っていないので、この判断は中華民国法によっているのではないかと推測される。

定する方法⁴¹⁾、第3は、本問題の準拠法が属している国の国際私法が用いている法性決定基準に従って決定する方法である。この第3の方法は、本問題準拠法所属地の国際私法が、法性決定について法廷地法説を採っている場合は（前記1. 2参照）、第2の方法と同じになる。

私は、以下の理由により、第1の方法、すなわち、日本の国際私法（私見によれば、日本の国内実質法）に基づいて先決問題の法性決定を行う方法を採用すべきであると考えます。

第1に、準拠法を決定する裁判所にとって、本問題の法的性質と先決問題の法的性質とを同じ基準に従って決定できた方が簡便かつ効率的である。先決問題は、論理的には本問題の存在を前提としているが、訴訟手続きの中では、本問題と先決問題とは、渾然一体化した状態で裁判所に提示され、裁判所はこれらの準拠法の問題を同時に解決する。準拠法決定の段階で、先決問題の準拠法の法性決定について上記の第2又は第3の方法を採った場合、裁判所は、どの争点がどの争点の先決問題であるかについての判断をした上で、様々な外国の実質法や国際私法を検討しながら各法律問題の法性決定を行わなければならない。これに対し、第1の方法を採った場合、裁判所は慣れ親しんだ国内実質法を基準として全ての法律問題の法性決定を同時に行うことが可能となる。

第2に、先決問題の法性決定を本問題の準拠実質法や国際私法を基準にして行う見解を採った場合、同じ法律問題が訴訟において本問題として登場した場合と先決問題として登場した場合とで、その法的性質の判断が異なる場合が出てくる。

たとえば、スウェーデンから日本に帰化した男が死亡した後、その未亡人が、

41) 先決問題の準拠法決定について、本問題の準拠法所属地の国際私法によるべきであるとする見解を採用する学説（準拠法所属地国際私法説）は、先決問題の法的性質についても準拠法所属地の実質法に基づいて判断していると思われる。たとえば、木柵他「国際私法概論第5版」（前掲注10）82頁は、「先決問題が準拠外国実質法の解釈・適用に関するものであると解することができるのであれば、準拠法所属国の国際私法による解決が原則として最も妥当である」と述べている。ただし、なぜ先決問題が外国実質法の解釈・適用に関する問題であるのかについては論じていない。

亡夫の親戚に対し、夫の財産に対する遺留分減殺請求権を主張したとする。この権利の性質は、日本法上は配偶者相続権であるから、通則法36条が適用され、その準拠法は日本法となる⁴²⁾。他方、死亡した男の親戚が未亡人に対し、故人がスウェーデン国籍を有していた頃、遺言によって財産を遺贈されたことを根拠とし、当該財産の所有権確認の訴訟を提起したとする。この訴訟において、未亡人が遺留分減殺請求権を主張した場合、この抗弁主張に関する法律問題は、遺言に基づく請求に対する先決問題となる。先決問題の法的性質を本問題の準拠実質法や国際私法に基づいて決定した場合、遺言の成立、効力の準拠法は通則法37条によりスウェーデン法なので、未亡人による亡父の遺産に対する請求権の法的性質は、スウェーデン法に従って夫婦財産制に基づく妻の権利と判断される。その結果、通則法26条によって準拠法はスウェーデン法となる可能性がある⁴³⁾。

このように、第2、第3の方法では、同じ請求や主張の法的性質が訴訟のどの場面で現れるかによって異なる場合があり、準拠法の決定や最終的な結論に影響する。これでは、判決の国内的な調和が失われることとなり、法秩序の安定性を担保する上で望ましくない。

第3に、外国の実質法や国際私法に基づいて法的性質を判断させるのは、裁判所に過大な負担を強いることになる場合がある。

たとえば、イギリスから日本に帰化した男が死亡した後、その親戚が未亡人に対し、故人がイギリス国籍を有していた頃、遺言によって財産を遺贈されたことを根拠とし、当該財産の所有権確認の訴訟を提起したとする。この訴訟において、未亡人が遺留分減殺請求権を主張した場合、この抗弁主張に関する法律問題は、遺言に基づく所有権確認請求に対する先決問題となる。先決問題の法的性質を本問題の準拠実質法や国際私法に基づいて決定する場合、遺言の成

42) この結論は、本問題の法的性質決定について法廷地法説を採用することを前提としている（後記1、2、3参照）。

43) この結論は、先決問題の準拠法決定方法について法廷地国際私法説を採用することを前提としている（後記1、5参照）。

立、効力の準拠法は通則法37条によりイギリス法なので⁴⁴⁾、未亡人の遺留分減殺請求権の法的性質をイギリス法に従って判断しなければならない。しかし、イギリスには遺留分減殺の制度は存在しないし、スウェーデンのように夫婦財産制に基づく妻の財産給付請求権を認める法制度も採っていないので、日本の裁判所は、イギリスにおける様々な法制度を調べ、遺留分減殺請求権に最も類似する性質を有している法制度を選んだ上で法性決定をしなければならない。準拠法適用のための前提作業において、裁判所にそこまでの作業負担を求める必要があるとは思えない。

第4に、後述するとおり、私は先決問題の準拠法決定方法として法廷地国際私法説を採るべきであると考えるので、これとの整合性においても、先決問題の法性決定は法廷地国際私法、すなわち、私見によれば、日本の実質法を基準とする方法が最も望ましい（後記1. 5参照）。

1. 5 先決問題の準拠法決定方法について

1. 5. 1 先決問題の準拠法決定方法に関する諸学説

上記1. 4の基準に従って先決問題の法的性質を判断した後、そのような法的性質を有している法律問題の準拠法を決定するためには、特定の準拠法決定ルールを用いる必要がある。この場合、先決問題の準拠法をどの国のルールを用いて決定するのか、すなわち、日本の通則法をそのまま適用してもよいのか、それとも本問題の準拠法国の実質法や国際私法によるべきなのかが問題となる。これに関する学説としては、以下の4つの考え方が⁴⁵⁾ある。

第1は、先決問題は、本問題の準拠法の適用過程で生ずる法的問題の解決であるから、本問題の準拠法によって処理すべきであるとする見解（以下、「本問題準拠法説」という。）⁴⁶⁾。

44) ただし、故人が日本に本拠地（domicile）を有していたと認められる場合は、反致によって日本法が準拠法となる可能性がある（通則法41条）。

45) 諸学説を紹介した文献として、道垣内正人「先決問題」別冊ジュリスト185号「国際私法判例百選」（有斐閣、2007）7頁、山田「国際私法第3版」（前掲注10）163頁以下。

第2は、本問題の準拠法が所属する国の国際私法によるべきであるとする説（以下、「準拠法所属地国際私法説」という。）。この説は、本問題の準拠法の適用過程で生じた問題を解決する際、準拠法所属地国の裁判所は、自国の準拠実質法を適用するのではなく、自国の国際私法を適用して準拠法を決定するはずであることを根拠としている⁴⁷⁾。

第3は、法廷地である日本の国際私法によるべしとする説（以下、「法廷地国際私法説」という。）⁴⁸⁾。

第4は、原則として法廷地国際私法説によるとしながら、具体的な状況に応じて、たとえば先決問題が法廷地とほとんど関係を持たない場合などは本問題準拠法所属地国の国際私法によるべしとする折衷説である⁴⁹⁾。

以下、各説について検討する。

1. 5. 2 本問題準拠法説について

本問題準拠法説は、本問題の準拠法が全ての先決問題の準拠法となるものとする。この見解によれば、訴訟において最初に登場した渉外的要素を含む法律問題の準拠法として選定された法が、当該法律問題から派生する全ての法律問題の準拠法となる。したがって、上記1. 3及び1. 4で述べたような、準拠法の送致範囲の画定や先決問題の法性決定という作業は全く生じないことにな

46) この説を支持していると思われる文献は見当たらないが、最判平成12年1月27日（民集54巻1号1頁）の第一審及び原審判決はこの考え方を採ったものとされている。

47) 桑田三郎「国際私法研究」（1966）128頁、東京高裁判決昭和54年7月3日（判例時報939号37頁）、大阪地裁判決平成2年12月6日（判例タイムズ760号246頁）

48) 久保岩太郎「国際私法構造論」（1955）179頁、折茂豊「国際私法各論（新版）」（有斐閣、1972）428頁、溜池良夫「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）232頁、澤木＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）26頁他。最高裁もこの考え方を採っている（最判平成12年1月27日民集54巻1号1頁）。

49) 池原「国際私法総論」（前掲注10）278頁、山田「国際私法第3版」（前掲注10）163頁。なお、木棚他「国際私法概論第5版」（前掲注10）82頁は、準拠法所属地国の国際私法による解決の方を原則とし、例外的に法廷地国際私法による解決が許される場合があるとしている。

る。

この説に対しては、渉外的法律関係における準拠法は、本問題の準拠法所属地国においても、その国の実質法ではなく、国際私法を適用して決定される法なのだから、実質法を適用するのは妥当ではないとの批判がなされている⁵⁰⁾。すなわち、仮に、同じ紛争に関する訴えが準拠法所属地国の裁判所に提起されたとした場合、その国の裁判所は、当該紛争に含まれている渉外的要素を含む法律問題に関しては、自国の国際私法に基づいてその準拠法を決定したうえでそれに従って判断するのに、日本の裁判所が全ての法律問題をその国の実質法だけに基いて判断するのは、かえって準拠法所属地国の法秩序に反するのではないかということである。

本問題準拠法説は、国際私法における準拠法決定の一般原則に照らしても問題がある。国際私法は、紛争に含まれている法律問題を「単位法律関係」ごとに分けて、それぞれの法的性質を決定した上で準拠法を決定するという方法を採用している⁵¹⁾。国際私法がこのような方法を採用している理由は、複数の国に跨っている生活関係の分離可能な部分については、できる限りそれぞれの生活関係とかかわりの深い法制度を適用することにした方が公平かつ妥当だからである。この原則を無視して、本問題の準拠実質法をそこから派生する全ての法律問題に一律に適用するのは、当事者の公平の観念や予測可能性を害することとなり、不合理である⁵²⁾。

以上の理由により、本問題準拠法説は妥当とはいえない。

50) 山田「国際私法第3版」（前掲注10）161頁、溜池「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）221頁他

51) 櫻田嘉章「国際私法（第5版）」（有斐閣、2006）16頁、65頁

52) 拙稿「国際信託の成立及び効力の準拠法(1)」（前掲注2）において、この国際私法上の原則（同稿では、「単位法律関係の法理」と呼んだ。）には合理性が認められるので、単位法律関係をみだりに分割することが許されない旨を述べた（2. 4. 4）。これと同様の考え方は、1個の単位法律関係の準拠法や準拠法所在地国の法制度を、他の法律関係に拡張することの可否についても当てはまる。

1. 5. 3 準拠法所属地国際私法説と法廷地国際私法説

準拠法所属地国際私法説は、上記の本問題準拠法説への批判を前提に、本問題の準拠法の適用の結果生じた当該準拠法上の問題は、当該準拠法所属地国の国際私法に委ねるべしとする見解である。この学説は、わが国の裁判所の判決を、準拠法所属地国の裁判所が判決を下した場合の結果と一致させることが、判決の国際的な調和が得られて望ましいとの考え方に立っている⁵³⁾。これに対して、道垣内教授は、法廷地国際私法説の立場から、日本の国際私法は、わが国の立場から法律問題に適用される実質法を決定するための制度であるから、「一国の立場から、国際私法を通じて国際的な法秩序を図ろうとしようとする限り、外国の国際私法を考慮することは本来ありえないはずである」と批判する⁵⁴⁾。しかし、日本の国際私法独自の立場で外国の国際私法を日本における準拠法決定基準として利用できることは、わが国の国際私法上、反致（通則法41条、手形法88条、小切手法76条）が認められていることから明らかである⁵⁵⁾。よって、準拠法所属地国際私法説も理論的には不可能な学説ではない。先決問題の準拠法の決定を、本問題準拠法所属地の国際私法を用いて行うべきか、それとも法廷地である日本の国際私法によるべきかという問題は、どちらが理論的に優れているかではなく、どちらを用いた方がより妥当な結果を生むのかという、政策的な判断の問題である。この観点から両説を比較するため、準拠法所属地国際私法説を採ったときの準拠法と法廷地国際私法説を採ったときの準拠法とが異なる場合を想定すると、以下のような事例が考えられる。

53) 溜池「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）221頁以下

54) 道垣内正人「先決問題」国際私法判例百選（新法対応補正版）（前掲注45）7頁

55) 反致に対して批判的な学説も多いが、通則法の制定に際して、この制度は存続させるべきものとされた（法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」120頁）。比較法的見地からも、たとえば、アメリカの州裁判所は、動産信託の準拠法を決定する際にこの方法を用いている（Re Koehler's Estate, 61 A 2d 870 (Pa. 1948)、Toledo Society for Crippled Children v Hickok, 261 SW 2d 692 (Tex. 1953)、拙稿「国際信託の成立及び効力の準拠法（1）」（前掲注2）1. 2. 2（1）参照）。

説例5：信託準拠法と遺留分減殺請求権の準拠法

イギリスに居住し、同国に本拠地を有している日本人Sが、その有する全世界にある財産について、イギリス人Xを受託者、イギリスにいるSの親戚を受託者とし、イギリス法に準拠する遺言信託を設定したとする。Sが死亡した後、受託者Xは、日本国内の信託財産を占有しているSの妻Yに対して、信託財産管理権に基づいて財産引渡しを求めて訴訟を提起した場合において、Yはこれに対する抗弁として、「Yは遺留分減殺請求権を行使するので、当該財産に対する2分の1の持分権（SにはY以外には相続人がいないものとする）を有してる」と主張したとする。本問題準拠法所属地国際私法説によれば、信託準拠法はイギリス法なので、先決問題である遺留分減殺請求権の準拠法は、イギリスの国際私法に基づいて決定されることになる。イギリスの国際私法において、相続に基づく請求の準拠法は被相続人の本拠地法とされているので⁵⁶⁾、Yの抗弁主張が認められるか否かはイギリスの相続法の問題となる。その結果、イギリスには遺留分減殺請求に相当する制度が存在しないため、この抗弁は認められない可能性がある⁵⁷⁾。他方、法廷地国際私法説によれば、遺留分減殺請求権の準拠法は、通則法36条により、被相続人の本国法である日本法となる。よって、Yの抗弁主張は認められる。

説例6：信託に基づく受益者の追及権と善意有償取得者の抗弁

イギリスで運航の用に供されている日本船籍の船舶の所有者Sが、当該船舶

56) *Pipon v Pipon* (1744) *Amb* 25, 99, *Thorne v Watkins* (1750) 2 *Ves Sen* 35, *Somerville v Somerville* (1801) 5 *Ves* 750, *Dacey and Morris* “*The Conflict of Laws* 14th ed.” (Thomson, 2006) 27R-010, p. 1237。ただし、不動産は原則として財産所在地法による (*Balfour v Scott* (1793) 6 *Bro PC* 550, *Duncan v Lawson* (1889) 41 *Ch D* 394), *Dacey and Morris*, *The Conflict of Laws* 14th ed. (2006) 27-015, p. 1238。

57) この結論は、先決問題である遺留分減殺請求権の法的性質を相続と判断することを前提としている。なお、イギリスの家族法上、被扶養者による扶養義務者の信託財産に対する権利が認められることがある (*Hambro v Duke of Marlborough* [1994] *Ch*. 158, *Re Abram (deceased)* [1996] *FLR* 379, *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, 拙稿「国際民事信託の設定に関する諸問題」(前掲注1) 3. 5参照)。

を信託財産として、イギリス法に準拠した信託を設定したところ、当該信託の受託者が信託違反をして当該船舶を第三者に売却してしまったため、当該信託財産の受益者Xは、受託者から船舶を譲り受けたYに対して、受託者が信託義務に違反したことを根拠に信託財産の取戻しや代替物の引渡しを求める訴訟を、日本の裁判所に提起したとする。信託準拠法であるイギリス法上、受託者の義務違反によって信託財産に属する船舶が第三者に処分された場合、受益者は、第三者に対して、当該財産の返還やその代替物の引渡しを請求することができる⁵⁸⁾。これは、信託が有する衡平法上の財産権(物権)的請求権(proprietary right in equity)であり、追及権(following and tracing)と呼ばれている⁵⁹⁾。イギリス法上、この権利は、善意の取引によって当該信託財産を取得した第三者には対抗できない。これを善意有償取得者(bona fide purchaser)の理論といわれ、イギリス国内の財産について追及権に基づく請求を受けた第三者は、多くの場合、この抗弁を主張して争うことになる⁶⁰⁾。善意有償取得者保護の制度は、財産権の帰属に関する法律問題なので⁶¹⁾、この抗弁主張は信託財産追及権

58) FC Jones & Sons (A firm) v Jones [1997] Ch 159, [1996] 4 All ER 721, CA, Thomas & Hudson "The Law of Trusts" (前掲注4) p.1029, pp.1072-1082

59) Westdeutsche Landesbank v Islington LBC [1996] AC 669, Thomas & Hudson "The Law of Trusts" (前掲注4) p.1125

60) Hudson "Equity and Trust 4th ed." (前掲注4) 761頁以下。なお、信託義務違反をする受託者に対して意図的に協力して信託財産を受け取った第三者には擬制信託という当初の信託とは別の法定信託が成立し、受託者と共同で責任を負う(Polly Peck International v Nadir (No 2) [1992] 4 All ER 769, Royal Brunei Airlines v Tan [1995] AC 378)。

61) 日本の信託法を基準としてこの請求及び抗弁主張の法的性質を判断した場合、信託受益者の第三者に対する信託財産返還請求という法律問題は、日本の信託法27条の受益者取消権によって処理される問題となる。すなわち、受託者がその権限を逸脱した取引をして、信託財産を第三者に処分してしまった場合、受益者はこの取引を取り消して、取引相手から信託財産を取り戻すことができるかどうかという問題である(信託法27条)。これに対し、第三者の抗弁の問題は、即時所得(民法192条)や対抗要件の抗弁(民法176条、177条、信託法14条)であり、その法的性質は物権の帰属の問題である。なお、イギリス信託法上も、善意有償取得の法理は財産権上の制度とされている(Hudson "Equity and Trust 4th ed." (前掲注4) 675頁以下、Foskett v MaKeown [2001] 1 AC 102, [2002] All ER 97)。

という法律問題に対する先決問題となる。準拠法所属地国際私法説を採った場合、船舶譲受人Yが受益者Xに対して所有権を主張できるかどうかの問題は、信託準拠法の所属地国であるイギリスの国際私法によって定まる。イギリスの国際私法上、イギリス国外に所在する財産の引渡請求に対する第三者の抗弁の問題は、財産所在地国の実質法によるのが原則であり、当該財産が船舶の場合は船舶所在地であるイギリスの実質法によることとなる⁶²⁾。よって、善意有償取得者の理論が適用される。これに対し、法廷地国際私法説を採った場合、取引により物権を取得した第三者の抗弁に関する法律問題は日本の国際私法による。日本の判例法は、船舶の所有権の帰属の問題は船舶登録地の法によるものとしている⁶³⁾。したがって、船舶譲受人Yと受益者Xとの関係は、日本の民法における対抗要件の問題として処理されることになる⁶⁴⁾。

上記の2つ説例は、準拠法所属地国際私法説によれば、本問題準拠法であるイギリス法が先決問題の準拠法となり、法廷地国際私法説によれば、法廷地の実質法である日本法が先決問題の準拠法に選ばれる事案である。事例の設定を少し変えれば異なる結論にもなりうるが、準拠法所属地国際私法説が判決の国際的な調和をその根拠としていることに鑑みれば⁶⁵⁾、この結論は、同説が望ましい結果として想定している場合に当たるはずである。よって、上記の2つ説

62) Trustees Executors and Agency Co/ Ltd v IRC [1973] Ch 254, Government of the Republic of Spain v National Bank of Scotland, 1939 S.C. 413, Dicey and Morris, The Conflict of Laws 14th ed. (2006), 22-058. ただし、公海にある船は、登録地に所在するものと看做される (Dicey and Morris, The Conflict of Laws, 22E-057)。

63) 神戸地裁昭和57年3月29日（判決刑月14巻3・4号282頁）、山口地裁柳原支部判決昭和42年6月26日（下民18巻5・6号711頁）、山田「国際私法第3版」（前掲注10）309頁。船舶準拠法の規定が通則法に設けられなかった経緯について、法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」128頁参照。

64) 上記注61参照

65) 江川英文「親子間の法律関係を定める国際私法規定の適用に関する若干の問題」国際36巻7号13頁以下、桑田三郎「先決問題の準拠法」「国際私法上における先決問題—ウェングラールの理論」国際私法研究196頁以下

例は、両説の違いをきわ立たせる上で、わかりやすい事案と考えられる。

準拠法所属地国際私法説は、本問題準拠法が所属する国の裁判所において同じ事件が審判された場合と同じ準拠法を適用することができるので、判決の国際的調和という点においては、たしかに法廷地準拠法説よりも優れているようにみえる。しかし、私は、以下に述べるように、この説には長所を上回る欠点があるので、法廷地国際私法説の方が妥当であると考えます。

第1に、準拠法所属地国際私法説を採った場合、裁判所は、訴訟に現れた法律問題のそれぞれの準拠実質法と共に、その所属地の国際私法まで検討しなければならない。これは、日本の国際私法だけで準拠法決定が可能な法廷地国際私法説に比べて煩瑣である⁶⁶⁾。

第2に、準拠法所属地国際私法説によった場合、本問題の準拠実質法が外国法の場合には先決問題の準拠法決定について日本の国際私法を適用できない。その結果として、日本の国際私法が予定していた日本の法秩序と矛盾する結果を招く可能性がある。

たとえば、上記の説例5に関して、通則法36条は、日本の民法の相続に関する規定を前提とした上で「相続は、被相続人の本国法による」と定めている。よって、この定めは、日本民法1028条以下の規定と共に、「日本国籍を有する者が財産を残して死亡した場合、当該財産について配偶者に遺留分を付与すべきである」との政策的な判断に基づき、そのような実質法を形成することを意図しているとみることができる。また、上記の説例6に関して、日本の国際私法（通則法13条及び船舶準拠法に関する判例法）は、「日本で登記された船舶に関する権利の帰属及び移転の問題は、民法177条によるべきである」との実質法を定立しているとみることができる。本問題準拠法所属地国際私法説を採った場合は、このような目的の達成ができなくなるおそれがある。

第3に、先決問題の準拠法決定を本問題の国際私法によることにした場合、同じ法律問題が訴訟において本問題として登場した場合と先決問題として登場

66) 溜池「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）222頁

した場合とで準拠法が異なる場合が生じる⁶⁷⁾。たとえば、上記説例5と同じ事実関係において、委託者の妻が原告となって遺留分減殺請求の訴訟を提起した場合や、説例6と同じ事実関係において、船舶を譲り受けた者が原告となって日本で船舶所有権確認訴訟を提起した場合、その準拠法は日本の国際私法に従って決定される。その結果、前者は通則法36条、後者は船舶準拠法に関する日本の判例法が適用されて、それぞれ日本法となる。準拠法所属地国際私法説を採った場合、同じ法律問題に関する日本国内の判決の調和を破り、一国の法秩序の安定性を損なう場合が出てくるのである。同説は、判決の国際的な調和に役立つ場合があるかもしれないが、その効果は限定的である。また、国内における判決の調和に反してまで、国際的な判決の調和にこだわる必要があるとも思えない。よって、法廷地国際私法説の方が望ましい考え方である。

1. 5. 4 折衷説について

折衷説は、法廷地の国際私法によることを原則とした上で、事案の具体的事情を国際私法的な観点から利益考慮して、本問題の準拠法所属地国の国際私法によった方が望ましい結果を期待できるときはそれによるべきであるとする⁶⁸⁾。前述のとおり、準拠法所属地国際私法説が妥当といえないのは、この見解に理論的な欠陥があるからではなく、政策的な観点からこの説はデメリットが大きいからである。よって、本問題準拠法所属地国の国際私法に従った方が望ましい結果を得られる場合があるとしたら、例外を認めることは不可能ではない⁶⁹⁾。問題は、本当にその必要性があるかどうかである。

どのような場合を例外とするのかについて、折衷説は、「先決問題が本問題準拠法国と密接に関連し、法廷地との関係が薄く、国内での裁判の調和が乱さ

67) 溜池「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）222頁、道垣内「国際私法判例百選（新法対応補正版）」（前掲注45）7頁他

68) 前掲注49の各文献参照

69) 澤木＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）26頁は、「そのような例外を設けることは国際私法の構造上容認しがたい」とするが、上記1. 5. 3で述べたように、国際私法の構造に反するとまではいえない。

れるおそれが少ないこと」などを条件にすべき旨を主張している⁷⁰⁾。折衷説は具体的にどのような場合を想定しているのかを明らかにしていないが、そのような条件に当てはまる例として、以下のような場合が考えられる。

説例7：信託準拠法と遺留分減殺請求権の準拠法

上記1. 5. 3の説例5において、イギリスに居住し、同国に本拠地を有している日本人が、その財産について、イギリスにいる親戚を受益者とし、イギリス法に準拠する遺言信託を設定した事例を設定した。この事件において、当該信託の委託者がフランス人であったとし、財産所在地もフランスであったとする。委託者が死亡した後、受託者が、委託者の妻に対して、当該財産が信託に属することの確認請求訴訟を日本の裁判所に提起し、妻はこれに対する抗弁として、遺留分減殺請求権を行使した場合、日本との関係は薄く、また、日本の国際私法によったとしても、先決問題の準拠法はフランス法であって、日本の実質法秩序に反するおそれはない。

説例8：信託に基づく受益者の追及権と第三者取得者の抗弁

上記1. 5. 3の説例6において、イギリスで運航されている船の船籍所在地が日本ではなくてパナマだったとする。イギリスにいる受託者がパナマ人を被告として、信託義務に違反したことを根拠に信託財産の取戻しや代替物の引渡しを求める訴訟を、日本の裁判所に提起した場合、日本の国際私法によったとしても、船舶の所有権の帰属に関する準拠法はパナマ法であり、日本法が関与する余地はない。よって、イギリスの国際私法に従ってイギリス法を準拠法としても、日本に対する影響はほとんどない。

折衷説の基準に従えば、上記のような事例は、例外的に本問題準拠法訴属地国であるイギリスの国際私法によるべき場合に当たりそうである。しかし、私は、以下の理由により、そのような例外を認めることに反対である。

70) 池原「国際私法総論」(前掲注10) 278頁

第1に、上記の2つの説例において、本問題準拠法所属地国であるイギリスの国際私法を適用するのは、たしかに、日本における判決とイギリスで訴訟が提起された場合の判決との調和を保つ上では望ましいかもしれない。しかし、これらの事件には、フランスやパナマも関係し、これらの国で訴訟が係属する可能性も高い。フランスの国際私法やパナマの国際私法がこのような場合に自国法を準拠法とする旨のルールを有していた場合、日本の裁判所がイギリス法を準拠法とすると、これらの国の裁判所が下すであろう判決との調和を損なうおそれがある。日本の裁判所が本問題準拠法所属地国の判決との調和だけを尊重する根拠があるとは思えないし、仮にすべての関係国との判決の調和を目指すとしたら、先決問題の準拠法決定において裁判所に過度の負担を強いることになる。

第2に、例外を認めた場合において、上記1. 5. 3で述べた準拠法所属地国際私法説の問題点のうち、裁判所にとって煩瑣である点及び国内的な判決の不調和を招くおそれがある点については解消されない。

第3に、折衷説が主張するように「先決問題が本問題準拠法と密接に関連し、法廷地との関係が薄く、国内での裁判の調和が乱されるおそれが少ないこと」などを斟酌した上で例外に当たるかどうかの判断をするとしたら、準拠法の決定における裁判所の裁量の余地が広がり、かつ基準も不明確となり、準拠法に関する当事者の予測可能性を損なう。そもそも、連結点と準拠法との密接関連性は、準拠実質法を決定するための判断基準であり、国際私法そのものを選択する基準としては不適切である。しかも、密接関連性という概念自体、客観的で明確な基準とは言いがたい。よって、そのような基準で法廷地国際私法によらない例外的な場合を認めるのは、法的安定性担保の見地から望ましくない。

以上の理由により、私は、先決問題の法性決定は日本の国際私法の基準に従って行い（上記1. 4）、かつ、当該法的性質の単位法律関係に当てはまる準拠法の決定は、例外なく日本の国際私法上のルールに従って行うべきであると考えられる。この考え方を採った場合、先決問題の準拠法は、本問題の準拠法と全く

同じ方法及び基準で決定すべきことになる。ただし、このことは、先決問題と本問題との区別が不要であることを意味するわけではない⁷¹⁾。上記1. 1で説明したように、渉外的要素を含む紛争における法律問題の準拠法決定は、訴訟物準拠法の決定、その適用、送致範囲の画定、先決問題の準拠法決定という手順を経て行われるものであり、ある法律問題の準拠法は、その問題がどのような法律問題の先決問題であるかを決めた上でなければ決定できないからである。

1. 6 準拠法決定の具体例

上記1. 2から1. 5までにおいて、渉外的な要素を含む紛争における法律問題の準拠法決定作業に必要な諸基準について検討した。ここで、事例を用いて、これらの基準に従って準拠法を決定する具体的な手法を整理しておく。

説例9：受益者の受託者に対する信託違反による信託財産の損失でん補請求

原告Xは、信託財産の受益者であると主張し、受託者である被告Yに対し、Yが信託財産に属する財産を自己の利益のために処分したことを理由として損失のてん補を求める訴訟を提起したとする。Xは、委託者であるZ（故人）が遺言によってXを受益者とする信託を設定していたと主張している。Xは日本人、Yがイギリス法人、Zはイギリス人であったとする。

この訴訟において、裁判所はまず、Xの請求（訴訟物）の準拠法を決定するため、日本法を基準として訴訟物の法的性質を判断する。これは、訴訟物の法性決定に関する法廷地法説（上記1. 2参照）に従った法性決定作業である。

71) 澤木＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）26頁は、法廷地国際私法説を「先決問題否定説」と呼び、「要するに、先決問題自体を認めないわけである」と述べている。しかし、ある法律問題が独立した単位法律関係であるかどうかの判断は、それが先決問題かどうかの判断、すなわち、送致範囲の画定と一致するので、先決問題の存在自体は否定できない。

訴訟物は、日本法上、「XのYに対する信託における受託者の義務違反による損失てん補請求権」に当たるので、その法的性質は信託であり、訴訟物準拠法は、通則法7条及び8条によって決定される信託準拠法となる⁷²⁾。当該信託は、委託者Zが遺言の方式で設定していたとして、Zが遺言書において準拠法をイギリス法と指定していた場合、通則法7条により、信託準拠法はイギリス法と決定される。以上は、上記1. 1 (1) の訴訟物準拠法の決定作業である。

訴訟物準拠法であるイギリス法によれば、受益者の受託者に対する損失てん補請求の請求原因に当たる要件は、信託の成立、受託者の義務違反、損害の発生及び損害額である⁷³⁾。そこで、裁判所は、Xが訴訟においてこれらの請求原因にあたる事実を主張しているかどうかを調べ、主張があるときは、その当否を判断する。これは、上記1. 1 (2) (i) の訴訟物準拠法の適用作業である。Xが信託の成立を主張しているものとし、裁判所は、この「信託の成立」という法律問題が訴訟物準拠法である信託準拠法（すなわち、イギリス法）の送致範囲内かどうかを、日本法を基準として画定する。これは、送致範囲の画定に関する法廷地国際私法基準説（上記1. 3参照）に従った、上記1. 1 (2) (ii) の訴訟物の送致範囲画定作業である。「信託の成立」という法律問題は、もちろん、日本の信託法上に信託に関する法律問題であり、通則法7条及び8条の「法律行為の成立及び効力」という単位法律関係の1部である。よって、訴訟物準拠法である信託準拠法（すなわち、イギリス法）の送致範囲に含まれている。

イギリス法上、信託の成立要件としてXが主張立証すべき事項は、委託者Zによる信託設定の明確な意思の表示及び受託者Yに対する財産の移転である⁷⁴⁾。よって、裁判所は、Xがこれらの要件に当たる事実を主張しているかどうかを確認する（訴訟物準拠法の適用作業）。

72) 訴訟物の法性決定をイギリス法に基づいて行うとした場合、この請求権の法的性質は、擬制信託に基づく請求権ということになる（前掲注37参照）。

73) Pettit “Equity and the Law of Trusts” (前掲注4) p.526, Hudson “Equity and Trust 4th ed.” (前掲注4) pp.657

74) A. Hudson “Equity and Trust 4th ed.” (前掲注4) pp.178-179, P. H. Pettit “Equity and the Law of Trust 10th ed.” (前掲注4) pp.98-103

Xが、「Zは、Yを受託者とし、Xのために信託を設定する旨の意思表示を、遺言の方法で行った」と主張しているとき、この主張には「遺言の成立」という法律問題が含まれている。そこで、裁判所は、この法律問題が訴訟物準拠法（イギリス法）の送致範囲内かどうかを画定する。日本法上、遺言の成立は、相続法上の法律関係に含まれ、信託とは法的性質が異なっている（上記1. 3参照）。また、通則法上も、「遺言の成立及び効力」（通則法37条）は、信託とは別の単位法律関係である⁷⁵⁾。よって、「遺言の成立」という法律問題は、信託準拠法の送致範囲外である（上記1. 1 (2) (ii) の訴訟物の送致範囲の画定作業）。「遺言の成立」という法律問題の法的性質は、上記のとおり、日本法上も「遺言」であり（上記1. 4参照）、この準拠法は通則法37条によって定まる（上記1. 5参照）。同条1項は、「遺言の成立及び効力は、その成立の当時における遺言者の本国法による」としている。よって、遺言の当時において、Zがイギリス国籍を有していたとすれば、「遺言の成立」の準拠法はイギリス法と決定される⁷⁶⁾。また、遺言の方式については、「遺言の方式の準拠法に関する法律」（昭和39年法律100号）によって定まる。以上は、上記1. 1 (2) (iii) の請求原因における法律問題の準拠法決定作業である。

訴訟において、Yが「遺言によって信託行為を行った委託者Zには遺言能力がなかった」と主張したとする。これは、「遺言の成立」の効果を否定するための抗弁主張である。裁判所はまず、「遺言の成立」の準拠法であるイギリス

75) 先決問題の準拠法決定について準拠法所属地国際私法説を採った場合、この問題は、イギリスの国際私法によって解決すべきことになる。しかし、イギリスの国際私法によった場合も、遺言信託における遺言の成立は先決問題である（信託の準拠法及び承認に関する条約4条、Dicey and Morris（前掲注56）29-07、Cheshire and North's Private International Law, 13th ed. (Oxford Press, 1999), pp. 1033-1034）。

76) これに対し、本問題準拠法所在地国であるイギリスの国際私法によるとすれば、遺言能力の準拠法は、原則として、遺言当時における遺言者の本拠地（domicile）法となる（Dicey and Morris（前掲注56）27R-021, p.1240、In the Estate of Fuld (No 3) [1968] p.675、In bonis Maraver (1828) 1 Hagg. Ecc. 498、In bonis Gutierrez (1869) 38 LJP&M 48）。ただし、信託財産が不動産の場合については判例法がなく、不動産所在地法と解する学説が有力である（Dicey and Morris（前掲注56）27-023, p.1241）。

法において、この抗弁主張が認められる可能性があるかどうかを判断する（上記1. 1 (3) (i) の2次的準拠法の抗弁への適用作業）。イギリス法上、遺言能力を欠く者による遺言は効力がないので、この抗弁を「遺言の成立」の効果を否定するものとして成り立ちうる⁷⁷⁾。よって、裁判所は、当該抗弁の当否を判断する前提として、その準拠法を決定することになる。

Yの抗弁主張である「遺言能力の有無」という法律問題の準拠法を決めるため、裁判所はまず、遺言能力の問題が「遺言の成立」の準拠法の送致範囲に含まれるかどうかを画定する（上記1. 1 (3) (ii) の2次的準拠法の送致範囲の画定作業）。遺言能力という法律問題は、日本の相続法上は遺言に関する法律問題に含まれている（上記1. 3参照）。また、通則法上も、「遺言の成立及び効力」は1個の単位法律関係であり、遺言能力もこれに含まれると解される⁷⁸⁾。したがって、「遺言能力」は遺言準拠法の送致範囲内であり、遺言準拠法であるイギリス法が適用できる。イギリス法上、遺言は18歳に達した者は行うことができるので、Zが18歳以上であるかどうかによって、この抗弁主張が成り立つかどうか定まる⁷⁹⁾。

以上が準拠法決定作業の流れである。この作業工程から明らかなおり、上記において分けて説明した、1. 3（送致範囲の画定）の作業と1. 4（先決問題の法性決定）及び1. 5（先決問題の準拠法決定）の各作業とは、私見によれば、実務上は同一作業の裏と表に過ぎない。すなわち、ある法律問題の法的性質（上

77) Family Reform Act 1969 s.3

78) 準拠法所属地国際私法説を採ったとした場合、イギリスの国際私法上、遺言能力は、遺言の成立とは異なる独立した単位法律関係なので、仮に送致範囲の画定をイギリス法に従って行うとすれば、遺言能力は、遺言の成立の準拠法（イギリス法）の送致範囲外であり、別途に準拠法を決定することが必要となる。ただし、この準拠法の決定を日本の国際私法を基準に行った場合、結局は通則法37条によってイギリス法に決定される。なお、仮に、先決問題の準拠法決定について本問題の準拠法所属地国際私法を基準として、イギリスの国際私法によったとしても、その準拠法は遺言当時における遺言者の本拠地法であるイギリス法に決定される（Dicey and Morris（前掲注56）、27R-095）。

79) イギリス法その他のコモンローの国の法制度上は、遺言者が18歳未満の場合は遺言能力が認められない（Family Reform Act 1969 s.3 (1)）。

記1. 4で述べた方法により決定)が、それを前提とする別の法律問題の法的性質(上記1. 2で述べた方法により決定)と同じときは、前者は後者の準拠法の送致範囲内となり、それが異なるときは、前者は先決問題として、その法的性質に応じた準拠法が(上記1. 5で述べた基準により)別途決定されるのである。

裁判所は、このようにして訴訟における法律問題の準拠法を順次に決定しながら争点整理をし、その上で、争点について法律判断や事実認定を行うことにより紛争を解決していくことになる。

1. 7 適応問題について

訴訟における主張立証の過程において、当事者が主張している法律問題の準拠法の適用結果が、関連する他の法律問題の準拠法の適用結果と矛盾するようにみえる場合がある。たとえば、以下のような場合である。

説例10：信託準拠法と物権準拠法

上記1. 6の説例9において、Zの遺言信託の対象である信託財産の所在地がスペインであったとする。信託財産に関する準拠法所屬地国であるスペインの法律上、信託に相当する制度が存在しない。そこで、被告Yは、「遺言によって信託を設定したとしても、スペイン法上、信託という概念はないので、Xは受益者であることに基づく請求をすることができない」と主張するかもしれない。そこで、受益者の受託者に対する信託受益権及び遺言による信託の成立を認めているイギリス法と、信託の存在を認めないスペイン法のどちらを適用すべきかという問題が生ずる⁸⁰⁾。

80) 櫻田嘉章「国際私法(第5版)」(前掲注51)136頁において、適応問題の例として挙げている説例の1つ(被相続人の属人法がイギリス法で、それによりスペインにある土地について信託上の権利を得た場合に、スペインには信託が存在しない場合)を参考にした事例である。なお、本説例10や説例7、説例8は、日本との関連性が薄いため国際裁判管轄が認められない可能性があるが、少なくとも応訴管轄の余地があるので、現実的な事案として例示に値する。

このように、ある法律問題が複数の法制度と関係を持ち、そのために2つ以上の準拠法を適用する必要があるようにみえるとき、その準拠法相互間の矛盾や不調和をいかにして解決すべきかという問題は、国際私法上、適応問題又は調整問題と呼ばれている⁸¹⁾。

適応問題について、多くの学説は、単位法律関係ごとに分断して準拠法を決定するという、伝統的な国際私法の構造に由来するものであって、国際私法の側からも看過しえない問題であるとし、様々な方法で、国際私法上の解決を模索している。その方法としては、抵触規定の解釈・適用の段階における操作と準拠法として指定された実質法の解釈・適用の段階における操作が考えられている⁸²⁾。

このような操作による解決を試みる見解に対し、道垣内正人教授は、「一般に『適応問題』といわれているものは、基本的には、国際私法プロセスの最初の段階において処理済みであって、……別に困った状況は生じていない」とし、適応問題について、「通常とは異なる特別な操作」を行う必要はないと述べられている⁸³⁾。この見解は、国際私法によって準拠法を決定する作業の過程において、(1) 抵触規定の適用につき、しかるべき適用順序をつけ、(2) 国際私法上、単位法律関係の範囲を予め正確に区切り、(3) 指定された準拠法について、送致された法律問題の範囲を明確にすることにより、適応問題とされている問題は解決できるとするものである⁸⁴⁾。私は、基本的な考え方としては、この見解に賛成である。すなわち、適応問題と言われている矛盾や不調和のほとんどは、上記1. 1乃至1. 5で説明した準拠法決定作業の中で解決されているの

81) 池原「国際私法総論」（前掲注10）269頁以下、溜池「国際私法講義（第3版）」（注17）226頁以下、山田「国際私法第3版」（前掲注10）165頁以下、櫻田嘉章「国際私法（第5版）」（前掲注51）132頁他

82) 山田「国際私法第3版」（前掲注10）166頁

83) 道垣内「ポイント国際私法総論」（前掲注3）135頁以下。また、齊藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（二）」（前掲注25）1865頁以下が、「適応問題の典型例とされていたものの中にも、実は、送致範囲の画定に関する問題と捉えなおすことによって妥当な解決を導き出すことができるものがある」と論じているのも、同趣旨である。

で、抵触規定や準拠実質法の解釈・適用を操作するなどの特別な解決策を模索するに及ばないと考える。

たとえば、上記の説例10において、被告Yが「スペイン法上、信託制度は存在しない」との主張をしたとき、裁判所は、当該主張に関する法律問題の準拠法の決定をする以前に、まず、この主張が、Xの請求のうちのどの部分に対する抗弁主張であるのかの位置づけをする必要がある（上記1. 1 (3) (i) 参照）。Xは、信託に基づく受託者の義務違反による損失でん補請求をし、その請求原因である「信託の成立」の2次的要件事実として、「遺言の成立」を主張している。仮に、Yの主張が「遺言の成立」の法律効果を否定するための抗弁主張であるとしたら、そのような抗弁主張が認められる可能性があるかどうかという問題は、「遺言成立」の準拠法であるスペイン法の適用の問題である。よって、仮にスペイン法が、「信託の設定による財産移転を内容とする遺言は無効である」という法原則を採っているとしたら、この抗弁は認められる可能性がある。しかし、スペインに信託制度が存在しないとしても、同国は、遺言書に「信託を設定する」旨の記載があることによって、遺言そのものを無効としたり、不成立としたりする法制度を採っているわけではない。つまり、信託の法律効果が認められるかどうかは、遺言の成立という法律問題に影響しないのである。したがって、Yの抗弁主張は、「遺言の成立」の効果を争う抗弁としては成り立つ余地がないため、当該主張に関する法律問題の準拠法を検討するまでもなく、主張自体失当である。また、仮にYの主張が、「信託の成立」や「信託に基づく損失でん補請求権」の効果を否定するための抗弁主張であるとしたら、そのような主張に理由があるか否かは、信託準拠法であるイギリス法を適用して判断される。イギリス法上、「スペインに信託制度があるか否か」という問題は、自国法に基づいて設定された信託の効果を否定したり制限したりする抗弁とはなりえないので、Yは荒唐無稽な主張をしているだけということになる。

84) 道垣内「ポイント国際私法総論」（前掲注3）134頁。ただし、道垣内教授が示唆している個別的な問題の解決方法に関しては、抵触規定に序列をつける根拠や送致範囲を区切る根拠が明確とは言えず、解決を目的とした操作が含まれているように思われる。

よって、Yの主張は、その準拠法を検討するまでもなく失当である。結局、Yの「スペイン法が信託制度を認めていない」という主張は、訴訟における準拠法決定の過程において、訴訟物準拠法や2次の準拠法の適用の段階で排除されてしまうので（上記1. 1 (3) (i) 参照）、Xの請求や主張と矛盾や不調和を生ずる余地はない⁸⁵⁾。

上記の説例10の外に、多くの学説が適応問題に当たるとして挙げている典型的な説例として、以下のようなものがある。

説例11：相続権準拠法と夫婦財産権の準拠法

ブラジル人夫と日本人妻が日本に共通常居所を有しているうちに、夫が日本で死亡した場合に、死亡した夫の日本及びブラジルに所在する財産に対する寡婦の権利が夫の相続人との間で問題になったとする。これを相続の問題とみると、通則法36条によりブラジル法が準拠法となる。ブラジル法によると、このような場合に、夫婦財産法上の権利が認められているが、配偶者相続権は被相続人の卑属または尊属がいる限り認められていない。他方、これを夫婦財産制の問題とみると、夫婦の署名と日付のある書面で有効な準拠法選択が行われていたのでなければ、通則法26条1項により夫婦の共通常居所地法である日本法が準拠法になる。日本法によると、配偶者に相続権が認められているが、夫婦財産法上の権利は認められない。したがって、国内の実質法上はいずれの国においても寡婦の権利が認められているのに、国際私法上は、相続準拠法、夫婦財産制の準拠法のいずれによっても保護されないことになる⁸⁶⁾。

85) 本文のような解決を、「送致範囲に対応するルールの見極め」による解決という言う方をすることもできる（道垣内「ポイント国際私法総論」（前掲注3）137頁）。この訴訟における先決問題は、本問題をその準拠法に従って解決するために生じた別の法的問題なので、本問題の準拠法によってその範囲が定まるからである。ただし、上記1. 3において説明した「送致範囲の画定」は、訴訟物準拠法や2次の準拠法が、どこまでの法律問題に適用できるのかを判断する作業である。適応問題との関係で問題となるのは、準拠法の適用範囲ではなく、それ以前に、そもそもそのような法律問題に関する主張が成り立つ可能性があるのかという問題なので、準拠法の適用の問題と呼んだ方が正確である。

この説例のような状況において、日本人妻Xが他の相続人Yらに対して相続財産に対する寡婦の権利を求める訴訟を日本で提起した場合、裁判所はまず、訴訟物たる請求権の準拠法を決めるため、訴訟物の法性決定を行う。日本法を基準としてXの請求全体を評価した場合、この請求（すなわち、XのYらに対する相続財産に関する請求）は、妻の相続権に基づく請求（相続回復請求権、遺留分減殺請求権等）である（上記1. 2参照）。したがって、Xが請求権にどのような名称を付して訴えを提起したかにかかわらず、裁判所は、通則法36条によりブラジル法を準拠法と決定する。次に、準拠法であるブラジル法に従って、当該請求が認められるかどうかを判断する場合、裁判所はXの請求及び主張に基づいて、Xはブラジル法上の夫婦財産制に基づく請求をしているものと評価する。そこで、ブラジルの夫婦財産法に基づいてXの請求権が認められるかどうかを判断することになる。このように、準拠法決定のための法性決定の結果とそのような手続を経て決定された準拠法の適用結果とが異なるのは、法性決定の基準について準拠法説を採らない以上、当然起こりうることであり⁸⁷⁾、矛盾や不調和は生じていない（上記1. 2参照）。

86) 櫻田嘉章「国際私法（第5版）」（前掲注51）83頁の説例によった。これと類似する古典的な適応問題の例として、多くの文献は、「ドイツ人男女がドイツにおいて夫婦財産契約をせず婚姻し、その後スウェーデン国籍を取得した後に夫が遺言なく死亡した場合、その財産に対する妻の権利が問題とされた。夫婦財産制に関する旧ドイツ民法施行法（1896年）15条によればドイツ法によることになるが、ドイツ法上、妻は相続権をもつから婚姻法においては財産上の保護を受けられない。他方、相続に関する旧ドイツ民法施行法24条によればスウェーデン法によることになるが、スウェーデン法上、妻は婚姻法により財産の分与を認められるから相続権を与えられない。したがって、寡婦はいずれの準拠法によってもなんらの財産的保護を得られないことになる」という事例を挙げている（山田「国際私法第3版」（前掲注10）168頁、溜池「国際私法講義（第3版）」（注17）227頁他）。

87) 齊藤彰「国際私法に於ける性質決定理論の再構成（二）」（前掲注25）1865頁乃至1870頁参照。なお、この結論は、訴訟物準拠法の法性決定について、法廷地法説を採ることを前提としている（上記1. 2参照）。これについて準拠法説や国際私法自体説を採った場合は、適用問題が生ずる可能性がある。

説例12：婚姻の効力の準拠法と親権の準拠法

未成年の子が婚姻した場合、たとえば、(1) 婚姻の効力の準拠法（甲国法）によると未成年の妻は、依然として親の親権に服し、夫の保護に服しないとされ、他方、親権の準拠法（乙国法）によると未成年の妻は、夫の保護に服すべきものとし、親権を脱するという場合、未成年の妻は、親権にも夫の保護にも服さないことになる。

また、これとは逆に、(2) 婚姻の効力の準拠法（丙国法）によると未成年の妻は、婚姻によって親権を脱し、夫との同居の義務を負うものとされ、他方、親権の準拠法（丁国法）によると依然として親の親権に服すべきものとされている場合、未成年の妻に対し、たとえば、親の居所指定権と夫の同居請求権とが同時に成立するようにみえる⁸⁸⁾。

上記のうち、(1) の例の場合に関して日本で紛争が生ずるとしたら、たとえば、未成年の妻 X が X の夫 Y₁ 及び親 Y₂ に対して扶養を求める訴えを提起する場合が考えられる。この場合、X の Y₁（夫）に対する請求は、日本法上は夫婦の協力扶助の義務に関する問題なので（上記 1. 2 参照）、通則法 25 条により甲国法が準拠法と決定される。そして、甲国法が夫の扶助義務を認めていないとすれば、この請求は認められない。Y の Y₂（親）に対する請求は、親の扶養義務の問題なので、「扶養義務の準拠法に関する法律」（昭和 61 年法律 84 号）2 条 1 項により、乙国法が準拠法に決定される。乙国法が婚姻した子に対する親の扶養義務を認めていないとすれば、同条 2 項により、扶養義務は日本の法律によることになる。民法 877 条によれば、直系血族は互いに扶養義務を負い、この義務は未成年の子が成人擬制（民 753 条）を受けたとしても消滅しないので、X の請求は認められる可能性がある。説例 12 (1) は、この限りにおいて、矛盾・不調和や不都合な結果は生じない。

(2) の例の場合に関し、たとえば、夫 X₁ が親と同居している妻 Y に対し、

88) 溜池「国際私法講義（第 3 版）」（注 17）229 頁、澤田＝道垣内「国際私法入門（第 6 版）」（前掲注 3）27 頁

夫婦の協力扶助義務に基づいて同居請求の訴訟を提起したとする。この請求権の準拠法は、通則法25条により丙国法である。この訴訟において、Yが、「自分は親の親権に基づいてその指定する居所に居住する義務を負っている」と反論したとき、裁判所はまず、訴訟物準拠法（丙国法）に基づいて、そのような主張が成り立ちうるかどうかを判定することになる。丙国法上、未成年の子が婚姻すると親権を脱するとしている。また、婚姻中の夫婦の同居権を親や第三者が制限することは許されないはずである。よって、「親の指示に従った」との主張は、丙国法に基づく配偶者の同居請求権を否定する抗弁としては成り立つ余地がないので、裁判所は、これを主張自体失当と判断して排斥する。他方、未成年妻Yの親X₂が、Yに対して、居所指定権に基づいて、その夫と別居するように求めた場合、この訴訟物の準拠法は丁国法となる。この訴訟において、Yが「自分は婚姻によって夫との同居義務を負っている」と主張したとする。裁判所は、訴訟物準拠法に基づいて、この抗弁が成り立ちうるかどうかを判断する。この抗弁主張において、Yは、自分が婚姻年齢に達した上で婚姻した事実を主張するはずである。丁国法上、親の親権は夫婦の同居義務より優先するが、親権は未来永劫存続するものではない。丁国も、娘が一定の年齢に達した場合は親権を脱する制度を採っているはずである。したがって、Yの主張は、親権に対する権利妨害の抗弁として、一応合理性があると判断される。この主張は夫婦の同居義務に関するものなので、訴訟物準拠法の送致範囲外であり、通則法25条によって丙国法が準拠法に決定される。丙国法によれば、婚姻によって親権を脱するものとされている。よって、Yの主張は、親権に基づく娘の居所指定の請求に対し、親権の効果を否定する抗弁として認められることになる。結局、説例12(2)において矛盾しているようにみえる問題は、抗弁に関する法律問題の準拠法の適用結果によって解決される⁸⁹⁾。

89) この結論は、送致範囲の画定及び先決問題の準拠法決定について、日本の国際私法を基準とする見解に立つことを前提としている（上記1. 3、1. 4及び1. 5参照）。これに対し、本問題の準拠実質法や準拠法所屬地国際私法を基準とする見解を採った場合は、矛盾や不調和が生ずる可能性がある。

説例13：非嫡出子の認知とその扶養の準拠法

甲国人Y男とその妻A女との間に生まれた乙国籍をもつ子Xが、Yに対して扶養請求をしたとする。そうして、一方、甲国法によれば、Xは、Yによって認知されることによって非嫡出親子関係が成立し、それに基づいて扶養請求ができることになっており、他方、乙国法によれば、X Y間に一般的に非嫡出親子関係を成立させるための認知の制度はないが、YはXの懐胎期間中にその母Bと同棲していた者として扶養の義務を負うべきものとされていたとする。この場合、非嫡出子の認知とその扶養という2つの渉外的な関係が含まれている。2つを通じて甲国法または乙国法が一貫して適用されるときには、いずれの実質法秩序の下においてもXはYに対して子として扶養を求めうるにかかわらず、認知の関係と扶養の関係とに分断して前者を乙国法、後者を甲国法に準拠させるときには、認知を求めえず、したがって扶養を請求できない結果となる⁹⁰⁾。

この説例13において、YのXに対する扶養請求の訴訟が日本の裁判所に提起されたとしたら、裁判所はまず、扶養義務の準拠法に関する法律2条1項に基づいて、扶養権利者であるXの常居所地法である乙国法を準拠法として決定する。そして、Aの懐胎期間中にA・Yが同居していたかどうかを審理し、Xの請求が認められるかどうかを判断する（上記1. 1（1）の訴訟物準拠法の適用作業）。この場合、乙国法は認知を扶養義務の要件としていないので、認知の有無という法律問題は生じない。乙国法に従って判断した結果、仮に、扶養を得られないときは、扶養義務の準拠法に関する法律2条2項により、扶養義務は、法廷地法である日本法によることになる。日本の民法は親の非嫡出子扶養義務について認知主義を採っている（民法877条、779条）、Xは、YがXを認知していたことを主張立証しなければならない。この場合は先決問題として非嫡出子の認知の問題が生ずるので、通則法29条により、この問題は甲国法によることになる（上記1. 3乃至1. 5の作業）。なお、通則法29条は、「子の認知による親子関係の成立については、認知の当時における子の本国によればその子

90) 池原「国際私法総論」（前掲注10）269頁

又は第三者の承諾があることが認知の要件であるときは、その要件をも備えなければならない」と規定している。Xの本国法である乙国法には認知の制度がなく、したがって、認知に承諾を要する旨の要件も存在しない。よって、乙国法を適用すべき問題は生じない。結局、この説例の場合も、準拠法の適用結果に関して不整合は生じないし、具体的妥当性を欠くこともない⁹¹⁾。

以上のように、学説が適応問題として議論している矛盾や不調和の多くは、現実の事件を解決する上では、国際私法における準拠法決定作業を正しく行えば発生しないはずである。適応問題を論ずる学説は、準拠法適用結果の矛盾や不調和は、国際私法の構造上、必然的に生ずる問題であるとしている。しかし、国際私法は、裁判所が準拠法を適用して紛争を解決するための裁判規範の一部である。したがって、その適用上の矛盾や不調和を事後的な調整や操作で解決するのではなく、国際私法の立法段階において、そのような問題が生じないようにできる限りの配慮しておくべきである。そして、通則法の規定や準拠法決定のための諸基準の解釈においても、矛盾や不調和をなるべく生じさせない考え方を採るべきである。上記1. 2乃至1. 6で述べた私見のように、あらゆる場面の法律問題の準拠法を、日本の実質法及び国際私法上のルールに従った統一的基準で判断する方法は、適応問題の回避という見地からも、望ましいと思われる⁹²⁾。

91) これは、通則法29条の解釈適用の問題である（山田「国際私法第3版」（前掲注10）483頁、櫻田嘉章「国際私法（第5版）」（前掲注51）188頁他）。なお、平成元年における改正以前の旧法例18条1項は、認知の準拠法について、親と子の本国法の配分的適用主義を採っていたため、認知が困難となっていた（折茂豊「国際私法各論（新版）」（前掲注51）276頁以下、山田「国際私法第3版」（前掲注10）483頁参照）。この問題は、旧法例の立法上の欠陥の問題であって、いわゆる適応問題とは異なる。

2 国際信託に関わる法律問題の準拠法

国際信託に関する争いを含む訴訟において準拠法を決定する場合も、上記1の作業を順次に行うべきであることに変わりはない。ただし、信託に関する紛争は、以下の点において、それ以外の一般的な民事紛争（たとえば、契約紛争、不法行為の紛争、財産権の帰属をめぐる紛争、相続紛争、家事紛争など）とは異なる特徴を有しているので、準拠法を検討する上でも特別な配慮が必要である。

第1に、信託には、委託者、受託者、受益者という3当事者が必ず関与し、信託関係には、信託設定に関与した委託者と受託者の関係、及び、信託財産の管理、処分、その他の信託事務をめぐる受託者と受益者の関係という2つの側面がある。そして、信託設定に関わる法律問題と信託財産に関わる法律問題とは、ある程度の独立性を持った異なる生活関係に基づいている。したがって、「信託の成立・有効性」のように、委託者・受託者間の法律関係に属する問題と、「信託の内容、効力、信託事務、受益者の権利、受託者の権限及び義務」のように、主として受託者・受益者間で争われる法律問題とでは、信託準拠法を分割した方が適切な場合がある⁹³⁾。

第2に、信託は委託者が特定の財産について特定の目的をもって設定することによって成立する法律関係であり、信託の成立、効力、内容、目的など、信託に関する中心的な問題は、設定者（委託者、又は委託者及び受託者）の意思、

92) ただし、先決問題の準拠法を決定するには、本問題の準拠法（訴訟物準拠法や2次的準拠法）の適用という作業が不可欠なので、そのような準拠実質法の間の不整合によって生じうる問題を完全に回避することは困難とも思える。どのような場合に問題が生ずるかについて、今後検討する必要がある。なお、学説上は、準拠実質法に基づく請求を実現するための手続が日本法上存在しないことによる問題も、適応問題と呼ばれることがある（溜池「国際私法講義（第3版）」（注17）232頁、山田「国際私法第3版」（前掲注10）170頁、澤田＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）27頁など）。しかし、この問題は、民事手続法上の制度の転用その他の方法による判決実現手段の問題として処理すべきである。

93) 信託準拠法の分割の問題については、拙稿「国際信託の成立及び効力の準拠法（2）」（前掲注2）4. 4において論じたので、本稿では触れない。

すなわち、当事者自治に基づいている。

信託を支配する基本原則が当事者自治主義であることに鑑みれば、国際信託の成立、効力、信託当事者の権限や義務の内容や範囲など、信託当事者間の紛争における中心的な法律問題の準拠法は、原則として、当事者自治主義に基づく準拠法決定基準である通則法7条及び8条によって定めるべきである。すなわち、設定者が指定した法、又は設定者の合理的意思を基準として指定するであろうと推定される法を信託準拠法とすべきである⁹⁴⁾。信託当事者以外の者が信託をめぐる紛争に関わる事件でも、多くの場合、信託準拠法を適用すべき法律問題が紛争の中心となることが多い。よって、裁判所は、準拠法決定に際しての基本姿勢として、通則法7条及び8条に基づく信託準拠法が当該訴訟の中心的な準拠法となることを念頭においた上で、その適用の限界を検討するという観点で臨むべきである。

第3に、信託は、信託財産を中心にした法律関係であるため、信託に関する紛争のほとんどは、信託財産をめぐる争いである。信託財産には、委託者、受託者、受益者の信託当事者以外の第三者が関与する場合も少なくない。たとえば、信託当事者の家族や相続人、債権者や信託財産に関する取引の相手方など信託財産に対して事実上及び法律上の利害関係を持つ者が、信託財産に関する権利を主張し、紛争当事者となる場合がある。

そのような訴訟における法律問題の準拠法の決定において、信託当事者間の紛争と信託当事者以外の者が関与する紛争とでは、異なる配慮が必要である。信託当事者は、設定時から当該信託に関する規律に服することが期待されていた者であるから、信託設定者の意思に基づく規律、すなわち当事者自治に従うことを原則とする。よって、通則法7条及び8条によって決定された信託準拠法が、常に中心的な規律となる。これに対し、国際信託に関する紛争において、信託当事者以外の者が紛争当事者として登場した場合、そのような信託関係者と信託当事者の間の法律問題のうちのどれが信託準拠法の規律の下に置かれる

94) 信託準拠法決定基準について、拙稿「国際信託の成立及び効力の準拠法(2)」(前掲注2)

4. 1及び4. 2参照

べきかを個別的に検討する必要がある。たとえば、信託当事者の家族や相続人が、信託財産の帰属を争う方法で紛争当事者となったときは、信託準拠法と親族・相続準拠法の緊張関係が生ずる。また、委託者や受託者の債権者や取引相手が、信託財産をそれらの者の個人財産と信じ、信託の効果を否定して紛争当事者として登場してきたとき、当該信託財産に関する取引安全の法理を支配する法は、信託財産に関する物権準拠法なので、物権準拠法と信託準拠法との適用の優劣が問題となる。このような準拠法間の緊張関係の調整をどのようにして行うのかという問題は、国際信託に関わる法律問題の準拠法決定における重要な検討事項である。

私は、国際信託における紛争の準拠法間の対立や不調和は、上記1で述べた一般的な準拠法決定の方法及び基準に従った作業を行うことにより、その過程において自然に解決されるべきものとする。国際紛争における個々の法律問題の準拠法は、訴訟物準拠法、請求原因に関する法律問題の準拠法、抗弁に関する法律問題の準拠法という順序で決定される。準拠法の適用の順序は、そのような順序による準拠法の法律問題への適用及びその送致範囲の画定によって自ずと定まるものであり、特別な調整や操作は不要である（上記1、7参照）。

以上のような基本的な考え方を前提とし、以下において、国際信託の信託当事者間、又は信託当事者と信託関係者との間で起こりうる紛争を、(1) 信託当事者間の争い、(2) 信託当事者の相続人との争い、(3) 信託当事者の債権者との争い、(4) 信託当事者の取引相手との争いに大別し、それぞれにおける主要な類型の紛争にどのような法律問題が含まれるかを検討した上で、上記1で示した準拠法決定のための作業を順次に行う方法により、それぞれの法律問題の準拠法を検討することにする。なお、準拠法の適用に関しては、信託準拠法が日本法である場合とイギリス法である場合とを比較しながら説明する。

2. 1 信託当事者間における紛争

2. 1. 1 受託者の委託者に対する信託財産の引渡請求

(1) 訴訟物準拠法の決定及び適用

委託者が受託者と信託契約を締結したにかかわらず、受託者に対する信託に属する財産の引渡しを怠った場合、受託者（原告）は、受益者のために、委託者（被告）に対し信託契約の履行、すなわち信託契約に基づく信託財産引渡請求をする⁹⁵⁾。

この場合、まず、信託契約は信託という単位法律関係に含まれるのか、それとも信託とは独立した1個の単位法律関係なのかという点が問題となる。イギリスの信託法上、信託を設定するための契約は、信託設定とは別個の行為とされているので⁹⁶⁾、そのような契約の準拠法は、信託とは別個の単位法律関係として、ハーグ信託条約ではなくローマ条約3条及び4条を適用して決定することになる。しかし、わが国では、信託契約は信託の成立及び効力発生要件であり（信託法2条、3条、4条）、通常の民法の契約論がそのまま適用されない種々の場面が存在する⁹⁷⁾。また、信託の内容も信託契約に規定されるので、信託契約の成立、有効性、解釈、効力などの問題は、信託行為の成立、有効性や信託行為において定めた条項の解釈、効力などの問題と一致している。実務上も、信託の多くは信託契約によって設定され、信託は契約の一種として認識されている⁹⁸⁾。また、信託の成立・効力に関する法律問題と信託契約の成立・効力に関する法律問題とは同じ訴訟の中で争われることが多いので、当事者の合理的

95) 委託者と受託者との間の紛争に関する国内事件の例として、本間のように受託者から委託者に信託財産の引渡しを求める先例は見当たらないが、委託者が信託終了による信託財産の返還を求める事件はある（東京地裁平成18年3月22日判決（判例タイムズ1226号284頁）、津地裁平成17年2月17日（LLI登載）他）。この場合も、信託契約をめぐる紛争なので、本文で述べた考え方がそのまま当てはまる。

96) 前掲注13

97) たとえば、契約の変更が契約当事者の合意でなされるのに対し、信託の変更は、受託者・受益者間の合意だけで変更できる場合もあるし（信託法149条2項1号）、信託の目的に反せず受益者の利益に適合するときは、受託者が一方的に変更できる（同項2号）。

な意思を推定した場合も、信託契約の準拠法と信託の準拠法を分割する意図とは考えられない⁹⁹⁾。したがって、信託設定者があえて準拠法の分割指定をしたような場合を除き、信託契約の成立や効力は、信託の成立や効力に関する準拠法によるべきである。そうであるとすれば、信託契約と信託とを異なる単位法律関係であると解する実益もない。単位法律関係とは、準拠法決定の基準に過ぎないからである。よって、日本の信託法上、信託契約に基づく請求は、信託という単位法律関係の1部と解すべきである。

以上の理由により、原告（受託者）の被告（委託者）に対する信託契約に基づく信託財産引渡請求権の準拠法（訴訟物準拠法）は、通則法7条及び8条により決定される信託準拠法である。よって、原告と被告との間に準拠法の合意があるときは合意した法により、準拠法の合意がない場合は、通則法8条に基づいて決定される法によることとなる。信託準拠法が日本法である場合は、本件は日本の信託法及び信託契約に適用される民法の問題となる。他方、イギリス法が準拠法の場合は、イギリスの契約法の問題として処理される（上記の1. 2. 1の説例2参照）。

(2) 請求原因に関する法律問題の準拠法の決定及び適用

原告（受託者）は、請求原因事実として、信託契約の成立を主張立証しなければならない。信託契約の成立という法律問題は、日本の信託法上、「信託の成立及び効力」という単位法律関係の1部なので、通則法7条及び8条により定まった信託準拠法（訴訟物準拠法）が適用されることになる。

98) 新井誠「信託法第3版」（有斐閣、2008）69頁、樋口範雄「入門 信託と信託法」（弘文堂、2007）17頁以下。加藤雅信「新民法体系Ⅳ契約法」（有斐閣、2007）538頁以下は、「合意による信託は改正信託法のように『信託契約』と考えるのが日本法の風土に適合するであろう」として信託契約を委任契約の一類型と位置づけながら、「信託を契約と性格づけることと、信託から発生する権利が債権的権利であるか物権的権利であるかは別次元の問題である」とし、信託は「物権・債権という枠組みを超える法制度」とであると論じている（545頁）。

99) 信託準拠法の分割指定に関して、拙稿「国際信託の成立及び効力の準拠法（2）」（前掲注2）4. 4. 3参照

訴訟物準拠法が日本法の場合は、日本の信託法に基づき、委託者と受託者との間に、信託契約を締結する合意があったかどうかという問題になる（信託法3条1項、4条1項）。

他方、訴訟物準拠法がイギリス法の場合、「信託を設定する旨の合意」が成立しているかどうかは、イギリス契約法における契約成立の一般的要件の問題である（上記1. 2. 1の説例2参照）。すなわち、被告が原告に対して、信託財産を移転する旨の約束をしたかどうか、これに対する価値ある約因（consideration）が存在するかどうか、及び被告が法的拘束力を生じさせる意思を有していたかどうか判断される¹⁰⁰⁾。

(3) 抗弁に関する法律問題の準拠法の決定及び適用

この訴訟において、被告は、「信託契約は錯誤によって締結したものであるため無効である」、あるいは「原告の詐欺によるものであるため取り消す」と主張するかもしれない。契約の錯誤無効、詐欺取消という法律問題は、日本法上、法律行為の有効性に関する問題であり、「法律行為の成立及び効力」という法律関係に含まれている。よって、訴訟物準拠法の送致範囲内である。訴訟物準拠法が日本法の場合は、民法95条及び96条の信託契約への適用又は類推適用の問題となり、それぞれの条文の要件が吟味される。他方、訴訟物準拠法がイギリス法の場合は、イギリス契約法における錯誤（mistake）、不実表示（misrepresentation）の要件の問題となる¹⁰¹⁾。

被告は、信託契約締結時において、「被告（委託者）には行為能力がなかった」と主張して争うかもしれない。日本の民法上、行為能力の有無は年齢や家庭裁判所の審判などによって定まり、当事者間の合意によって左右することができない（民法4条及び7条）ので、当事者自治主義を前提とする通則法7条及び

100) Treitel “The Law of Contract 11th ed” (Thomson, 2003) p. 67, J. Beatson “Anson’s Law of Contract 28th ed” (Oxford, 2002) pp.27-126

101) Treitel “The Law of Contract 11th ed” (前掲注100) pp. 286, 330, J. Beatson “Anson’s Law of Contract 28th ed” (前掲注100) pp.308-347, pp.236-275

8条によって準拠法を決定するのは妥当とはいえない。通則法においても、行為能力は、「法律行為の成立及び効力」とは別の単位法律関係とされている（通則法4条）。よって、「委託者の行為能力の有無」という法律問題は、訴訟物準拠法（信託準拠法）の送致範囲外であり、先決問題として、通則法4条によって別途に準拠法が決定される。同条1項により、原則として、信託契約締結時における被告の本国法が日本法であるなら民法4条以下の問題、イギリス法であるならイギリス契約法上の無能力（incapacity）の要件を検討すべき問題となる¹⁰²⁾。

2. 1. 2 受益者の受託者に対する受益権に基づく請求

(1) 訴訟物準拠法の決定及び適用

受益者が受託者に対し、信託行為に定める収益の分配や信託財産の給付を求める場合、その請求の根拠である受益債権の法的性質は信託である。よって、通則法7条及び8条による信託準拠法が、当該請求権の準拠法として決定される。

信託準拠法が日本法の場合、受益債権の発生要件及び内容は、信託行為の条項の解釈の問題となる。また、その消滅時効、信託債権との優劣関係などについて、信託法100条乃至102条の規定が適用される。信託準拠法がイギリス法の場合も、受益債権の発生、効力要件は、委託者が定めた信託条項の解釈の問題である。ただし、当該信託が裁量信託の場合、受益者に対する給付は受託者の裁量の問題であり、受益者には給付請求権が認められない¹⁰³⁾。よって、原告の請求は、それ以上の検討をすることなく失当となる。

受益者の受託者に対する受益権取得請求、受託者の忠実義務違反や善管注意

102) Treitel “The Law of Contract 11th ed”（前掲注100）p. 539、J. Beatson “Anson’s Law of Contract 28th ed”（前掲注100）pp.207-235

103) Pettit（前掲注4）p. 76-79、裁量信託を説明した日本の文献として、ドノバン・ウォータース（新井誠訳）「裁量信託の概念と利用法」信託20号（1996）11頁乃至42頁、拙稿「イギリスにおける信託制度の機能と活用」（慶應法学7号、2007）220頁

義務違反の責任追及¹⁰⁴⁾、信託財産に関する運用結果の報告、帳簿書類の閲覧・謄写請求¹⁰⁵⁾、損失てん補・原状回復請求¹⁰⁶⁾、差止め請求や受託者解任の請求¹⁰⁷⁾、受益者が信託財産のために負担した費用に関する信託財産からの支払請求などは、全て受益権に基づく請求権であるから、その法的性質は信託である。よって、これらの請求の準拠法も、通則法7条及び8条によって決定される。

信託準拠法が日本法の場合、原告（受益者）は、信託法の各規定に基づく要件を主張立証しなければならない¹⁰⁸⁾。信託準拠法がイギリス法の場合、これらの事項は、イギリス信託法及び判例法の適用によって解決される¹⁰⁹⁾。なお、受益者の受託者に対する損失てん補請求や原状回復請求の準拠法がイギリス法の場合は、この請求権は、任意信託とは異なる法制度である擬制信託を根拠としている（上記1. 3の説例4参照）。ただし、法性決定の基準である日本法に従えば、そのような請求の法的性質は信託に基づく請求権なので、その準拠法は、通則法7条及び8条による信託準拠法である。

(2) 請求原因に関する法律関係の準拠法の決定及び適用

訴訟物が受益債権や受益権に基づく請求である場合において、原告は、その請求原因の1つとして、必ず信託の成立を主張立証することになる。この法律

104) この紛争類型の国内事件の例としては、東京地裁判決平成16年8月27日（判例時報1890号64頁）、大阪地裁判決平成18年7月21日（金融法務事情1792号58頁）、大阪地裁判決平成18年8月26日（判例時報1905号126頁）他多数。

105) この紛争類型の国内事件の例としては、東京地裁判決平成13年2月1日（判例タイムズ1074号249頁）。

106) 受託者の損失てん補義務が争われた国内事件として、神戸地裁判決平成12年1月27日（判例時報1723号126頁）等。

107) 受託者の解任が争点となった国内事件の例として、東京高裁判決昭和38年5月29日（下民集14巻5号1041頁）。

108) 受益権取得請求は103条及び104条、忠実義務、善管注意義務などの違反の責任追及は29条乃至35条、報告・閲覧・開示請求は、36条乃至39条、損失てん補・原状回復請求は40条乃至43条、責任追及、44条（差止め請求）、費用又は報酬支弁請求は24条、45条又は61条、解任は58条、共有物分割請求は19条など

109) Trustees Act 1925, Underhill and Hayton（前掲注13）pp.601-844

問題は、訴訟物たる請求権の準拠法である信託準拠法の送致範囲内である。

信託準拠法が日本法である場合、信託の成立要件は、信託契約、遺言、自己信託宣言のうちのどれかである（信託法3条及び4条）。日本の信託法上、信託契約や自己信託の成立は信託に関する法律問題に含まれるので、日本の信託法及び民法の意思表示に関する規定などが適用される。

信託が委託者の遺言によって設定された場合は、「遺言の成立」が原告の主張立証事項となる。遺言の成立は、日本法上、信託固有の問題ではない。遺言信託の要件としての遺言は、信託だけに関する特殊な制度とされているわけではない。つまり、遺言の方式や効力発生要件、効果帰属要件などは、遺言一般の問題として民法の定めによるものとされている¹¹⁰⁾。また、日本の国際私法でも、遺言の成立及び効力、取消及びその方式は、独立した単位法律関係として、準拠法の連結点が定められている（通則法37条、遺言の方式の準拠法に関する法律）。これらによれば、遺言の成立は、信託とは別の法律関係であるから、信託準拠法の送致範囲外の先決問題として、別途準拠法を決定すべき法律問題である（上記1. 6参照）。この準拠法は、通則法37条によって決定される。

信託準拠法がイギリス法である場合、信託の成立要件は、委託者が信託の3要素（受益者、目的及び委託者の意思表示）を明らかにして信託設定の意思を表明すること、及び信託財産の移転なので、これらが備わっているか否かが原告の主張立証事項となる。信託の3要素を備えた意思表示の有無の判断は、イギリス信託法の送致範囲内の問題である。これに対し、信託財産の移転は、財産権の変動に関する問題である。これは、当事者自治の支配しない法領域であるから、信託とは異なる法律関係である¹¹¹⁾。よって、先決問題となり、通則法13条により、財産所在地法が準拠法となる。他方、遺言信託の場合は、遺言の成立や効力が争点となる可能性がある。上記のとおり、遺言の成立や効力は、

110) 四宮和夫「新版信託法」（有斐閣、1989）39頁、信託法4条2項

111) これは、先決問題の法性決定において日本法を基準とする見解に立った場合の結論だが、本問題準拠実質法を基準とする見解を採った場合も同じ結論となる（Dicey and Morris（前掲注56）29-010, p.1307、ハーグ信託条約）。

信託とは異なる法律問題とされているので、通則法37条により別の準拠法が選択される（上記1. 6参照）。

(3) 抗弁に関する法律問題の準拠法の決定

被告は、「本件信託を設定した委託者には行為能力がなかったので信託は無効である」と主張して争うかもしれない。この場合における「委託者の行為能力」の準拠法は、上記2. 1. 1 (3) で述べたように、通則法4条によって別途に決定される。すなわち、信託契約締結時における被告の本国法が日本法であるなら民法4条以下の問題、イギリス法であるならイギリス契約法上の無能力 (incapacity) の要件を検討すべき問題となる¹¹²⁾。

信託が不成立であったり、無効であったり、あるいは成立後消滅していたりした結果として受託者が忠実義務や善管注意義務を負っていない旨の抗弁主張をした場合、受益者は、訴訟中において、擬制信託や結果信託に基づく忠実義務や善管注意義務が発生している旨を主張することがある。この場合の擬制信託や結果信託は、イギリス法上は当初の任意信託とは別の法制度だが、日本法上は信託に関する法律問題の1部に過ぎないので、当初の信託準拠法の送致範囲内の問題として信託準拠法によるべきである（上記1. 3の説例4参照）。

112) 新井誠「信託法第3版」（前掲注98）196頁以下。これに対し、樋口範雄「入門 信託と信託法」（前掲注98）6頁は、信託法7条が受託者の資格だけを定めていることを根拠に、日本の信託法上、委託者は未成年であっても構わないとしているが、信託契約を契約と解する以上そのような解釈は困難であるし、未成年者やその他の行為無能力者保護の趣旨にも反すると思われる。なお、イギリス法上、信託設定は契約ではないが、委託者の信託設定能力に関しては、契約能力と同様に解されている（Pettit（前掲注4）pp.42-44、Mental Health Act 2005 Part 7, Edwards v Carter [1893] AC 360）。ただし、遺言信託の場合は、遺言能力の問題である（Mental Health Act 2005, Wills Act 1937 s7 as amended by Family Law Reform Act 1969）。

2. 1. 3 委託者の受託者に対する信託上の義務履行請求、責任追及、解任など

信託法上、委託者には受託者に対する一定の権限が与えられているし、信託行為において委託者の受託者に対する権利を定めている場合もある（信託法145条など）。これらの請求権の法的性質も信託法上の権利であり、通則法7条及び8条により決定された信託準拠法が適用される。信託準拠法が日本法の場合は、信託法の解釈適用の問題である。その請求原因として信託の成立が争われた場合の取扱いは、上記2. 1. 2 (2)と同様である。

2. 1. 4 二人以上の受益者間における意思決定に関する争い

受益者が複数の場合は、その間における権限や権利義務関係について争われることがある。これらの紛争の中心は、受益権の帰属、範囲、内容、制限や受託者の権利、権限、職務、責任、義務などになるはずであり、これらに関する法律問題は通則法7条及び8条により定まった信託準拠法による。その結果、日本法が準拠法に決定された場合は、信託法105条以下が適用される。

これらの紛争の中でも、請求原因として、信託契約の成立や有効性が争われる可能性がある。その場合の取扱いは、上記2. 1. 2 (2)と同様である。

2. 1. 5 信託財産管理者、信託管理人、信託監督者、受益者代理人と信託当事者との間の争い

信託財産管理者、信託管理人、信託監督人、受益者代理人は、受託者、受益者などと同様、信託法が予定している信託当事者である。信託財産管理者は、受託者が欠けた場合に選任されて、受託者に代わって信託財産を管理する（信託法64条以下）。また、信託管理人は、受益者が不特定の場合や不在の場合、受益者に代わって信託財産の管理監督など受益者の権利を行使する。受益者が現に存する場合も、受益者のためにその権限を行使する信託監督人、受益者代理人が指定されることがある。これらの者が紛争当事者となるのは、受託者や受益者に代わって、受託者や受益者と同じ権利を行使する場合である。よって、

紛争の中心は、信託当事者の権利、権限、職務、責任、義務などになる。これらの問題の準拠法は、通則法7条及び8条により定まった信託準拠法である。

その結果として、信託準拠法が日本法となった場合は、これらの者による請求は、日本の信託法における受託者、受益者などの請求権と同じ要件の適用の問題となる。また、これらの者が当該請求を行う地位を有することも信託準拠法の送致範囲に含まれる。よって、信託法63条乃至72条（信託財産管理者）、123条乃至130条（信託管理人）、131条乃至137条（信託監督者）、138条乃至144条（受益者代理人）などが適用される。

なお、これらの事件でも、前提問題として、信託の成立や有効性が争われる可能性がある。この場合の取扱いは、上記2. 1. 2 (2) 及び (3) と同様である。

これに対し、信託の準拠法がイギリス法の場合は、信託財産管理者、信託管理人などの制度が存在しない。イギリス法上、受益者の存在しない信託は、原則として不成立なので¹¹³⁾、信託に基づく請求自体が認められない可能性が高い。また、信託当事者以外の者は、原則として、訴訟における当事者適格を有しないので、訴え却下となる可能性もある¹¹⁴⁾。

2. 2 信託当事者の相続人との間の紛争¹¹⁵⁾

2. 2. 1 委託者の相続人による受託者に対する信託における委託者の地位に基づく請求¹¹⁶⁾

(1) 訴訟物準拠法の決定及び適用

信託設定の後に委託者が死亡したとき、委託者の相続人が受託者に対して、委託者の権利に基づいて何らかの請求をした場合、この請求は、信託法上の委

113) Pettit (前掲注4) pp.50-56、IRC v Broadway Cottages Trust [1955] Ch 2h 20

114) これに対し、アメリカ統一信託法には、代表という制度がある(301条)。また、受益者が存在しない特別な信託において裁判所が信託の執行者を指名できる旨の特別な定めもある(408条、409条)。よって、合衆国州法が信託準拠法の場合は、これらの規定を準用又は類推適用できる可能性がある。

115) 早川「信託と相続の交錯」池原編「国際信託の実務と法理論」(前掲注1) 112頁以下

託者の権利の行使なので、信託としての法的性質を有している。よって、この請求の準拠法は通則法7条及び8条によって決定される。

信託準拠法が日本法の場合は、日本の信託法における委託者の権利の問題、イギリス法の場合は、信託条項の解釈適用の問題である（上記2. 1. 3参照）。

（2）請求原因に関する法律関係の準拠法の決定及び適用

この訴訟において、原告が訴訟当事者の地位を有することの資格要件として、原告は、委託者を相続してその地位を承継したことを主張立証しなければならない。ただし、信託準拠法が日本法の場合であって、かつ遺言信託の場合は、信託法147条の適用があり、原告は、相続によって委託者の地位を承継しない。したがって、原告の請求は、主張自体失当となる。遺言信託ではない場合は、原告が委託者の相続人であるかどうかという法律問題に関する判断が必要となる。日本法上、相続は信託とは異なる法的性質を有しているので、信託準拠法の送致範囲外である。よって、この問題は先決問題となり、通則法36条により準拠法が決定される¹¹⁷⁾。

（3）信託準拠法と相続準拠法の関係

相続の準拠法が、スペインなど信託制度を有しない国の法律である場合、被告は、「原告は、信託法上の委託者たる地位を相続していないので、その請求は根拠がない」と主張するかもしれない。この場合、信託準拠法である日本法が、委託者の地位の相続を認めているのに¹¹⁸⁾、相続準拠法（スペイン法）上は、信託契約上の委託者の地位は相続されていないことになり、2つの準拠法の適用結果に矛盾が生ずるように見える。しかし、委託者の相続人としての原告の請求が認められるかどうかという法律問題は、この訴訟における訴訟物準拠法

116) この紛争類型に当たる国内事件の例として、神戸地裁尼崎支部判決平成19年9月26日（LEX/DB）など。

117) 信託準拠法がイギリス法の場合も、同様に相続は先決問題となる（ハーグ信託条約4条）。

118) 信託法147条の反対解釈及び財産権の相続を認める相続法の趣旨による。

(すなわち、信託準拠法)の問題であって、相続という先決問題の準拠法によって解決すべき事項ではない。相続準拠法は、「原告が委託者の相続人であるか否か」という法律問題を判断するために決定された準拠法に過ぎない。相続準拠法上「信託における委託者の地位が相続の対象となるか否か」は、この訴訟における法律問題の解決とは関係がない問題であるから、被告の主張には理由がない(上記1. 7参照)。

2. 2. 2 委託者の相続人による受託者に対する遺留分減殺請求

(1) 訴訟物準拠法の決定及び適用

委託者の相続人(原告)が受託者に対して、信託の設定が実質的には委託者から受益者への贈与や遺贈であるとして、相続権に基づく信託財産に対する権利を主張する場合、この請求は、日本法上は遺留分減殺請求権の行使に当たるので、その法的性質は相続法に属する。よって、訴訟物準拠法は、通則法36条によって決定される相続準拠法である。

被相続人である委託者の本国法が日本法のと看、この請求権の準拠法は日本の相続法であり、民法1031条に基づく遺留分減殺請求権が認められるか否かの問題となる。日本の相続法上、委託者生前における他益信託の設定行為は、贈与と同等であり、遺留分減殺の対象になると解されている¹¹⁹⁾。

委託者がイギリス国籍の場合、この請求の準拠法はイギリス法となる。イギリスには遺留分減殺請求権に相当する制度は存在しない¹²⁰⁾。ただし、イギリス法上、委託者の配偶者や子など、生前に委託者から財産給付を受けるべき地位にあった者は、イングランド及びウェールズに居住していた委託者が死亡した後、裁判所に対して、委託者の遺産から財産給付をする旨を命じるように請求することができる場合がある¹²¹⁾。原告の請求を合理的に解釈し、このよう

119) 早川(前掲注1)119頁、四宮和夫「新版信託法」(前掲注111)320頁。信託的譲渡と遺留分減殺請求権との関係について言及した判例として、大阪高裁判決昭和23年10月26日(民集4巻11号576頁)。

120) Pouey v Hordern [1900] 1 Ch 492, 494, Dicey and Morris (前掲注56) p.1319

な財産給付命令を求めていると解される場合、原告の請求が認められる可能性がある。

（2）請求原因に関する法律関係の準拠法の決定

相続準拠法が日本法である場合、原告は、自分が兄弟姉妹以外の相続人であること（民法1028条）、信託財産が遺留分算定の基礎となる財産に含まれること（民法1029条）などを主張立証することにより、信託財産に対する減殺を求める。原告が相続人であるかどうかは、訴訟物準拠法（相続準拠法）の送致範囲内の問題である。信託による財産の譲渡があったかどうかの問題は、相続準拠法の送致範囲を超えているので、別途決定される信託準拠法を適用することになる。

信託準拠法に遺留分減殺の制度が存在しない場合（たとえばイギリス）、相続準拠法の適用結果と信託準拠法の適用結果とが矛盾するようにみえることがある。被告は、原告の遺留分減殺請求に対し、「信託準拠法上、信託財産は遺留分減殺の対象にすることができない」と主張するかもしれない。しかし、信託による相続財産の譲渡が遺留分減殺の対象となるかどうかという法律問題は、訴訟物準拠法である相続準拠法の問題である。相続準拠法（日本法）上、遺留分減殺請求権は、「信託準拠法に遺留分減殺制度を採っているか否か」によって影響を受けないので、そのような被告の主張は、日本法に基づく遺留分減殺請求の効果を否定する抗弁にはならず、主張自体失当となる（上記1.7参照）。

（3）遺留分減殺請求権が抗弁として主張される場合

受託者が、特定の信託財産を占有している委託者相続人に対し、受益者のために信託財産の引渡しや明渡しを求めた場合において、委託者相続人が遺留分減殺請求権を行使し、当該財産に対する相続持分権を主張する可能性がある。

121) Hambro v Duke of Marlborough [1994] Ch. 158, Re Abram (deceased) [1996] F.L.R. 379, Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975、拙稿「国際民事信託の設定に関する諸問題」（前掲注1）参照。

この訴訟において、原告（受託者）は信託法上の受託者の権限に基づく財産引渡しや持分権の確認を請求するので、その訴訟物準拠法は、通則法7条及び8条による信託準拠法である。

信託準拠法がイギリス法の場合、訴訟物準拠法であるイギリス法には遺留分減殺請求に相当する制度が存在しないので、そもそも被告の抗弁は成り立たないのではないかとの疑いがある。しかし、上記（1）のとおり、イギリス法上、委託者の配偶者や子など、生前に委託者から財産給付を受けるべき地位にあった者は、裁判所に対して、委託者の遺産からの財産給付を命じるように求める権利を有している。したがって、被告の抗弁主張は、イギリス法上も一応の合理性がある主張と考えられる。日本法を基準にこの抗弁主張の法性決定をした場合、これは遺留分減殺請求と評価されるので、信託準拠法の送致範囲外である。よって、通則法36条により相続準拠法が決定される。

その結果、委託者の本国法が日本法の場合は民法1031条に基づく遺留分減殺請求権が認められる。他方、委託者がイギリス国籍の場合はイギリス法が準拠法となるので、抗弁主張が認められるかどうかは、上記の財産給付命令請求権の要件充足性の問題である。

2. 2. 3 受益者らによる前受託者の相続人に対する請求

(1) 訴訟物準拠法の決定及び適用

受託者が死亡した場合、受益者や委託者は、受託者の相続人に対して、受託者としての義務を引き継いだことを前提として、受託者の義務の履行、責任追及、信託財産に対する行為の差止めなどを求めて訴訟を提起する可能性がある。日本の信託法上、受託者の相続人は、受託者としての義務を引き継ぐわけではないが、新受託者が選任されるまでの間は、信託財産に関して一定の義務を負うべきものとされているので（信託法60条1項）、受益者は相続人に対し、その義務の履行や義務違反の責任追及をすることができる。このような紛争における受益者の請求の法的性質は、信託における受益権の行使なので、通則法7条及び8条により定める信託準拠法が訴訟物準拠法となる。

通則法7条及び8条を適用した結果、信託準拠法が日本法となった場合は、信託法74条1項により、受託者が死亡したとき、信託財産は法人となり、相続人は受益者に対する通知義務、新受託者や信託財産法人管理人に引き継ぐまでの間の信託財産管理義務、引継義務などの問題となる（信託法60条）。

信託準拠法がイギリス法の場合は、死亡した受託者の地位は相続の対象とはならない。この場合、受託者が複数の場合は残った受託者だけで義務を引き継ぐ¹²²⁾。唯一の又は最後の受託者が死亡した場合は、当該受託者の遺産管理人を受託者とする法定信託が成立し、新受託者が選任されるまでの間、受益者のために信託財産を管理すべき義務を負うことになる¹²³⁾。よって、原告（受益者又は委託者）の被告（受託者の相続人）に対する請求は認められない。

（2）請求原因に関する法律問題の準拠法の決定

受益者らが原告となって受託者相続人に対して提起した訴訟において、原告（受益者ら）は、被告が受託者の相続人であることを主張立証しなければならぬ。被告が相続人かどうかの問題は、信託とは別個の法律関係であるから、先決問題として、通則法37条によって決定された相続準拠法が適用される。このようにして定まった相続準拠法所属国における信託法が受託者の死亡に関してどのような定めをしているか、あるいはそもそも信託制度が存在するか否かなど問題は、この訴訟に影響しない。相続準拠法が適用されるのは、「被告が受託者の相続人であるかどうか」という法律問題に限られるからである。

2. 2. 4 受益者の相続人による受託者に対する受益権に基づく請求

（1）訴訟物準拠法の決定及び適用

受益者が死亡したとき、その相続人が原告となって、受託者に対して、受益債権や受益権に基づく請求をすることがある¹²⁴⁾。その請求権の準拠法は、通

122) Trustee Act 1925 s 18 (1)

123) Administration of Estate Act 1925, ss 1-3, Trustee Act 1925 s 18(2), (4), Pettit “Equity and the Law of Trust” (前掲注4) pp. 376

則法7条及び8条によって決定される信託準拠法である。

日本法が準拠法となった場合、この請求が認められるか否かは、信託法91条に関する問題となる。当該信託が受益者連続型である場合、すなわち、信託行為において、「受益者が死亡したときはその受益権は消滅し、他の者が新たな受益権を取得する」旨の定めがある場合は、相続人の請求は認められない。信託行為にそのような定めがない場合は、受益権は財産相続の一般原則により相続の対象となる。イギリス法が信託準拠法の場合も、信託行為の定めによるとの結論は同じである。

(2) 請求原因に関する法律問題の準拠法の決定

信託準拠法を適用した結果として、受益権が相続の対象となる場合は、原告は、自分が相続人であることを主張立証する。これは、信託とは別個の法律関係であるから、先決問題として、通則法37条により定まった相続準拠法の問題となる。相続準拠法国の信託法が受益権の相続に関してどのような定めを設けているかは、本件訴訟には影響しない。

2. 3 委託者の債権者・破産管財人と信託当事者の紛争

2. 3. 1 委託者債権者による信託財産の差押え

(1) 訴訟物準拠法の決定及び適用

委託者が自己の財産について国際信託を設定した後、委託者の債権者が、信託財産が委託者に帰属すると信じて、日本に所在する信託財産に属する財産の差押え、競売などの手続をしていくことがある。日本の信託法23条は、信託によって移転した財産は、委託者の財産から独立し、委託者の債権者はこれに対して強制執行をすることができない旨を定め、同条5項は、1項に違反する強制執行があったとき、これに対し、受託者又は受益者は異議を主張することができるとしている。よって、受託者又は受益者は、日本の裁判所に信託法23条

124) この類型の紛争に関する国内事件の例として、大阪地裁判決平成17年7月21日（金融法務事情1792号58頁）など。

5項に基づく直接執行に対する異議訴訟を提起して争うことになる¹²⁵⁾。この異議訴訟については、民事執行法38条の第三者異議の訴えに関する規定が準用されている（信託法23条5項2文）。よって、その法的性質も、第三者異議訴訟に準じて考えるべきである。

第三者異議の訴えの訴訟物は、具体的執行又は執行処分に対する形成権たる執行法上の異議権であり、その法的性質は形成訴訟である¹²⁶⁾。これは訴訟法上の権利に当たるので、この訴訟の訴訟物準拠法は、法廷地である日本の民事執行法である。民事執行法上、第三者異議訴訟における異議権は、(i) 特定の財産に対して強制執行が開始されたこと、及び(ii) 原告が当該財産について異議申立権者たる地位を有していること、すなわち、「所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者」であることを、請求原因に当たる要件事実としている¹²⁷⁾。

信託法23条5項に基づく異議訴訟の場合、信託財産の性質上、原告（受託者又は受益者）が直ちに上記(ii)の要件における「所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利」を有するとはいえない。23条5項が、第三者異議の訴えを準用することにしてしているのは、民事執行法38条1項における「所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利」を「信託の受託者又は受益者たる地位」に読み替えるためである¹²⁸⁾。よって、この異議訴訟の原告は、強制執行の目的物を信託財産とする信託が成立していること、及び当該信託において原告が受託者又は受益者であることを主張立証しなければならない。

125) この類型の紛争に当たる国内事件の例として、最高裁判決平成17年7月15日（民集59巻6号1742頁、判例時報1910号99頁）。

126) 原田和徳＝富越和厚「執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題」146頁

127) 民事執行法38条1項、岡口基一「要件事実マニュアル下第2版」（ぎょうせい、2007）345頁、大江忠「ゼミナール要件事実」（第一法規、2006）204頁、原田＝富越（前掲注126）146頁

128) 小野傑＝深山雅也「新しい信託法解説」（三省堂、2007）42頁以下

(2) 請求原因に関する法律関係の準拠法の決定と適用

直接執行に対する異議権の要件である「信託の成立」及び「原告が受託者又は受益者であること」に関する法律問題は、訴訟物準拠法（異議権の準拠法たる日本法）の送致範囲外なので、先決問題として、通則法7条及び8条によって定まった信託準拠法により解決される。

信託準拠法が日本法の場合は、信託法3条1号の信託契約が成立しているかどうかの問題となる。信託準拠法がイギリス法である場合、信託の成立要件である3要素（受益者、目的及び委託者の意思表示）と信託財産の移転が備わっているか否かが吟味される（上記2. 1. 2 (2) 参照）。

(3) 対抗要件の抗弁の準拠法の決定及び適用

差押財産が不動産の場合、原告の請求に対し、被告は、「原告が対抗要件を具備するまでは原告の当該財産に対する受託者としての権利を認めない」との対抗要件の抗弁を主張する可能性がある¹²⁹⁾。このような対抗要件の問題は、日本法上、訴訟法上の異議権や信託とは独立した物権変動という法律問題なので、その準拠法は通則法13条によって定まる物権準拠法となる。日本における強制執行手続きは日本に所在する財産に対してなされているので、この物権準拠法は財産所在地である日本法である。その結果、日本の民法177条が適用されることになり、受託者が所有権移転登記を備えていない限り、この異議訴訟は認められない¹³⁰⁾。

差押財産が動産の場合、民法178条に基づき、引渡しの有無が問題となる。原告（受託者）は、請求原因又は再抗弁として、民法192条による受託者たる権利の即時取得を主張することもできる。

129) 大江「ゼミナール要件事実」（前掲注127）205頁

130) 信託法23条は、登記の有無について問題としていないようにも読めるが、信託法が物権変動の一般原則を変更するものではないので、民法177条の抗弁は当然に認められる（小野傑＝深山雅也「新しい信託法解説」（前掲注128）28頁以下）。もっとも、委託者に登記が残っていない限り、不動産の差押え自体ができないので、実務上、このような訴訟が生ずる可能性はない。

（4）詐害自己信託の抗弁の準拠法の決定及び適用

信託法23条2項は、自己信託の場合に限って、委託者の債権者が信託財産を差し押えることができる場合を認めている。これは、委託者が自らを受託者として設定する信託は、差押え逃れ（執行免脱）に利用されるおそれがあるため、委託者及び受益者が債権者を害することを認識していた場合は、信託法11条に基づく詐害行為取消訴訟を提起しなくても、信託財産を差し押えうることとする趣旨である。自己信託における受託者（＝委託者）や受益者が原告となって提起した直接執行に対する異議訴訟において、差押債権者（被告）は、抗弁として、信託法23条2項の主張を行う可能性がある。この抗弁主張の法的性質は、その制度趣旨に鑑み、信託法11条に基づく詐害信託取消権と同じであると考えられる¹³¹⁾。そして、詐害信託取消権は詐害行為取消権の一種と解されているので（後記2. 3. 3（1）参照）、信託法23条2項に基づく抗弁の準拠法は、詐害行為取消権の準拠法決定基準によって決定されるべきである。

詐害行為取消権の準拠法決定基準に関して、通説は、債権者の債務者に対する債権の準拠法と詐害行為とされる行為の準拠法とが累積的に適用されるべきものと解している¹³²⁾。しかし、私は、詐害行為取消権は、他の債権者を害することを知っていた者から財産を回復して公平を図るという点において、不当利得に近い法的性質を有しているので、事務管理及び不当利得の準拠法決定基準に関する通則法14条乃至16条を類推適用するのが適当であると考え（詳細は、後記2. 3. 3参照）。通則法14条は、事務管理又は不当利得によって生ずる債権の成立及び効力は、その原因となる事実が発生した地の法によるべき旨を定めている。この規定を類推し、詐害行為取消権の成立及び効力は、債権者を害する行為を行った地、すなわち、それが契約の場合は第三者と契約した地、

131) 米倉明「自己信託—新法におけるその抑制策について」米倉明編著「信託法の新展開」（商事法務、2007）2頁以下。直接執行に対する異議訴訟において被告が詐害自己信託の反論をした場合における訴訟の展開に関して、米倉・同論文の8頁乃至15頁参照。

132) 山田「国際私法第3版」（前掲注10）375頁、折茂「国際私法各論（新版）」（前掲注48）195頁、溜池「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）384頁他

財産の移転の場合は、移転を行った地の法に従うべきである。信託法23条2項は、詐害行為取消権の一種と解されるので、これと同じ基準に従い、委託者が詐害自己信託を設定した地の法を準拠法と解すべきである。

その結果、信託を設定した地が日本である場合、被告による詐害自己信託の抗弁が認められるか否かは、信託法23条2項の要件の問題となる。すなわち、被告が主張立証すべきなのは、原告が設定した信託が自己信託であること（これは、原告が請求原因において既に主張している。）、委託者及び受益者に詐害の意思があったこと、被告が信託成立前から債権者であったことなどである。

これに対し、自己信託を設定した地がイギリスであったとすると、イギリスには詐害自己信託に相当する制度は存在しないので、被告の抗弁主張は認められない可能性がある。ただし、イギリスの信託法上、委託者が、受益者のためにする意図ではなく、強制執行潜脱などの目的で設定した信託は、仮装信託 (sham trust) として取り消される場合がある¹³³⁾。したがって、準拠法がイギリス法の場合も、仮装信託であることの立証ができた場合には、この抗弁が認められる。

詐害自己信託を設定した地が日本ではない場合であっても、日本に所在する財産について日本で差押えがなされた以上、信託法23条2項の適用や類推適用をすべきではないかという議論もありうる¹³⁴⁾。しかし、これは以下の理由により否定すべきである。第1に、信託法23条2項は、わが国でこれまで自己信託を否定する見解が有力であったことから、いきなりこれを全面解禁すると、債権者の執行免脱などに濫用される恐れがあると懸念されることを背景として設けられた特殊な規定である¹³⁵⁾。英米の信託法上は、自己信託宣言による信託は古くから認められていたので¹³⁶⁾、これらの法制度に基づく信託にまで同

133) Midland Bank v Wyatt [1995] 1 FLR 697, Underhill and Hayton (前掲注13) pp.78-82, Thomas and Hudson (前掲注4) pp.29-30, Pettit (前掲注4) pp.236-237

134) 澤木=道垣内「国際私法入門(第6版)」(前掲注3)は、信託財産が強制執行の対象となった場合における当該財産の帰属の問題は物権準拠法の問題であるとし(229頁)、かつ、詐害行為取消権の準拠法を財産所在地法としている(263頁)ので、この見解を採った場合と同じ結論になると思われる。

じ原則を拡大すると、国際社会における取引の安全を害するおそれがある。第2に、信託法23条2項は、11条の詐害信託を前提とし、自己信託に関しては、取消訴訟を不要とする方法でその要件を緩和する規定だが、詐害信託の取消しという法制度も英米法の信託には存在せず、国際的にはあまり一般的といえない。第3に、23条2項は日本に所在する財産だけを特別に保護する制度ではなく、自己信託を利用した脱法行為を一般的に禁ずる趣旨であるから、信託準拠法にかかわらず日本における差押えに適用するというわけにはいかない。第4に、仮にそのように解した場合、23条2項を絶対的強行法規とするに等しい効果が生ずるが、同項は、公共政策的な見地から設けられた特別な法規とはいえないので、そのような強力な効果を与えるのは妥当ではない。自己信託を悪用した違法行為は、信託準拠法が用意した法制度の中で対処すれば通常の場合十分であるし、単位法律関係内における統一的な法秩序維持のためにはその方が妥当である。

ただし、委託者が日本に常居所を有し、信託財産も日本国内に存し、日本国外の要素がほとんど存在しないにかかわらず、わざわざ外国で自己信託を設定した場合などは、そのような信託設定行為全体が23条2項の適用を排除して債権者を害する行為に当たると解する余地がある。そのような意図を持って外国で自己信託を設定したことについて受益者も知っていたときは、この認識も併せて詐害の意思になると解し、信託法23条2項を類推適用することができる。

2. 3. 2 受託者による委託者の破産管財人に対する取戻権の行使

(1) 訴訟物（取戻権）準拠法の決定及び適用

委託者が信託設定の後に破産した場合、信託財産が破産財団に含まれるか否かが争われる可能性がある¹³⁷⁾。信託が成立したにかかわらず、未だに破産者(委

135) 小野=深山「新しい信託法解説」(前掲注128) 146頁乃至149頁、新井誠「信託法第3版」(前掲注98) 138頁、米倉明「自己信託—新法におけるその抑制策について」米倉明編著「信託法の新展開」(前掲注131) 3頁以下。旧法下の議論については、米倉明「信託法・成年後見の研究」(新青出版、1988) 参照。

136) *M'Fadden v Jenkyns* (1842) 12 LJ Ch 146

託者)に帰属するよう見える財産があるときは、受託者が原告となって、破産管財人に対し、当該財産が信託財産に帰属することを主張し、受益者のために取戻権を行使することになる。取戻権とは、破産手続き法上の特別な権利ではなく、破産財産から特定の財産を取り戻そうとする者がその根拠として主張する、当該財産に対する所有権その他の権利のことでありと解されている¹³⁸⁾。したがって、そのような取戻権が認められるか否か及びその要件の問題は、当該請求権の法的性質に基づいて適用される通則法の規定に従って決定される。

原告(受託者)は、当該財産が信託財産に属するので、委託者から隔離されて破産財団に含まれないことをその請求の根拠としている。よって、原告の取戻請求権の法的性質は、信託財産の受託者の権利に基づく返還請求又は確認請求である。その準拠法は、通則法7条及び8条によって決定される信託準拠法となる。原告は、請求原因として、信託の成立を主張立証する¹³⁹⁾。この信託の成立や有効性は通則法7条及び8条によって定まる信託準拠法の送致範囲内の問題である。

(2) 対抗要件の抗弁の準拠法の決定及び適用

破産管財人(被告)は、原告の請求に対し、対抗要件の抗弁を主張するかもしれない。すなわち、取戻権の対象である財産が不動産の場合、「原告は所有権移転登記を具備しない限り破産管財人である被告に対抗できない」旨を主張するかもしれない。このような対抗要件の問題は、信託とは独立した物権変動という法律問題なので、その準拠法は通則法13条によって定まる物権準拠法となる。取戻権の対象である財産が日本国内に所在する場合は、日本の民法177条が適用されることになり、受託者が所有権移転登記を備えていない限り、原

137) この類型の紛争に関する国内事件の例として、大阪高裁判決昭和35年9月29日(下民集11巻9号2008頁)。

138) 宗田親彦「破産法概説新訂第3版」(慶應義塾大学出版会、2006)445頁、伊藤眞「破産法第4版補正版」(有斐閣、2006)306頁

139) 伊藤眞「破産法第4版補正版」(前掲注142)308頁

告（受託者）の請求は認められないことになる。財産所在地がイギリスである場合、信託財産の登録制度は存在しないので¹⁴⁰⁾、対抗要件の抗弁は認められない。

取戻権の対象である財産が日本に所在する動産の場合、民法178条に基づき、引渡しの有無が問題となる。受託者は民法192条による受託者としての権利の取得を主張することもできる。

2. 3. 3 委託者債権者による受託者に対する詐害信託取消権の行使

(1) 訴訟物（詐害信託取消権）準拠法

委託者の債権者が原告となって、受託者や受益者に対し、詐害信託取消権に基づいて信託行為を取り消して信託財産の返還を求めてきた場合（信託法11条）、裁判所はまず、詐害信託取消権に基づく請求権の準拠法を定めなければならない。詐害信託取消権は、財産隠匿のための信託の濫用を防止するため、民法424条の詐害行為取消権の要件を拡張して詐害的信託の取消を容易にしたものであるから、その法的性質は、詐害行為取消権と同じであると考えられる¹⁴¹⁾。そこで、詐害信託に関する法律問題の準拠法を考える前提として、詐害行為取消権（債権者取消権）の準拠法の決定基準について検討する。

(A) 通説の見解と問題点

通則法の立法者は、詐害行為取消権の準拠法決定基準に関して、実務上の需要があまりないこと、学説上も争いがあること、諸外国の立法例もあまりないことから、特別な規定を設けず、解釈に委ねることとしたとのことである¹⁴²⁾。

140) Pettit（前掲注4）p. 83。ただし、例外もある（Land Charges Act 1972 s 2（4））。

141) 四宮「新版信託法」（前掲注10）148頁乃至150頁、松尾弘「信託法理における債権者取消権制度の展開」米倉明編著「信託法の新展開」（前掲注131）83頁、78頁注(4)。ただし、詐害信託取消権について、詐害行為取消権とは異なる運用・解釈を提案する学説もある（角紀代恵「詐害信託に関する一考察」実定信託法に関する研究会・実定信託法研究ノート（財団法人トラスト60、1996）43頁乃至53頁）。

142) 法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」103頁

学説上は、債権者の債務者に対する債権の準拠法と詐害行為とされる行為の準拠法とが累積的に適用されるべきものと解するのが通説である¹⁴³⁾。その根拠としては、詐害行為取消権は、債務者の責任財産の保全のために認められた実体法上の債権保護手段であり、債権者が債務者に対して有する債権の効力の問題に他ならないが、詐害行為取消権は債務者と第三者の行為を取り消す権利であることを考慮すると第三者の利益保護のため、詐害行為とされる行為の準拠法上も認められる場合に限るべきであるといわれている。

この通説の考え方には、2つの問題がある。

第1に、詐害行為取消権が債権の効力であるからといって、当然に債権の準拠法によるべきことにはならない。債権の成立や効力の準拠法が通則法7条及び8条によって決定されるのは、それが当事者の合理的意思の解釈によって解決されるべき問題だからである。すなわち、通則法7条及び8条は、「当事者間の合意で定めることができる法的問題の準拠法は、当事者間の合意に基づいて定めるのが最も合理的である」という考え方に基づく規定なので、契約や信託など、当事者自治に基づいて要件、効果が定まる制度の準拠法決定基準として妥当するのである。これに対し、詐害行為取消権という制度は、債権者間の公平のために法が特別に設けた制度である。よって、その要件や効果を債権者・債務者間の合意で緩和したり加重したりすることは許されない。

第2に、詐害行為取消権が第三者の利益保護を考慮すべき制度であることと、詐害行為とされる行為の準拠法を累積的に適用すべきこととは当然には結びつかない。第三者の利益を保護すべき場合において、これをどのようにして実現するかは、通則法が第三者保護についてどのような考え方に基づいてどのような制度を設けているのかを考慮して検討すべき問題である。たとえば、日本の民法において、取引安全保護を実現するためには、民法94条2項、109条、110条などの個別的な第三者保護の規定を類推適用したり、その趣旨を援用したりする方法が採られている。国際私法においてもこれと同様、第三者保護の実現

143) 山田「国際私法第3版」(前掲注10) 375頁、折茂「国際私法各論(新版)」(前掲注48) 195頁、溜池「国際私法講義(第3版)」(前掲注17) 384頁他

は、これに関して現に存在する制度の援用や通則法の規定の類推適用が合理的にできる場合に限るべきである。日本の国際私法上、いわゆる取引保護に関する規定としては、通則法4条2項と26条3項とがある¹⁴⁴⁾。

通則法4条2項は、同条1項が人の行為能力の準拠法を本国法と定めたことを前提としながら、「すべての当事者が法を同じくする地にあったとき」に限り、行為地法により行為能力者となるべきときは行為能力者とみなすことにしている。これは、取引の相手方にとっては、取引が有効か否かを判断するために当事者の本国法や年齢についてその都度調査することは負担が大きく、他方、未成年者等が外国に行って取引をした場合、行為地によって行為能力の有無を判断されることは予期できるので、妥当性を考えて設けられた規定である¹⁴⁵⁾。つまり、同項は、未成年者とその取引相手との利害を比較衡量し、取引をした未成年者よりも、その取引相手を保護する趣旨である。詐害行為をした者の債権者は、第三者との取引にはまったく関与しないし、債務者がどこでどのような取引を行うかについて予期できるとはいえないので、4条2項が想定している「取引をした未成年者」が置かれた状況とは異なる。よって、詐害行為取消権の対象となるおそれがある取引をした者の保護に関して同項を類推適用するのは、解釈上困難と思われる。

通則法26条3項は、外国法が夫婦財産制の準拠法として指定された場合、その外国法の定める夫婦財産制の効力をわが国内における取引についてそのまま認めると、取引の安全が害されるおそれがあるので、「日本においてされた法律行為及び日本に在る財産については、善意の第三者に対抗することができない。この場合において、その第三者との関係については、夫婦財産制は日本法による」として、内国取引の保護を図っている¹⁴⁶⁾。詐害取引において、日本国内における取引や日本に在る財産に関する取引の相手方は、当該取引が日本

144) 道垣内「ポイント国際私法各論」(有斐閣、2000) 129頁以下、澤木＝道垣内「国際私法入門(第6版)」(前掲注3) 115頁、173頁

145) 小出邦夫「新しい国際私法」(商事法務、2006) 27頁

146) 山田「国際私法第3版」(前掲注10) 434頁

の詐害行為取消権の対象となるかもしれないことを予期して、民法424条の要件を充たすような取引を行わないようにすべきことが期待される。しかし、外国法に基づいて取り消される可能性まで予期した行動をとるべきことを要求するのは酷である。よって、外国法上の詐害行為取消権制度を知らずに日本において取引した者は、当該取引が外国法に基づいて取り消されたとき、通則法26条3項における善意の第三者保護の趣旨の類推適用により、外国法上の取消権者に対して、「自分はそのような取消権制度の存在を知らなかったので、取消の効果を対抗できない」との抗弁主張を認めてもよいと思われる。しかし、取引保護の要請を国際私法上の準拠法選択基準に反映することができるのは、以上のように、通則法26条3項など個々の条文の趣旨・目的に鑑みて、その解釈上、類推適用できる場合に限るべきである。詐害行為取消権の成立及び効力について、詐害行為とされる行為の準拠法を常に適用すべしとする通説の解釈は、そのような解釈を可能とする条文が通則法に存在しないので、成文法の解釈の限界を超えていると思われる。

(B) 詐害行為取消権の準拠法（私見）

わが国は成文法国なのであるから、詐害行為取消権の準拠法の決定基準に関して明文の定めがない場合、通則法の各規定の制度趣旨に鑑み、この制度に類推適用するのが最も妥当な単位法律関係を定めた規定を選択し、これを適用すべきである。詐害行為取消権は、債権者の債務者に対する強制執行の準備として、債務者の一般財産を保全するために、これを不当に減少させる債務者の行為の効力を否認して、債務者の一般財産から逸出したものを一般財産に取り戻すことを目的とする制度である¹⁴⁷⁾。その法的性質については、様々な議論があるが、判例は、取消権（形成権）と取戻請求権（請求権）の折衷的なものであると解している¹⁴⁸⁾。このような制度の趣旨に鑑みれば、詐害行為取消権は、

147) 我妻「新訂民法講義Ⅳ」（岩波書店、1964）172頁以下、内田貴「民法Ⅲ第3版」（東京大学出版会、2005）299頁、321頁

148) 大審院明治44年3月24日（民事連合部判決民録17・117）

他の債権者を害することを知っていた者から財産を回復して公平を図るという点において、不当利得に近い法的性質を有しているのではないと思われる。よって、通則法の規定の中で、どれかを類推適用するとしたら、事務管理及び不当利得の準拠法決定基準に関する14条乃至16条が適当である¹⁴⁹⁾。通則法14条は、事務管理又は不当利得によって生ずる債権の成立及び効力は、その原因となる事実が発生した地の法によるべき旨を定めている。この規定を類推し、詐害行為取消権及びこれに基づく取戻請求権の成立及び効力は、債権者を害する行為を行った地、すなわち、それが契約の場合は第三者と契約した地、財産の移転の場合は、移転を行った地の法に従うべきである。ただし、債権者と詐害行為をした債務者の取引相手が法を同じくする地に常居所を有している場合は、通則法15条を類推し、その地の法によるべきである。このように解すれば、詐害行為取消権の準拠法は、債権者や詐害取引を行った者の意思に左右されることなく、詐害行為地を基準として客観的に定めることが可能となる。ただし、債務者が日本民法における詐害行為取消権の適用を免れることを目的として日本国外で詐害行為を行った場合であり、取引相手もそのことを知っていた場合は、日本国外に出向いてそのような取引を行うという行為全体が詐害行為に当たると解することができると思われる。よって、債権者が、そのような詐害意思の立証をした場合は、通則法14条にかかわらず、日本の民法424条によって、債務者の行為を取り消すことができると解すべきである。

（C）詐害信託取消訴訟における準拠法の決定及び適用

詐害行為取消権の準拠法に関して以上の考え方を採ることを前提とし、最初の問題、すなわち、委託者の債権者が原告となって、受託者に対し、詐害信託取消権に基づいて信託行為を取り消して信託財産の返還を求めてきた場合の準

149) 澤木＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）263頁以下は、財産所在地法による立場を採っている。しかし、詐害行為取消権は物権法上の権利ではないし、わが国に所在する財産だけを特に保護するための制度と解されているわけでもないので、物権の所在地法を準拠法とする合理的根拠がないと思われる。

拠法決定方法について検討する¹⁵⁰⁾。

委託者の債権者が、委託者から信託に基づいて不動産の移転登記を受けた受託者に対して、信託の取消し及び移転登記抹消請求をした場合、当該請求に渉外的な要素があるとき、たとえば、当事者が外国に居住していたり、信託財産が国外に所在する場合は、この請求の可否や要件の問題は、通則法14条の類推適用により、原則として、委託者が詐害信託を設定した地の法によるべきである。

この結果、準拠法が日本法となった場合、民法424条以下の規定及び信託法11条に基づき、詐害行為取消権の要件及び効果が決定される。この請求の請求原因として、原告（債権者）は、(i) 原告の委託者に対する債権の発生原因事実とその債権額、(ii) 委託者が当該不動産を目的とする信託行為をしたこと、(iii) 原告の委託者に対する債権が信託行為よりも前に発生したこと、(iv) 信託行為が原告を害することを基礎づける事実、(v) 委託者の悪意、及び (vi) 信託行為に基づく財産の引渡し、移転登記があったことを主張立証しなければならない（信託法11条1項本文）¹⁵¹⁾。このうち、「原告の委託者に対する債権の成立」は、原告と委託者との間の法律行為に関する法律問題であり、債権者保護の制度である詐害信託取消権とは異なる法的性質を有するので、訴訟物準拠法（すなわち、詐害信託取消権の準拠法）の送致範囲外である。よって、先決問題となり、通則法7条及び8条により決定される被保全債権の準拠法が適用される。

また、取消権の対象である「信託の設定」があったかどうかという問題も、詐害行為とは独立した法的問題なので、訴訟物準拠法の送致範囲外である。そのような信託の成立については、通則法7条及び8条によって別途決定される

150) この類型の紛争に関する国内事件の例として、東京地裁判決平成10年10月29日（判例時報1686号59頁）、広島地裁判決平成5年7月15日（金融法務事情1386号82頁）、東京地裁判決昭和61年11月18日（金判772号31頁）、大阪高裁決定昭和60年7月29日（判例タイムズ570号74頁）。

151) 大江「ゼミナール要件事実」（前掲注127）193頁以下

信託準拠法が適用される。

被保全債権準拠法国の法律や信託準拠法国の法律が許害信託取消権という制度を認めていない場合、訴訟物準拠法の適用結果と先決問題の準拠法の適用結果とが矛盾するようにみえることがある。このような場合、たとえば、被告（受託者）は、「信託準拠法上、信託は、委託者による取消の対象とはならない」と主張し、取消の効果を争うかもしれない。しかし、この訴訟において、そのような被告の主張は理由がない。信託が許害信託取消権の対象となるか否かという法律問題は、訴訟物準拠法の適用によって判断すべき問題であり、先決問題の準拠法である信託準拠法の適用対象となる事項ではないからである。信託準拠法を適用すべき法律問題は、信託行為の成立の問題に限定されている。

信託行為を行った地がイギリスである場合、許害信託取消権の準拠法はイギリス法となるが、イギリスにはそのような制度は存在しない。イギリス法上、これに類似する目的を有する制度として、仮装信託（sham trust）の否認に関する法原則が存在する。すなわち、委託者に信託設定の意図がないにかかわらず、債権者からの追及を免れる等の不正な目的で見せかけの信託設定を行った場合、裁判所は、信託の成立を否定し、信託財産に対する債権者の請求を認めることがある（上記2. 3. 1（4）参照）。よって、訴訟物準拠法がイギリス法の場合も、裁判所は、原告の請求を仮装信託に基づく主張であると評価して、その要件を吟味することができる。原告の請求が仮装信託に該当しない場合は、原則として、その請求は棄却される。

ただし、債権者、受託者ともに日本に常居所がある場合や目的財産の所在地を含めて、信託行為地以外のほとんどの要素が日本にあるような場合は、通則法15条を類推適用することができる。この場合の準拠法は日本法となる。

（2）直接執行に対する異議訴訟と許害行為取消権

委託者の財産を差し押えた委託者債権者に対し、受託者又は受益者が、直接執行に対する異議訴訟を起こした場合において、委託者の債権者が受託者に対して許害信託取消権に基づく信託行為の取消を求める反訴を提起することがあ

るかもしれない¹⁵²⁾。詐害行為取消権は訴訟提起の方法で行使しなければならず、抗弁の方法では行使できない¹⁵³⁾。よって、詐害信託取消権に基づく取消の可否が、異議訴訟における請求の先決問題となることはない。しかし、被告は、反訴を提起する方法で詐害信託取消権を行使することができ、この反訴が認められた場合、信託行為が取り消されたという事実は、本訴請求を妨害する抗弁となる。信託法23条5項に基づく異議権は、信託に基づく受託者の権利の成立を要件としているので、これを取り消された場合、本訴は当然に認められない。よって、本訴の判断と反訴の判断との間に矛盾が生ずることはない¹⁵⁴⁾。

2. 3. 4 委託者の破産管財人による否認権の行使¹⁵⁵⁾

委託者が国際信託を設定した後に破産した場合、破産管財人は、信託設定が破産債権者を害する行為であるとして、信託を否認することがある（破産法160条、信託法12条）。この場合、裁判所はまず、破産管財人による否認権の準拠法を決定しなければならない。破産法には、倒産抵触法に関する特別な規定が設けられていないので、通則法の規定を適用して否認権の法的性質に基づき準拠法を決定すべきである。

仮に、否認権を破産法に基づく手続上の破産財産回復制度であると解するならば、その要件、効果は、破産裁判所が所在する国における破産法に準拠すべきことになる¹⁵⁶⁾。しかし、日本の破産法上、否認権は、破産債権者間の公平を目的とする制度と解する立場が通説である¹⁵⁷⁾。そして、その法的性質は、破

152) この類型の紛争に類似する国内事件として、東京高裁判決昭和57年8月19日（判例時報1054号89頁）。ただし、この事件では、信託の主張は認められていない。

153) 最判昭和39年6月12日（民集18巻5号764頁）

154) 詐害行為取消訴訟と直接執行に対する異議訴訟との関係を論じた文献として、米倉明「自己信託—新法におけるその抑制策について」米倉明編著「信託法の新展開」（前掲注131）18頁乃至29頁。

155) この類型の紛争に当たる国内事件として、東京高裁判決昭和41年10月24日（判例タイムズ199号170頁）、大審院判決昭和10年8月8日（大審院民事判例集14巻1695頁）。

156) 神前禎＝早川吉尚＝元永和彦「国際私法第2版」（前掲注24）326頁

産者による財産移転行為を相対的に取り消して、現状に戻すために行使する形成権の一種と解されている¹⁵⁸⁾。そうだとすれば、否認権は、債務者の責任財産を詐害的な行為から保護することを目的とするものであり、民法上の詐害行為取消権と類似した実体法上の権利と考えられる。よって、詐害行為取消権の場合と同様、不当利得及び事務管理の準拠法に関する通則法14条乃至16条を類推適用するのが最も合理的である¹⁵⁹⁾。通則法14条の規定を類推し、否認権の成立及び効力は、原則として、その原因となる事実が発生した地の法、すなわち、それが契約の場合は第三者と契約した地、財産の移転の場合は、移転を行った地の法に従うべきである。

否認の対象となる信託設定行為が日本で行われた場合、否認権に基づく信託行為取消の可否という法律問題は、日本の破産法160条及び信託法12条によって解決される。そして、破産法160条により、(1) 破産者が破産債権者を害することを知って信託設定行為を行ったかどうか、(2) 破産者が支払いの停止又は破産手続きの開始申立てがあった後に信託設定行為を行ったかどうか、(3) 破産者が支払いの停止等があった後又はその前6ヶ月以内に信託設定行為を行ったかどうか等が判断される（破産法160条1項1号及び2号、3項¹⁶⁰⁾。

委託者の破産管財人が、委託者がイギリスで設定した信託の否認を求めて、日本の裁判所に訴訟を提起してきた場合、日本の裁判所は、破産事件の準拠法であるイギリス破産法の否認権に相当する規定に基づいて判断することにな

157) 宗田親彦「破産法概説新訂第3版」（前掲注138）337頁、伊藤眞「破産法第4版補正版」（前掲注138）369頁以下

158) 宗田（前掲注138）397頁

159) 澤木＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）299頁以下は、否認権の準拠法は詐害行為取消権の準拠法と同様に財産所在地の法によるべしとの立場を採っている。しかし、上述のとおり、詐害行為取消権の準拠法を財産所在地法とすることには、合理的な根拠が見当たらない（注149）。わが国の破産法が以前の属地主義を改め、全世界の財産を統一的な手続きで処理することを目指す普及主義を採っている以上、日本国内の財産かどうかという基準で否認権の手続きを区別するのは妥当とはいえない。

160) ただし、受益者の全部又は一部が破産債権者を害することを知らなかった時などはこの限りではない（破産法160条1項1号及び2号、信託法12条）。

る。イギリスの破産法上、委託者が債権者を害する目的で正当な対価を受けずに第三者のために信託を設定した場合、裁判所は信託を取り消して財産の回復を命ずることができる¹⁶¹⁾。また、委託者が信託設定後2年以内に破産した場合や支払不能状態で信託設定をした後5年以内に破産した場合は、信託設定目的にかかわらず取り消される¹⁶²⁾。

2. 4 受託者の債権者・破産管財人と信託当事者との紛争

2. 4. 1 受託者の債権者による信託財産の差押え

受託者個人の取引に関して受託者に対する債権を有する者は、信託財産が受託者の固有財産の一部であると信じて、自己の債権に基づいて信託財産の差押え、競売などの手続きをしていくことがある¹⁶³⁾。この場合、受託者や受益者は、そのような強制執行手続きに対する異議を主張して争わなければならない(上記2. 3. 1参照)。

(1) 訴訟物(直接執行に対する異議権)準拠法の決定及び適用

日本法は、信託によって受託者に移転した財産は、受託者の財産から独立し、受託者の債権者は、これに対し強制執行することができない旨を定め、これに違反した強制執行に対して、受託者又は受益者は異議を主張できることにしている(信託法23条)。上記2. 3. 1のとおり、この異議訴訟の法的性質は、第三者異議の訴えと同じである。第三者異議訴訟の訴訟物は、具体的執行又は執行処分に対する執行法上の異議権であり、これは訴訟法上の権利に当たるので、その準拠法は、法廷地である日本法となる。民事執行法上、第三者異議訴訟の原告は、特定の財産に対して強制執行が開始されたこと、及び当該財産について原告の地位を有していることを主張立証しなければならない(上記2. 3.

161) Insolvency Act 1986, ss238, 239, 241, 244, 245

162) Insolvency Act 1986, s 339

163) この類型の紛争に当たる国内事件の例として、最高裁判決昭和29年11月16日(最高裁判所裁判集民事16号467頁、判例時報41号11頁)。

1の注126及び注127参照）。よって、原告（受託者又は受益者）は、異議権の請求原因として、当該財産に関して信託が成立したこと、及び原告が受託者又は受益者であることを主張することになる。

（2）請求原因に関する法律関係の準拠法の決定及び適用

原告が異議訴訟の要件として主張した、「信託の成立」という法律問題やその有効性、解釈の問題は、その性質上、訴訟物準拠法の送致範囲外なので、先決問題とし、通則法7条及び8条によって定まった信託準拠法により解決される。

信託準拠法が日本法の場合、これは信託法3条及び4条の問題、イギリス法の場合は、イギリス法上の信託の成立要件の問題となる（上記2. 1. 2（2）参照）。

（3）対抗要件の抗弁の準拠法の決定及び適用

差押財産が不動産の場合、被告（受託者の差押債権者）は原告の請求に対し、「原告は信託の登記又は登録を具備しない限り、当該財産が信託財産であることを差押債権者である被告に対抗できない」旨の対抗要件の抗弁を主張するかもしれない。このような対抗要件の問題は、信託とは独立した物権変動という法律問題なので、その準拠法は通則法13条によって定まる物権準拠法となる。その結果、差押財産の所在地である日本の信託法14条が適用される。信託法14条によれば、差押財産が不動産その他登記又は登録を対抗要件とする権利である場合、原告（受託者）が信託登記を備えていない限り、原告の異議は認められない。差押財産が動産の場合は、信託法14条の適用がないので、信託財産に属することを主張する上で対抗要件は不要である¹⁶⁴。したがって、被告の対抗要件の抗弁自体が成り立たないことになる。

なお、イギリスの信託法上は、不動産が信託財産に属する場合であっても対

164) 最高裁平成14年1月17日判決（民集56巻1号20頁）、小野＝深山「新しい信託法解説」（前掲注128）160頁

抗要件は不要である。しかし、信託財産の帰属の對抗要件という物権的効力に関する問題は、通則法7条及び8条によって決定された信託準拠法ではなく、對抗要件の抗弁の準拠法である財産所在地の物権法によって解決すべき問題である。よって、仮に信託準拠法がイギリス法であったとしても、日本に所在する財産が信託財産に属するか否かが争われた場合に信託法14条が適用される。

2. 4. 2 信託財産に関する債務の債権者による受託者固有財産の差押え

受託者が信託事務の処理に関して債務（信託財産責任債務）を負担したとき、受託者自身がその債務者となるので、債権者は、当該債務の弁済を受けるため、受託者固有の財産の差押え、競売などの手続きをすることができる¹⁶⁵⁾。しかし、財産管理手法の高度化によるリスクや信託財産の土壌汚染の場合などの所有者責任のリスクを考慮した場合、受託者としては、その責任を信託財産の範囲に限定しなければ、信託の引受を躊躇せざるをえない場合も想定される。そこで、日本の信託法は、限定責任信託という制度を設け、①信託行為において、信託財産責任債務について受託者は信託財産のみをもって履行の責任を負う旨の定めをし、かつ②限定責任信託であることに関する一定の事項の登記をした場合、受託者は当該債務に関する履行責任は信託財産に限定され、債権者が受託者の固有財産に対する強制執行をした場合、受託者はこれに対する異議を主張できることにしている（信託法216条、217条）。この場合の手続きは、民事執行法における第三者異議（民事執行法38条）の手続きが準用される。

(1) 訴訟物（限定責任信託における受託者固有財産への執行に対する異議権）準拠法の決定及び適用

この異議訴訟の法的性質は、信託法23条に基づく異議権の場合と同様、第三者異議の訴えと同じであり、この異議権は訴訟法上の権利に当たるので、その準拠法は、法廷地である日本の法律となる。民事執行法上、第三者異議訴訟の

165) 信託法21条2項の反対解釈による。イギリス法上の信託に関しては、Marston Thompson Evershed plc v Bend (1997) 39 LSG 38, Perring Draper [1997] EGCS 109。

原告は、特定の財産に対して強制執行が開始されたこと、及び当該財産について原告の地位を有していることを主張立証しなければならない（上記2. 3. 1の注126及び注127参照）。信託法217条の異議権に関して受託者の主張が認められるためには、同法216条が定める限定責任信託の要件が充たされていなければならない。よって、受託者は、この異議権の請求原因として、①差押債権者の債権は、受託者が信託財産に関して負担した債務に関するものであること、②差し押えられた財産は信託財産に属さないこと、③当該信託の信託行為に、限定責任信託である旨の定めがあること、及び④限定責任信託に関する登記がなされていることを主張する必要がある。

（2）請求原因に関する法律関係の準拠法の決定及び適用

原告が異議訴訟の要件として主張した上記①乃至④の各請求原因事実の存否に関する問題（これには信託の成立要件、信託財産や信託財産責任負担債務の解釈、信託行為の解釈などの法律問題が含まれている。）は、その性質上、訴訟物準拠法の致致範囲外なので、先決問題とし、通則法7条及び8条によって定まった信託準拠法により解決される。

信託準拠法が日本法の場合、これは信託法3条及び4条に基づく信託が成立し、かつ同法216条に基づく限定責任信託の要件が充足されているか否かの問題である。

イギリス法の場合は、これらはイギリス法上の信託に関する問題となる。イギリス法には、日本法の限定責任信託に相当する制度は存在しない¹⁶⁶⁾。よって、

166) Pettit (前掲注4) p.411。なお、個々の債権について受託者と債権者との間で明示的な合意をして責任を限定することができる (Muir v City of Glasgow Bank (1879) 4 App. Cas. 337, Swiss Bank Corporation v Llyods Bank [1980] 2 All ER 419, Hayton & Marshall “Commentary and Cases on The Law of Trusts and Equitable Remedies 12th ed” (Thomson, 2005) p.693参照)。Watling v Lewis [1911] 1 Ch 414参照)。ただし、受託者が契約相手に「受託者として (as trustee) 取引すること」を告げて契約するだけでは不十分とされている (Watling v Lewis [1911] 1 Ch 414, Marston Thompson & Evershed v Benn [1998] C.L.6.3)。

上記①及び②の請求原因事実が認められたとしても、③の事実、すなわち、信託行為において限定責任信託とする定めがあった事実は認められないし、仮にそのような定めがあったとしても、イギリス信託法上は効力を生じない。また、限定責任信託の登記に関する制度も存在しないので、④の要件も認められない。限定責任信託は、目下のところ、日本独自の制度のようなので、結局、上記の異議権が認められるのは、信託準拠法が日本法の場合に限られることになると思われる。

なお、日本の信託法上、限定責任信託の登記がない場合であっても、債権者と受託者との間における信託財産に属する財産のみをもって履行の責任を負う旨の特約は有効とされている（信託法21条2項4号）。この特約は、特定の財産に対する強制執行を制限する合意なので、不執行の合意があった場合と同様に解される。よって、受託者は、そのような特約の存在を根拠とし、請求異議訴訟を提起して争うことができると考えられる¹⁶⁷⁾。イギリスの信託法も受託者の責任財産を限定する合意は有効とされているし、また、アメリカ州法上、受託者が契約相手に対し、受託者としての義務に基づいて契約する旨の開示をただけで責任限定の効果が生ずる場合もある。よって信託準拠法がイギリス法やアメリカにおける特定の州法である場合も、それぞれの要件を充たす場合は、同様に請求異議訴訟の方法で争うことが可能となる¹⁶⁸⁾。

以上は、差押えの対象となった受託者の固有財産が日本に所在した場合の手続きである。これに対し、外国に所在する受託者の固有財産が信託財産責任負担債務の債権者によって差し押さえられた場合において、受託者が信託法217条に基づく異議を主張できるかどうかは、差押えがなされた国における民事執

167) 最高裁判決平成18年9月11日（民集60巻7号2622頁、判例タイムズ1225号205頁）。

168) アメリカ法に関して、たとえば、統一信託法典1010条（a）項において「受託者が受託者たる立場（in the trustee's fiducial capacity）で契約する旨を契約の相手方に開示していた場合は、そのような立場で適法に締結した契約の履行責任について個人的な責任を負わない」、（b）項において「受託者は、信託事務に関して行った不法行為又は信託財産の所有又は管理に関して発生した責任について、受託者自身に落ち度がある場合のみ個人的な責任を負う」と定められている。イギリス法については、前掲注166参照。

行法がそのような手続きを認めているか否か、及びその国の国際私法が日本の信託法上の限定責任信託の成立及び効力を認めているか否かの問題となる。よって、日本の信託法に基づく限定責任信託の要件を備えたとしても、受託者が外国に有する財産についてまでその効力が及ぶとは限らない。

2. 4. 3 受託者の破産管財人と受益者・新受託者との間の信託財産の帰属をめぐる争い

(1) 訴訟物（取戻権）準拠法の決定及び適用

受託者が破産した場合、日本の信託法上、受託者の任務は終了し、新受託者や信託財産管理者が選任される（信託法56条1項3号、62条、63条）。信託財産は破産財団には属さない（25条）。破産管財人が、信託財産に属する財産を破産者（前受託者）の固有財産と考えて、破産財団に属するものとして取り扱っているときは、受益者や新たに選任された受託者が原告となって、破産管財人に対し、取戻権を行使する必要がある¹⁶⁹⁾。このような取戻権が認められるか否か及びその要件の問題は、取戻権の実体法上の根拠の問題である。受益者や新受託者は、信託におけるそれぞれの権限に基づいて取戻しを求めるので、訴訟物準拠法は、通則法7条及び8条によって定まる信託準拠法の問題である。その要件である信託の成立及び当該財産が信託財産に属するかどうかの問題は、信託準拠法に従って判断される（上記2. 3. 2参照）。

(2) 抗弁（対抗要件の抗弁）に関する法律関係の準拠法の決定及び適用

破産管財人（被告）は、これに対し、対抗要件の抗弁を主張するかもしれない。すなわち、差押財産が不動産の場合、原告は所有権移転登記を具備しない限り破産管財人である被告に対抗できない旨を主張するかもしれない。このような対抗要件の問題は、信託とは独立した物権変動という法律問題なので、その準拠法は通則法13条によって定まる物権準拠法となる。差押財産が日本国内に所

169) この類型の紛争に当たる国内事件の例として、最高裁判決平成14年1月17日（民集56巻1号20頁）、東京高裁判決平成12年10月25日（判例時報1753号38頁）など

在する場合は、日本の信託法14条が適用されることになり、受託者が信託登記を備えていない限り、取戻請求は認められないことになる。

なお、イギリス法が信託準拠法の場合でも、日本国内の財産に関する争いである場合は、信託登記が必要である。対抗要件の抗弁の問題は、通則法7条及び8条によって定まる信託準拠法の送致範囲外と解せられるからである。よって、信託財産に関する物権変動の問題として、通則法13条によって定まった信託法14条及び民法177条が適用されることになる。

これに対し、イギリスに所在する財産に関して日本で取戻権が行使された場合、対抗要件の問題は、当該財産所在地であるイギリス法によって解決される(通則法13条)。イギリス法上、信託受益権のような衡平法上の財産権に関する登記の制度は存在せず、信託財産に帰属することを主張するための対抗要件は不要とされているので(上記2. 3. 2 (2) の注140参照)、信託準拠法にかかわらず、信託法14条の問題は生じない。

2. 4. 4 受託者の債権者との相殺をめぐる争い

受託者が信託財産に属する債権に基づいて、受益者のために、債務者に対して支払請求をしたとき、債務者は、当該債務者が受託者個人に対して有している債権を自動債権とし、信託財産に属する債権との相殺の抗弁を主張することがある¹⁷⁰⁾。このような信託が国際信託である場合、裁判所は、相殺準拠法を決定しなければならない。そこで、相殺の効力の準拠法(以下、「相殺準拠法」という。)の一般的な決定基準について、まず検討する。

(1) 相殺の効力の準拠法

通則法には相殺準拠法に関する規定は設けられていないが、学説上、相殺準拠法は、受働債権の準拠法と自動債権の準拠法を累積的に適用すべしとの見解

170) この類型の紛争に類似した国内事件の例として、最高裁判決平成16年12月16日(金融法務事情1744号56頁)。ただし、この事件は、受託者の委託者に対する相殺権の行使に関するものである。

（以下、「累積的適用説」という。）が通説である¹⁷¹⁾。これに対し、相殺は反対債権の利用による弁済であるから受働債権の準拋法のみによればよいとの説（以下、「受働債権準拋法説」という。）も有力である¹⁷²⁾。

この議論に入る前提として、相殺準拋法は、上記1. 1において説明した訴訟における準拋法適用のための作業のうち、抗弁に関する法律問題の準拋法決定作業（上記1. 1（3）参照）の段階以降に決定されるものであることを念頭におく必要がある。相殺の主張は抗弁（又は再抗弁）としてしか登場しないので、訴訟物たる請求債権の準拋法決定、訴訟物準拋法の適用及びその送致範囲の画定という作業が、相殺準拋法の決定に先行する。具体的には、相殺準拋法を決定するには、以下のような順序を辿ることになる。

原告が被告に対して提起した金銭支払請求訴訟において、被告が相殺の抗弁を主張したとする。当該事件が渉外的要素を含む場合において、裁判所は、この訴訟の訴訟物準拋法、すなわち、原告の金銭支払請求権（債権）の準拋法を決定し、その上で、「当該債権は相殺によって消滅した」という被告の主張が、訴訟物準拋法（すなわち、原告の債権の準拋法）上、一応の合理性があるかどうかを検討する。仮に、訴訟物準拋法に基づいて評価した原告の請求が、被告の不法行為による損害賠償の請求であったとし、かつ、訴訟物準拋法が不法行為に基づく請求権を受働債権とする相殺を一切認めていないとしたら、被告の抗弁主張は、訴訟物準拋法上、明らかに理由がないので、直ちに排斥される。他方、訴訟物準拋法に基づく原告の請求が契約上の債権であった場合や、訴訟物準拋法が不法行為債権を受働債権とする相殺を認めている場合は、被告の主張には一応合理性があるので、裁判所は次に、日本法を基準として、被告が主張する「相殺の効力」に関する法律問題が訴訟物準拋法の送致範囲に含まれるか

171) 山田「国際私法第3版」（前掲注10）381頁、折茂「国際私法各論（新版）」（前掲注48）213頁、溜池「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）390頁。通則立法過程における議論について、法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明100頁参照。

172) 澤木＝道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）261頁

どうかを判断することになる。日本法上、相殺は、同じ当事者間における対立する2個の債権債務を別々に履行することの不便と不公平を除くための制度である¹⁷³⁾。相殺は、担保的機能も有しているとされているが、相殺の担保的作用への期待と利益は、この制度に決済機能があることによって生ずるものなので、その本質的な性質は、やはり、簡易決済機能である。そうだとすれば、受働債権が相殺によって消滅したかどうかは、弁済による債権決済と同様、受働債権の消滅原因の問題なので、当該債権の「成立及び効力」に関する法律問題に含まれる。すなわち、「相殺の効力」は、訴訟物準拠法（受働債権の準拠法）の送致範囲内である。

このように、訴訟物準拠法に基づいて相殺の抗弁が成り立ちうる場合、その効力に関する法律問題は、常に訴訟物準拠法、すなわち、請求債権（受働債権）の準拠法の送致範囲内となるので、相殺準拠法は、受働債権の準拠法ということになる。

ただし、このことは、相殺の効力に関するすべての法律問題が受働債権の準拠法に従って解決されるべきことを意味するわけではない。

たとえば、訴訟物準拠法が日本法であるとすれば、これに対する相殺の抗弁の可否に関する法律問題は、民法505条以下が定めている日本法上の相殺の要件を充足するものでなければならない。日本法上、相殺の効力の請求原因事実は、(i) 反対債権（自働債権）の発生原因に当たる事実、(ii) 発生原因事実に抗弁が付着しているときは、その消滅又は発生障害事実（たとえば、反対債権が弁済期の合意を要件としているときは、当該期限の到来）、及び (iii) 相殺の意思表示をしたことである¹⁷⁴⁾。よって、相殺の抗弁を主張する訴訟当事者は、「自働債権の成立」を必ず主張立証しなければならない。この問題は、受働債権の成立や効力の問題とは別の法律関係に基づいているので、日本法上、訴訟物準拠法の送致範囲を超えている。したがって、先決問題として、その準拠法は別

173) 我妻「民法講義Ⅳ」（前掲注147）316頁以下、潮見佳男「債権総論Ⅱ（第2版）」（信山社、2001）298頁以下

174) 大江忠「ゼミナール要件事実」（前掲注127）57頁以下

途考える必要がある。自働債権が契約に基づく債権の場合は、通則法7条及び8条を適用して決定される準拋法である。

原告の契約に基づく金銭支払請求に対して、被告が相殺の抗弁を主張した場合、原告は、「原告の請求債権（受働債権）は、原被告間の合意に基づき、相殺が禁止されている」と主張して、相殺の効果を争うかもしれない。この主張は、受働債権が相殺の対象となることに関する反論なので、訴訟物準拋法（受働債権の準拋法）の適用の問題となる。訴訟物準拋法上、「受働債権が相殺禁止特約付きの債権である」との主張が一応成り立つときは、次に、その主張に関する法律問題が訴訟物準拋法の送致範囲内かどうかを画定しなければならない。仮に、それが訴訟物たる債権とは性質の異なる法律問題であるとしたら、先決問題として別途準拋法を決定すべきことになる。しかし、日本法上、特定の債権に関する相殺の禁止や制限は、当該債権に関する問題として当事者間で合意できるので、当事者自治に関する通則法7条及び8条によって決定された契約準拋法の送致範囲内と解するのが適当である。よって、受働債権が相殺禁止特約付き債権かどうかは、受働債権の準拋法に従って判断される。

また、原告は、「被告の反対債権（自働債権）は無効である」とか、「被告の反対債権は、その性質上又は合意に基づき、相殺の自働債権とすることができない」と主張して争うこともありうる。これらの主張における法律問題は、反対債権の効力や法的性質に関係するので、反対債権（自働債権）の準拋法の適用の問題となる。この主張に関する法律問題が自働債権の準拋法の送致範囲を超えているとき（たとえば、行為無能力による反対債権の無効・取消しなど）は、その法的性質を基準とし、別途準拋法を決定して適用する。

以上は、訴訟物準拋法が日本法の場合である。これに対し、仮に請求債権（受働債権）の準拋法がイギリス法であるとしたら、当該債権が相殺の抗弁によって消滅するかどうか、すなわち相殺の抗弁の可否の問題は、イギリス法を適用して解決しなければならない。イギリス法上、相殺契約によらない方法による相殺には、独立相殺（independent set-off）と取引相殺（transaction set-off）の2種類がある¹⁷⁵⁾。後者は、反対債権（自働債権）が請求債権（受働債権）と同一

の事実関係から生じ、両者が密接に関連する場合にしか行使できないので、この相殺の抗弁が認められる反対債権は限られている。これに対し、前者は、受働債権とは無関係な反対債権でも構わない。ただし、独立相殺は、訴訟における原告の請求に対する抗弁として、裁判上の相殺を行う方法でしか行使できない。このような裁判手続き上の制度を、受働債権と同じ法的性質を有する法律問題と考えるとよいかは、議論の余地があると思われる。しかし、独立相殺は、受働債権に基づく請求を排斥する点では、取引相殺や相殺契約のような実体法上の権利と同じ効果を有する制度なので、日本法を基準とすれば、この制度に基づく相殺の可否は、日本の実体法上の相殺に類似する制度といえる（上記1.4参照）。よって、受働債権の準拠法であるイギリス法の致送範囲内と解される。このように解した場合、訴訟物準拠法がイギリス法の場合において、相殺の抗弁の可否は、取引相殺の要件を充たす場合を除き、イギリス手続法上の独立相殺の要件を吟味して判断すべき問題となる。

独立相殺は、イギリスの裁判手続き上の制度なので、手続法に従って行使しなければならない。これに対し、日本の民事訴訟法には、「裁判上の相殺」に相当する制度が存在しない。しかし、民法上の相殺の意思表示は、訴訟における請求に対する抗弁として、口頭弁論期日において行うことができる。よって、相殺の効力の準拠法がイギリス法である場合は、イギリス法上の相殺制度をできる限り生かすため、口頭弁論における相殺の意思表示をもって、「裁判上の相殺」に代用できると解すべきである。イギリス上級裁判所法（Supreme Court Act 1981）によれば、手続法上の相殺のその他の要件は、(i) 被告が原告に対する反対債権（自働債権）を有していること、(ii) 自働債権、受働債権の双方が金額の確定した金銭債権又は金銭債権に転換される債権であること、(iii) 両債権とも履行期にあることである¹⁷⁶⁾。よって、被告は、訴訟手続きの中で、自働債権の成立、内容、これに基づく金銭債権の発生などを主張立証し

175) Goode “Commercial Law 3rd. ed.” (Butterworths, 2004) pp. 621-622. その他に、破産手続き上の相殺制度もある (Insolvency Act 1986 section 323)。

176) Supreme Court Act 1981, section 49 (2)

なければならない。これらの事項に関する法律問題は、性質上、相殺準拠法の送致範囲外なので、先決問題として、通則法7条及び8条に基づいて決定された、自働債権の準拠法によることになる。

以上のように、相殺の準拠法は、この抗弁（先決問題）に対する本問題の法律関係の法的性質との関係において決定されるが、相殺の抗弁は自働債権を消滅させるために主張されるので、そのような抗弁が成り立つかどうかという問題は受働債権の準拠法を適用して解決すべき法律問題となる。他方、相殺の要件の1つである、自働債権の成立・効力や自働債権として相殺に利用することの可否が争われた場合、その準拠法は自働債権の準拠法を適用して解決すべき問題である。このように、相殺の効力について判断するためには、受働債権、自働債権の双方の準拠法が適用される。ただし、累積的適用説が主張するように、受働債権準拠法所属地国及び自働債権準拠法所属地国の法制度における相殺要件を全て備えることが要求されるわけではない。自働債権準拠法が適用されるのは、訴訟物準拠法（受働債権準拠法）が先決問題として割り当てた事項に限られる。

また、上記の受働債権準拠法説のように「相殺は反対債権の利用による弁済であるから、受働債権の準拠法のみによればよい」とする考え方にも問題がある。

訴訟において相殺の抗弁主張があったとき、裁判所は、請求債権（受働債権）が相殺によって消滅したかどうかの判断に加え、自働債権が相殺によって消滅したかどうかの判断も行って判決を下す。民事訴訟法は、相殺のために主張した自働債権の成立又は不成立の判断は、判決理由中の判断であるにかかわらず、判決が確定したときに相殺をもって対抗した額について既判力を有すると規定している（民事訴訟法114条2項）。これは、相殺の抗弁を主張し、自働債権の成立や不成立を前提とする判決が確定した後に、被告が別訴で自働債権を訴求することを認めると、被告が二重の利益を得ることになるので、そのような不合理な結果を防ごうとする趣旨である¹⁷⁷⁾。したがって、民事訴訟法114条2項による既判力の拡張は、自働債権の存否に関する法律問題が当該訴訟において

審理されること、又は審理の機会が十分にあったことを前提としている。しかし、受働債権準拠法説を採った場合、裁判所は、相殺の抗弁が主張されたとき、受働債権の相殺による消滅については積極的な判断を行うが、自働債権の成立、有効性、相殺の結果消滅したのかどうかについて、自働債権の準拠法に基づく判断が行われないことになる。これは、民事訴訟法114条2項の趣旨に関する上記の前提に反している。よって、受働債権準拠法説は、民事訴訟法114条2項の適用に関し、解釈上の難点がある。私見のように、相殺の要件に関する法律問題を受働債権の準拠法によるものとした上で、自働債権の成立等の法律問題を先決問題として扱い、これに自働債権の準拠法を適用する方法を採れば、自働債権の成否や相殺によって消滅させることの可否に関する法律問題は、当該訴訟において審理される機会が確保されている。よって、民事訴訟法114条2項によって自働債権について既判力を及ぼせることに合理性が認められる。

(2) 信託財産に属する債権を受働債権とする相殺

以上を前提として、受託者が受益者のために、信託財産に属する債権に基づいて、自己の名において債務者に対して支払請求をしたのに対し、債務者が、受託者個人に対して別途有している債権を自働債権とし、信託財産に属する債権との相殺の抗弁を主張した場合における、相殺の効力の準拠法を検討する¹⁷⁸⁾。

この場合の原告である受託者の請求は、信託財産に属する債権の債務者に対する当該債権に基づく支払請求権であり、その準拠法は、通則法7条及び8条によって定まる当該債権の準拠法である。訴訟物準拠法（債権準拠法）が日本法である場合、相殺の抗弁の成否に関する法律問題、すなわち、当該債権が消滅したかどうかの問題は、民法505条以下の適用の問題となる。民法における

177) 伊藤真「民事訴訟法第3版補訂版」(前掲注5)489頁

178) この応用として、債務者が受託者の固有財産と他の信託財産に属する財産のみをもって履行する責任を負う債務を自働債権として相殺する場合や、債務者が他の信託財産に属する財産のみをもって履行する責任を負う債務を自働債権として相殺する場合などが考えられる。準拠法の決定に関してはいずれも同じ問題となる。

相殺の要件は、反対債権（自働債権）の成立、反対債権の弁済期の到来、及び相殺の意思表示である。このうち、反対債権の成立や履行期到来の問題やその効力に関する問題は、独立した法的性質を有する先決問題なので、別途反対債権の準拠法を決定した上で、当該準拠法によって解決される。これに対し、訴訟物たる債権の準拠法がイギリス法の場合は、上記（1）のとおり、当該債権に対する相殺の抗弁の問題は、多くの場合は、イギリスの手続法上の独立相殺の要件に関する問題となる。

日本の信託法は、信託財産の独立性を認め、信託財産に属する債権等についての相殺を制限している（信託法22条）。したがって、相殺の効力の準拠法が日本法の場合、原告である受託者は、債務者の相殺の抗弁に対して、「原告の請求債権は信託財産に属するので、相殺の対象とはならない」との再抗弁を主張することができる。この再抗弁の要件事実として、原告は、「信託の成立」及び「原告の請求債権（自働債権）が信託財産に属すること」を主張立証しなければならない。これら2つの要件に関する法律問題は、相殺とは異なる法的性質を有するので、相殺準拠法の送致範囲外の問題として先決問題となり、通則法7条及び8条によって決定された信託準拠法に従って判断される。準拠法がイギリス法の場合も、信託の本質に基づき、受託者個人の債権者が信託財産に属する債権から満足を受けることは許されないので、日本法の場合と同じ結論になる¹⁷⁹⁾。

2. 5 受益者の債権者と信託当事者との間の紛争

2. 5. 1 受益者債権者による受益権の差押え

(1) 差押えに関する法律問題の準拠法の決定及び適用

受益者又は受託者が日本国内に所在するとき、受益者の債権者が、受益権や受益債権に対する強制執行を求めて、日本の裁判所に差押命令の申立てをする場合がある（民事執行法144条）。この差押えの準拠法は、当該申立てがなされ

179) Thomas and Hudson（前掲注4）pp. 14-19、ハーグ信託条約11条（a）

た地である日本の民事執行法となる。債権執行の対象となるのは、金銭債権又は有体物の引渡しや給付を目的とする債権であって、独立の財産としての財産的価値を有するものである。民事執行法上、給料、賃金、退職金、生活保護給付金等の一部は差押禁止債権とされ（民事執行法152条）、その他にも、恩給・年金や労働災害補償金など特別法によって差押えが禁止されている債権が多数ある（恩給法11条、労働基準法83条2項など）。さらに、民事執行法の解釈上、一身専属的な債権のように、その性質が譲渡を許さない債権、法律上譲渡禁止とされている債権などは、被差押債権としての適格を有しないものとされている¹⁸⁰⁾。

受益債権が一身専属的な権利その他譲渡が許されない債権に当たるかどうかは、信託の法的性質にかかわる問題なので、差押えという民事執行法上の要件に関する準拠法の送致範囲外であり、信託準拠法の問題となる。

信託準拠法が日本法の場合、日本の信託法上、受益権は原則として譲渡性が認められており、信託行為で譲渡を制限した場合であっても善意の第三者に対抗できないとされている（信託法93条）。これは民法466条による通常の債権と同じ扱いなので、受益権は信託行為の定めにかかわらず差押えの対象となる¹⁸¹⁾。信託準拠法がイギリス法の場合も、受益権等の衡平法上の権利は物権的な性質を有し、原則として自由に譲渡できるので¹⁸²⁾、受益債権は差押可能財産である。

(2) 取立訴訟に関する法律問題の準拠法の決定及び適用

差押債権者が受益者に対して、受益債権に基づく支払を求めて取立訴訟を提起した場合¹⁸³⁾、この訴訟物について、取立ての対象となっている債権である

180) 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会「民事執行の実務・債権執行編上」（金融財政事情、2007）163頁以下、大審院判決昭和12年5月8日（民集16巻560頁）【町村の経費分賦金債権】、新潟地裁決定昭和30年1月22日（下民集6巻1号93頁）【消費貸借予約に基づく権利】

181) 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会「民事執行の実務・債権執行編上」（前掲注180）176頁以下、最判昭和45年4月10日民集24巻4号240頁

182) Law of Property Act 1925, s 53 (1) (c), Hudson “Equity and Trusts” (前掲注4) pp. 205-222

とする通説¹⁸⁴⁾と執行法上の給付請求権である取立権であるとする、いわゆる固有適格説との対立がある¹⁸⁵⁾。前者は、取立訴訟を任意的訴訟担当と解してその既判力を債務者本人に及ぼせるべきであることを根拠とする見解である。通説の解釈は、他の差押債権者に対して効力が及ばない場合を前提とする民事執行法の定め（民事執行法157条3項）と矛盾しているし、差押債権者は、債務者のためではなく、自己の債権の実現のために訴訟を行うので、その判決の拘束力を画一的に債務者に及ぼせることにも疑問がある¹⁸⁶⁾。また、仮に、この取立権が実体法上の権利であるとするれば、日本以外の国の裁判所が命じた差押えなどに基づいて日本の裁判所に取立訴訟を提起することも可能となるはずだが、これは、日本の民事執行制度が予定しない効果であり、そのような解釈を肯定している学説は存在しない。取立訴訟は、日本の民事執行の実現手段の1つであり、債権者代位権とは異なり、常に裁判上の差押えという手続の存在を前提とする制度である。よって、取立訴訟の訴訟物は、単なる実体法上の請求権ではなく、差押債権者固有の執行手続上の取立権と位置づける、固有適格説の方が適当である。この見解を採った場合、取立訴訟における訴訟物準拠法は、当該訴訟が提起された法廷地である日本の民事執行法となる。

原告は、請求原因として、(i) 原告が差押債権者であること、(ii) 債務者に差押命令が送達された日から1週間を経過したこと、及び (iii) 受益債権の発生原因事実を主張立証する必要がある（民事執行法155条、157条）。このうち、(iii)の要件に関する法律問題は、信託受益権に基づく受益者の受託者に対する請求権なので、通則法7条及び8条による信託準拠法に従って判断される。被告（受

183) この類型の紛争に関する国内事件の例として、最高裁判決平成18年12月14日（民集60巻10号3914頁、判例時報1426号1頁）。

184) 伊東眞「注釈民事訴訟法（4）」（有斐閣、1997）434頁

185) 中野貞一郎「民事執行法増補新訂第5版」（青林書院、2006）672頁、東京地方裁判所民事執行手続等研究会「債権執行の諸問題」（判例タイムズ社、1993）138頁

186) 三ヶ月章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」（昭和44年）三ヶ月・民事訴訟法研究6巻1頁以下は、取立訴訟の判決は、差押債権者に有利な場合、すなわち原告勝訴判決の場合だけ債務者に判決効を拡張すると論じている。

託者)は、信託準拠法に基づき、当該受益債権の発生や支払時期を争うことになる。なお、信託準拠法がイギリス法であり、当該信託が裁量信託と解される場合は、受益者の権利は受託者の裁量にかかっているため、受益権差押えの実効性は乏しい。特に、当該信託が保護信託 (Protective trust) に当たる場合、差押えによって信託財産に対する受託者の権利が終了したり、家族を受益者とする裁量信託に変質したりする可能性がある¹⁸⁷⁾。

(3) 第三者異議訴訟における法律問題の準拠法の決定と適用

受益権の名義人が真の受益者ではない場合などにおいて、真の受益者は差押債権者 (名義上の受益者の債権者) を相手方とし、第三者異議訴訟を提起して争うことがある¹⁸⁸⁾。第三者異議訴訟の訴訟物は、形成権たる執行法上の異議権であり、その準拠法は、法廷地である日本の民事執行法となる (上記2. 3. 1 (1) 参照)。民事執行法上、第三者異議訴訟の原告 (受益者) は、「所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者」であること、すなわち、当該信託受益権は、差押債務者である受益権名義人ではなく原告に帰属することを主張立証しなければならない¹⁸⁹⁾。このような信託の成立、受益権の帰属に関する法律問題は、訴訟物準拠法 (第三者異議権の準拠法たる日本法) の送致範囲外なので、先決問題として、通則法7条及び8条によって定まった信託準拠法により解決される。

差押債権者は、これに対し、「自分は名義人を受益者と信じて差押えをしたので、民法94条2項の類推適用による保護を受ける」と主張するかもしれない。このような取引安全保護に関する法律問題は、対象となる財産が動産や不動産の場合は、通則法13条による財産所在地法によって処理される。そこで、信託

187) Thomas and Hudson (前掲注4) pp.253-264, Edmonds v Edmonds [1965] 1 All ER 379, Trustees Act 1925, s33, 拙稿 (鳥田)「イギリスにおける信託制度の機能と活用」(慶應法学第7号、2007) 231頁

188) この類型の紛争に当たる国内事件の例として、大阪高裁判決昭和58年2月16日 (判例タイムズ496号110頁)。

189) 前掲注127

受益権のような権利の帰属に関する法律問題についても同条を類推適用すべきかどうか問題となる。信託受益権は、原則として受託者に対する権利であり、その譲渡方式や対効要件は債権譲渡に類似しているため、これに関する取引安全保護の準拠法は、債権の場合と同様の基準で決定すべきである。そして、後述のとおり、私は、債権の帰属者に対する信託の保護に関する問題は、当該債権の準拠法に従うべきであると考え（後記2. 4. 3参照）。したがって、信託準拠法が日本法の場合は、民法94条2項の類推適用の可否の問題¹⁹⁰⁾、信託準拠法がイギリス法の場合は、衡平法上の禁反言の原則（equitable estoppel）の適用ができるかどうかの問題となる¹⁹¹⁾。

2. 5. 2 受益者の債権者による受託者に対する債権者代位権の行使

受益者の債権者が債権者代位権に基づいて、受託者に対して、受益者の権利を代位行使してきた場合、そのような請求が認められるかどうかを判断するため、債権者代位権に基づく請求権の準拠法を決定しなければならない。

(1) 判例及び学説

債権者代位権の準拠法に関する判例としては、法廷地法である日本法を適用した下級審判決が存在するが、学説の多くはこの判決を批判している¹⁹²⁾。学説上は、債権者代位は債権の効力の問題であるとして、被保全債権の準拠法によることを基本としながら、第三債務者の保護のために、代位の対象となっている権利の準拠法を累積的に適用する見解が通説である¹⁹³⁾。これに対し、債

190) 前掲注188の事件は、民法94条2項の適用を否定している。

191) Hudson “Equity and Trusts”（前掲注4）489頁以下

192) 東京地裁判決昭和37年7月20日（下民集13巻7号1482号、判例時報311号20頁）。これに反対する学説に関し、海老沢美広「国際私法の争点〔第1版〕」112頁、植崎みどり「国際私法判例百選〔新法対応補正版〕」89頁など。

193) 山田「国際私法第3版」（前掲注10）375頁、江川英文「国際私法」（1950）259頁、実方正雄「国際私法概論」（1942）252頁、桑田三郎「債権の対外的効力・変更・消滅」国際法学会編「国際私法講座(2)」（1955）489頁

権者代位権の場合は、債権者取消権の場合に比較して、第三者の利害関係への影響が少ないことから、被保全債権の準拠法のみで足りるとする見解¹⁹⁴⁾や現実的な利益状況に照らして第三債務者の保護を重視すべきことを根拠として、代位対象債権の準拠法によるべきであるとする見解¹⁹⁵⁾もある。

通説は、被保全債権準拠法と代位対象債権準拠法を累積的に適用すべきことの根拠として、「債権者代位権は債権の効力の問題であること」及び「第三債務者の保護」という2つを挙げている。これに対し、反対説は、これらの根拠のうち的一方だけを重視している。しかし、債権者代位権の準拠法決定の根拠に関する通説や反対説の考え方には、次のような問題がある。

第1に、債権者代位権が債権の効力であるからといって、当然に債権の準拠法によるべきことにはならない。債権の成立や効力の準拠法決定に関して通則法7条及び8条を適用するのは、債権者と債務者の関係は当事者間の合意で決定される問題なので、準拠法も当事者自治の原則に従って決定するのが最も妥当と考えられるからである。債権者代位は、債権者・債務者間の法律問題ではなく、債権者と第三債務者との間、すなわち、債務者の第三債務者に対する権利を債権者が行使することができるかどうかという法律問題である。一般に、債権者が、自己の債権の満足を得るために、債務者の権利や財産に対して強制執行の申立てその他の方法で権利を行使しようとする場合、その準拠法は、法廷地法（上記2. 3. 1の差押え、及び上記2. 3. 8の取立訴訟の場合）や、債務者による詐害行為地の法（上記2. 3. 4の詐害行為取消権行使の場合）などであり、債権準拠法の送致範囲外となる。これらに鑑みれば、債権者代位権の場合も、通則法7条及び8条によって決定された債権準拠法の送致範囲を超えていると考えた方が合理的である。

第2に、債務者と取引を行った第三債務者の保護を理由として代位対象債権

194) 折茂豊「国際私法各論（新版）」（前掲注48）197頁、溜池良夫「国際私法講義（第3版）」（前掲注17）407頁、櫻田嘉章「国際私法（第5版）」（前掲注51）241頁

195) 澤木=道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）263頁、道垣内「ポイント国際私法各論」（前掲注144）267頁以下

の準拠法によるべしとする考え方も正しくない。準拠法を知らない第三者をどのような要件の下でどのように保護できるかという問題は、通則法における取引保護規定（すなわち、4条2項及び26条3項、4項）の趣旨に鑑み、これらの規定の類推適用が可能かどうかによって対処すべきである（上記2.3.3参照）。条文上の根拠もないのに、第三者保護という理念だけで準拠法決定基準を創設するのは、成文法国における法律解釈論としては、少し乱暴すぎる。そもそも、債務者と取引を行った第三債務者は、元々当該取引上の債務を履行すべき立場にあるので、債務者以外の者からその履行を求められたとしても特別な不利益を受けるわけではない。また、債権者以外の者による履行請求を避けたいのであれば、債権者との間の合意によって他の者による権利行使を制限しておくことができるはずである。そうであるとすれば、債権者代位権の行使に関して、第三債務者の保護を考慮する必要性はあまり高くないので、通則法4条2項や26条3項、4項を類推適用すべき場合にも当たらないと考えられる。

以上の理由により、私は、「債権者代位権は債権の効力である」ことは、被保全債権の準拠法によるべしとする根拠にはならないし、その根拠を第三債務者保護とする考え方にも賛成できない。債権者代位権の準拠法決定に関して通則法のどの規定を適用又は類推適用するかは、債権者代位制度の趣旨及び法的性質に基づき、どの規定が想定している制度（単位法律関係）に最も適合するかを検討した上で決めるべきである。

上記の下級審判決は、法廷地法説を採る理由として、債権者代位権に関する民法の規定は訴訟法に関する規定と解されることを挙げている。債権者代位の制度は、民事執行制度が完備していなかった頃のフランス民法にならったものであり、フランス法では訴権の一種とされていることが根拠である¹⁹⁶⁾。この判決は、債権者代位制度の趣旨に則ってその法的性質を分析している点において、正しい解釈方法を採用している。しかし、日本の現在の判例学説上、債権者代位権は、債権の実体法上の効力であるとの理解が定着している¹⁹⁷⁾。よって、

196) 最判昭和54年3月16日（判例時報927号188頁）、前掲・檜崎「国際私法判例百選〔新法対応補正版〕」89頁、

この判例は、債権者代位権の法的性質に関して間違った理解を前提とするものであり、その結論には賛成できない。

(2) 債権者代位権の準拠法（私見）

債権者代位権は、元々は、詐害行為取消権と同じ目的、すなわち、強制執行の準備のために債務者の責任財産を保全することを目的として設けられた制度だが、実務上、特定債権の保全のためにも広く転用されている¹⁹⁸⁾。したがって、債権者代位権は、債務者が自己に属する権利を積極的に行使しない場合に、債権者が債務者に代わって権利行使する方法で債権者の権利を実現させるための制度というべきである¹⁹⁹⁾。債権者がこの制度の目的を実現しようとする場合、すなわち、債権者が債務者の有している権利を直接行使しようとする場合において、債権者にとって最も重要な関心事は、行使しようとしている権利の内容及び権利行使の可能性である。よって、債権者代位訴訟における中心的な法律問題は、代位の対象となっている、債務者の第三債務者に対する権利の成立、内容、効力であるといえる。日本の民事実務上も、債権者代位による請求の訴訟物は、代位の対象となっている請求権であり、債権者代位訴訟における判決の既判力は、債務者に及ぶと解されている²⁰⁰⁾。また、民事訴訟手続き上、債権者の債務者に対する被保全債権は、債権者が債務者に代わって当該権利を行使するための資格要件に過ぎず、被保全債権が不成立の場合や履行未到来の場合は、原告に当事者適格がないことを理由として訴えが却下される²⁰¹⁾。この

197) 我妻栄「民法講義Ⅳ」（前掲注147）159頁、松坂佐一「債権者代位権の研究」（1950）17頁、池田辰夫「債権者代位訴訟の構造」（1995）49頁、潮見佳男「債権総論Ⅱ（第2版）」（前掲注173）11頁

198) 我妻「民法講義Ⅳ」（前掲注147）159頁以下、潮見佳男「債権総論Ⅱ（第2版）」（前掲注173）42頁以下

199) 本来の目的で利用する場合と転用の場合とを別個の制度と考えることも可能であろうが、場合に依じて法的性質を分けて考えるという見解は見当たらない。

200) 大江忠「ゼミナール要件事実2」125頁、大審院判決昭和15年3月15日（民集19巻586頁）、大審院判決昭和14年5月16日（民集18巻557頁）

201) 潮見佳男「債権総論Ⅱ（第2版）」（前掲注173）15頁

ような制度目的及び裁判上の取扱いに鑑みれば、債権者代位に基づく請求権の法的性質は、代位の対象となっている請求権と考えられるので、その可否、要件及び効力に関する法律問題は、当該債権の準拠法によるのが合理的である。この考え方は、自己の権利を実現しようとする債権者の予見可能性を担保する上でも問題がない。実務上、第三債務者に対して権利を行使しようとする債権者は、そのような権利行使の可否を判断するため、対象となっている債権の性質、内容、効力を検討するのが常識であるところ、これらは、当該債権の準拠法が支配している問題だからである。

ただし、このことは、債権者代位権の成立に関する全ての法律問題が代位対象債権の準拠法に従うべきことを意味するわけではない。たとえば、代位対象債権の準拠法が、「被保全債権の成立」を債権者代位権に基づく請求の要件としているとき、この法律問題は、訴訟物準拠法（代位対象債権の準拠法）の送致範囲外なので、別途準拠法を定める必要がある。

（3）信託受託者に対する受益者の債権者による債権者代位権の行使

以上の理由により、信託財産の受益者の債権者が、受益者を代位して受益権を行使しようとして、受託者を被告とする訴訟を提起した場合、この代位訴訟が認められるかどうかの問題は、代位の対象となっている権利である受益権の準拠法、すなわち、信託準拠法によって判断すべきである。

信託準拠法が日本法の場合、この請求の可否は、日本の民法423条の要件の問題となり、原告（受益者の債権者）は、被保全債権の成立、保全の必要性（受益者の無資力）、受益権の発生（つまり、信託の成立）などを主張立証しなければならない²⁰²⁾。このうち、被保全債権の成立及び効力などの原告の当事者適格の問題は、信託準拠法の送致範囲外の先決問題となり、被保全債権、つまり、債権者の受益者に対する債権の準拠法によって判断される。この債権の準拠法所属地国が債権者代位権の制度を有しているか否かの問題は、この請求の可否には影響しない。先決問題の準拠法の送致範囲は、債権の成立、効力、履行期

202) 大江忠「ゼミナール要件事実」(前掲注127) 187頁以下

到来などだけであり、代位権制度の有無の問題は含まれていないからである。

他方、信託準拠法がイギリス法の場合、イギリスには債権者代位権に相当する制度が存在しないので、被保全債権の準拠法にかかわらず、原告の請求は認められない。

2. 6 信託当事者と第三者との間における信託財産又は受益権をめぐる紛争

2. 6. 1 受託者による信託財産占有者に対する妨害排除請求

信託財産を第三者が占有しているとき、受託者は、受益者のために、占有者に対して、信託財産に対する妨害排除や引渡しを請求することができる²⁰³⁾。その請求権の法的根拠は、信託に基づく受託者の権限なので、訴訟物準拠法は信託準拠法である。信託準拠法が日本法の場合、受託者は、信託財産に属する財産の管理又は処分及びその他信託目的を達成するために必要な行為を自己の名において行う権限を有しているので（信託法26条）、原告は、請求原因として、(i) 信託の成立、(ii) 原告が受託者であること、及び (iii) 当該財産が信託に属することを主張立証すればよい。これらは、信託準拠法の送致範囲内の法律問題である。

日本法上、受託者が複数の場合、訴訟行為は受託者全員で行うことが必要であり、固有必要的共同訴訟となる²⁰⁴⁾。よって、信託行為の条項から受託者が複数であることが明らかな場合や被告が他にも受託者がいることを主張立証した場合、原告が単独で訴訟を進行できるかどうか問題となる。この問題は、信託準拠法の送致範囲に含まれる。よって、信託準拠法が日本法の場合、信託法80条の解釈及び適用により、信託行為において受託者間の職務分掌に関する定めがある場合を除き（信託法80条4項、81条、民事訴訟法115条1項）、原告の訴えは却下される²⁰⁵⁾。信託準拠法がイギリス法の場合も、信託条項に特別

203) この類型の紛争に関する国内事件の例として、大阪高裁判決昭和48年11月16日（高裁民集26巻5号475頁、判例時報750号60頁）。

204) 四宮「新版信託法」（前掲注111）244頁、能見義久「現代信託法」（有斐閣、2004）162頁

205) 小野＝深山「新しい信託法解説」（前掲注128）41頁

な定めがない限り、複数の受託者は全員で受託者としての権限を行使しなければならないとされているので、同様の結論となる²⁰⁶⁾。

この訴訟において、被告が当該財産を委託者から譲り受けていた場合、被告は、このことを主張した上で、「原告が対抗要件を具備するまで受託者としての権利行使を認めない」との対抗要件の抗弁主張をするかもしれない。この抗弁主張の準拠法の決定及び適用に関しては、上記2. 3. 1 (3) において説明したとおりである。

2. 6. 2 受託者の権限違反行為による信託財産譲受人に対する受益者の請求

(1) 訴訟物準拠法の決定及び適用

受託者が、信託財産に属する財産について権限外の取引をし、第三者に処分してしまった場合、受益者は、第三者に対して、当該財産の取戻しを求めることがある。日本の信託法上、この請求は、信託法27条に定める受益者取消権の行使に当たる。

受益者取消権の法的性質について、取消権による第三者に対する追及力という構造的類似性から、詐害行為取消権と同一趣旨の規定と解する見解（以下、「詐害行為取消権説」という。）²⁰⁷⁾ と、「取消権は、債権の効力として総債権者のために認められるものではなく、信託財産の機関たる受託者の行為の効力の問題、ないし受益権の追及力の問題に関するものだから、債権者取消権に関する法理をただちに類推適用すべきではない」とする見解（以下、「追及権説」という。）²⁰⁸⁾ とがある。詐害行為取消権制度は、債権者による債務者に対する強制執行の準備として、債務者の一般財産を減少させる債務者の行為（詐害行為）の効力を

206) Luke v South Kensington Hotel Co (1879) 11 Ch D 121, Re Mayo [193] Ch 302, [1943] 2 All ER 440, Phipps Boardman [1965] Ch 992, [1965] 1 All ER 849, Pettit “Equity and the Law of Trusts” (前掲注4) p. 395

207) 遊佐慶夫「信託法制評論」（巖松堂書店、1924）97頁、細谷祐治「信託法理及信託法制」（文雅堂、1926）757頁乃至761頁、松尾弘「信託法理における債権者取消権制度の展開」米倉明編著「信託法の新展開」（前掲注131）79頁注（5）、118頁乃至122頁

否認して、債務者の一般財産から逸出したものを一般財産に取り戻すことを目的としている²⁰⁹⁾。受益者取消権制度の目的をこれと同じに解する見解（詐害行為取消権説）を採った場合、受益者は、受託者に対する債権的な権利を行使する上で必要な責任財産の保全を目的として、受託者による詐害行為によって減少した信託財産を回復するために取消権を行使することになる。しかし、信託法27条が定めている取消の要件及び効果は、そのような目的に適合しない点が多々ある。第1に、民法424条の詐害行為取消権及び信託法11条の詐害信託取消権は、債務者が債権者を害する法律行為（詐害行為）をしたこと、すなわち、債務者の財産を減少させて無資力となったことを要件としている²¹⁰⁾が、受益者取消権は受託者の資力は問題としていない。しかし、受益者取消権が受益者の受託者に対する債権（損失てん補請求権など）を保全するための制度であるとしたら、受託者に資力がある場合はまだその必要性は生じていないのであるから、詐害行為取消権の場合と同様に、無資力要件が必要なはずである。第2に、詐害行為取消権は、債務者の詐害の意思を取消権発生の絶対的要件としている²¹¹⁾。しかし、受益者取消権は、受託者による権限違反や権限逸脱行為という客観的事実だけを問題とし、受託者に関する主観的要件は求めている。

208) 四宮「新版信託法」(前掲注111) 252頁乃至253頁。松尾弘教授は、追及権説の詐害行為取消権説に対する批判は、受益者に物的権利が付与されていることを前提とする信託財産実質的法主体説又は物権説に基づいているとし、追及権説は信託財産＝実質的法主体説、詐害行為取消権説は信託受益権＝債権説と親和的であると述べている（松尾「信託法理における債権者取消権制度の展開」米倉明編著「信託法の新展開」(前掲注131) 109頁以下)。たしかに、詐害行為取消権説は、受益権を債権と解しない限り成り立たないと思われる。しかし、追及権説の立場からは、「取消権は信託法が受託者に付与した受益権の本質に基づく権利である」と説明すれば十分であり、実質的法主体説や物権説を採る必要はない。

209) 前掲注147

210) 我妻栄「民法講義Ⅳ」(前掲注147) 176頁以下、内田貴「民法Ⅲ第3版」(前掲注147) 306頁、潮見佳男「債権総論Ⅱ(第2版)」(前掲注173) 94頁以下

211) 我妻栄「民法講義Ⅳ」(前掲注147) 189頁以下、内田貴「民法Ⅲ第3版」(前掲注147) 310頁。最近の通説は、主観的要素と客観的要素及び債務者が採った手段を総合的に考慮し、それらの相関関係において詐害行為を評価すべしとしている（潮見佳男「債権総論Ⅱ(第2版)」(前掲注173) 114頁以下)。

第3に、詐害行為取消権は、取消によって取り戻した不動産の自己への移転登記を求めるなどして、当該目的物自体を自己に帰属させることはできないとされている²¹²⁾。これは、民法424条が債務者の一般財産による価値的満足を受けるための制度であることによる制約である。しかし、受益者取消権によって取り戻した目的物は、受託者に対する金銭的請求権についての満足を受けるために用いられるわけではない。受益者は、受益者取消権を行使して取り戻した信託財産に対して、それが逸出する前と同様に受益者としての利益を享受することができる。つまり、信託財産に対する利益は、元どおりに受益者に帰属することになる。第4に、詐害行為取消権は、取り消した債権者の債権の保全を目的とする制度なので、原則として、債権額に相応する範囲でしか行使できない²¹³⁾。しかし、受益者取消権は、取り消した受益者の受益権の価値とは関係なく、受託者の権限違反行為によって信託財産から逸出した全てのものについて行使できる²¹⁴⁾。このように、信託法27条が定める受益者取消権は、詐害行為取消権の趣旨及び性質に伴う本質的な要件や権利行使上の制約を受けない制度なので、詐害行為取消権制度と同じ目的の制度と解するのは困難と思われる。そもそも、信託は、特定の信託財産について受益者のために設定されるものであり、受益者は、信託財産に属する財産の引渡しその他の給付請求権やこれを確保するための様々な権利が与えられ、信託から生ずる経済的利益の享受主体として信託財産に対して直接的で強い利害関係を有している²¹⁵⁾。そうである以上、受益者取消権は、受益者が信託財産に対して有する自己の直接的な利益を守るために設けられた受益権の本質的な性格

212) 我妻栄「民法講義Ⅳ」（前掲注147）202頁以下、潮見佳男「債権総論Ⅱ（第2版）」（前掲注173）92頁以下、内田貴「民法Ⅲ第3版」（前掲注147）326頁、最高裁判決昭和53年10月5日（民集32巻7号1332頁）

213) 我妻栄「民法講義Ⅳ」（前掲注147）193頁、大審院判決明治36年12月7日（民録9輯1339頁）、大審院判決大正9年12月24日（民録26輯2024頁）

214) 受益者が複数の場合、各受益者は、自己の受益権の範囲、順位や内容にかかわらず、単独で信託違反行為全体を取り消すことができる（信託法92条、27条3項）。

215) 四宮「新版信託法」（前掲注111）307頁、小野・深山「新しい信託法解説」（前掲注128）248頁以下

に基づく信託法上の制度であると解した方が、受益者の受託者に対する人的な権利を保全するために政策的に設けられた詐害行為取消権類似の制度と解するよりも合理的である。また、詐害行為取消権説に立った場合、受益者取消権の要件、効果、行使の方法・制約などは、解釈上可能な範囲内で詐害行為取消権に関する法理が類推適用されることになるが、元々、信託財産に対して一般債権者よりは強い立場にいる受益者のために設けられた制度の要件や効果を、法解釈によって弱める必要があるとは思えない²¹⁶⁾。したがって、受益者取消権の法的性質は、信託法上の受益者たる地位に基づく財産取戻請求権（追及権）と解すべきである。

以上のように、日本の信託法上の受益者取消権の法的性質を受益権に基づく請求権と解した場合、受益者の第三取得者に対する信託財産取戻請求権の法的根拠は信託受益権であり、その当否に関する法律問題は、通則法7条及び8条によって決定される信託準拠法に従って判断される²¹⁷⁾。

信託準拠法が日本法の場合、受益者による取戻請求の可否は、信託法27条1項及び2項に基づく受託者による越権行為の取消の問題となり、取戻請求の対象となっている信託財産が信託の登記・登録のない特定物の場合と登記又は登

216) 詐害行為取消権説も、受益者取消権の取消要件の法解釈による厳格化（たとえば、訴訟提起を要件とすべきことなど）を目指しているわけではないと思われる。松尾弘「信託法理における債権者取消権制度の展開」米倉明編著「信託法の新展開」（前掲注131）122頁は、詐害行為取消権説の立場から、信託財産の「転得者からの転々得者に対する財産取戻請求の可否と要件を考えると、詐害行為取消権において生ずる問題と同様に解して処理しうる」としているが、そのように考えてよいかどうかは、両制度の趣旨の違いに鑑み、さらに検討を要する問題である。

217) これに対し、受益者取消権の法的性質について詐害行為取消権説を採った場合、その準拠法は、原則として詐害行為地法となり、信託準拠法と一致しない場合が出てくる（上記2. 3. 3参照）。日本の信託法上、受益権の本質に属すると解される受益者取消権（信託法92条）が、日本法に準拠した信託において行使できない場合が生ずるのは、日本の信託法秩序を阻害し、望ましくない。詐害行為取消権説は、国際私法における準拠法決定の観点からも問題がある。

218) 小野・深山「新しい信託法解説」（前掲注128）27頁乃至29頁、松尾「信託法理における債権者取消権制度の展開」米倉明編著「信託法の新展開」（前掲注131）115頁以下

録可能な特定物の場合とて扱いが異なる²¹⁸⁾。

信託財産が登記・登録できない特定物の場合は、27条1項により、受託者から財産を取得した者が、取引の当時、(i) 当該財産が信託財産に属することを知っていたこと、及び(ii) (a) 受託者が権限外の取引をしていることを知っていたこと、又は(b) 知らなかったことについて重大な過失があったことを主張立証した場合に、受益者は受託者が行った権限違反の処分行為を取り消して、第三者に対して、信託財産の取戻し等を請求することができる。

これに対し、信託財産が登記・登録により信託であることを公示できる特定物、たとえば不動産の場合、受益者は、(i) 当該財産が登記又は登録されていること、及び(ii) (a) 受託者が権限外の取引をしていることを知っていたこと、又は(b) 知らなかったことについて重大な過失があったことを主張立証した場合に、受託者が行った権限違反の処分行為を取り消して、第三者に対して、信託財産の取戻し等を請求することができる。これは、登記・登録が可能な財産について取消権を行使するためには、当該財産が信託財産に帰属することを対抗できなければならないとの考え方を前提とし、さらに、登記・登録の存在によって、当該財産が信託財産に属することについて、相手方の悪意を擬制する趣旨である²¹⁹⁾。なお、信託財産の所在地がイギリスなど信託の登記・登録制度が存在しない国の場合は、当該財産は、「信託法14条の信託の登記又は登録をすることができるもの」（第27条2項）に該当しないので、27条1項の問題となる。

通則法7条及び8条に基づいて決定された信託準拠法がイギリス法の場合、受託者の権限違反行為によって不利益を被った受益者には、2種類の救済方法が用意されている。

第1に、受託者は、衡平法上の財産的権利（property right inequity）である追及権（following and tracing）に基づいて、第三者に対して信託財産の取戻しや代替物の引渡しを請求することができる。これは、信託財産であること

219) 岩藤美智子「受託者の権限と取消」経済法令研究会「新しい信託法の理論と実務」（金融商事判例集1261号）46頁

の対世的な効力に基づく信託法上の財産権（物権）的請求権である²²⁰⁾。

第2に、イギリス信託法上の受益者は、受託者との取引によって信託財産を取得した第三者が、(i) 取引をした時点において、受託者に権限がないことを知っていたか、または当然知りえたこと²²¹⁾、(ii) 取引の後、当該財産を保持している間に受託者に権限がなかったことを知ったか、当然知りえたこと²²²⁾、又は (iii) 受託者の権限違反行為に援助、協力したり、そそのかしたりしたこと²²³⁾ を主張立証して、受託者と取引をした第三者を受託者とする擬制信託が成立したことを根拠に、当該第三者に対して、損害賠償、損失でん補、目的物の返還やこれによる利得の引渡しなどを請求することができる²²⁴⁾。この請求は、衡平法に基づいて成立した新たな信託（擬制信託）に基づく、受益者の当該第三者に対する人的な請求権（claim in persona）である²²⁵⁾。

(2) 善意取得者の抗弁に関する法律問題の準拠法の決定及び適用

イギリス法上、信託の受託者から、追及権の行使を受けた第三者は、この請求に対し、コモンロー上の財産権に基づく抗弁主張をして、第三者が受託者から取得した財産に対する受益者の追及を排斥することができる。すなわち、被告である第三者は、(i) 当該財産を受託者から誠実な取引により有償で取得し、

220) Underhill and Hayton (前掲注13) pp.1208-1231, Thomas and Hudson (前掲注4) pp.1072-1082, 日本の文献として、道垣内弘人「信託法理と私法体系」(有斐閣、1996) 15頁など

221) Pettit (前掲注4) pp.150-161, Belmont Finance Corp'n v Williams Furniture Ltd (No 2) [1980] 1 All ER 393, JJ Harrison (Properties) Ltd v Harrison [2001] EWCA Civ 1467

222) Re Montagu's Settlement Trusts [1987] Ch 264, Lipkin Gorman v Karpnale Ltd [1987] 1 WLR 987

223) Barnes v Addy (1874) 9 Ch App 244, Royal Brunei Airline v Tan [1995] 2 All ER 378

224) Thomas and Hudson (前掲注4) pp.962-1006

225) Pettit (前掲注4) pp.486-487。なお、イギリス法上、擬制信託は、衡平法に基づいて裁判所が創設する制度であり、任意信託とは法的性質を異にしている。しかし、受託者の義務違反を根拠とする受益者の信託財産取戻請求権の法的性質は、日本法上は信託に属するので(信託法27条)、この問題も信託準拠法によって解決すべきである。

かつ受託者が権限違反をしたことについて過失がないこと（bona fide purchaser for value without notice of the claimant's right）²²⁶⁾、(ii) 受託者の権限違反を知らずに当該財産を取得した後に、当該財産に大修繕を加えるなど、その状態を大幅に変更したこと²²⁷⁾、(iii) 受託者の権限違反を知らずに当該財産を取得した後に、当該財産を他人に譲り渡し、もはや利得が現存していないこと（passing on）²²⁸⁾、又は (iv) 被告が受託者は権限違反をしていないと信じたことについて、受益者の側に原因があること（estoppel by representation）²²⁹⁾を主証立証し、受益者からの請求を斥けることができる²³⁰⁾。これらの抗弁は、取引によって取得した財産に対する権利が自己に帰属することの根拠となる法律関係の主張であるから、その法的性質は、財産法（物権法）上の権利であると解される²³¹⁾。したがって、原告の追及権に基づく請求に対して被告がこれらの抗弁主張をしたとき、日本の国際私法の適用上、この抗弁に関する法律問題は、信託準拠法の送致範囲外の問題とし、別途準拠法を定めるべきである。財産権に関する法律問題の準拠法は、通則法13条により当該財産の所在地法である。よって、上記 (i) 乃至 (iv) の抗弁主張が認められる可能性があるのは、追及権の対象となっている財産がイギリスに所在する場合に限られる。

226) Westdeutsche Landesbank v Islington LB (1996) AC 669

227) Lipkin Gorman v Karpnale [1991] 2 AC 548

228) Kleinwolt Benson v Birmingham CC [1996] 4 All ER 733

229) National Westminster Bank plc v Sommer International [2002] QB 1286

230) 受益者が擬制信託の成立を根拠として信託財産の取得者に対して受託者としての人的な責任追及をした場合は、これらの抗弁は成り立たない。

231) 日本法上、取引の信頼に関する法理による物権の取得は、物権の帰属に関する法律問題として物権法に分類される。なお、イギリス法上も、善意有償取得等の抗弁主張の法的性質は財産権（物権）であり、抵触法上、信託準拠法の適用対象外と解されている（Underhill（前掲注13）pp.1297-1298, Thomas and Hudson（前掲注4）pp.1115-1125, T M Yeo 'Choice of Law for Equitable Doctrine' T M Yeo p.185, D. Hayton ICLQ pp.275-276, J. Harris "The Hague Trusts Convention: scope, application and preliminary issues" (Oxford, 2002) p.324, D. Hayton "The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Recognition" (1987) 36 International and Comparative Law Quarterly p.260, ハーグ信託条約11条(d)但し書)。

受益者がイギリス国外にある財産に関して追及権を行使した場合、これに対して被告が物権的権利の取得に関する抗弁を主張することができるか否かは、当該財産所在地の法律の問題である。当該財産が日本に所在する場合、被告である第三者は、(i) 当該財産が不動産その他信託の登記・登録が可能な特定物の場合は、信託法14条及び民法177条に基づく對抗要件の抗弁²³²⁾、(ii) 当該財産が動産の場合は、民法192条に基づく即時取得による所有権取得の抗弁、(iii) 受益者に何らかの外観作出責任がある場合は、民法94条2項、109条、110条などの類推適用による所有権取得の抗弁などを主張することができる²³³⁾。

2. 6. 3 受益権の譲受人との間の争い

受益権が第三者に譲渡された場合、受益権譲渡人と譲受人の間、受益権が二重譲渡された場合における第1譲受人と第2譲受人の間、譲受人と受託者の間などで紛争が生ずる可能性がある。どの紛争においても、受益権譲渡が関係する以上、その成立や効力に関する法律問題の判断が必要となるので、紛争の対象が国際信託の受益権である場合、裁判所は、これらの法律問題の準拠法を決定することになる。

受益権には、受益債権とそれ以外の共益権的な権利とが含まれているので、株主権と類似した面もある。しかし、わが国の信託は、設定者（委託者、又は委託者及び受託者）が自由にその内容や規律を定めることができる制度と解すべき点において、債権に類似した法的性質を有している²³⁴⁾。また、信託法93条及び94条も、受益権の譲渡性や對抗要件について、債権譲渡に関する民法466条及び467条と同様の規定を設けている。よって、受益権譲渡の準拠法決定

232) 信託法14条に基づく登記の有無は、同法27条2項に基づく取消権における取消の要件の1つであると同時に、受益者や受託者が第三者に信託を對抗するための對抗要件である。よって、受益者が信託法27条2項以外の根拠により信託に基づく請求をした場合、相手方は對抗要件の抗弁として登記の不存在を主張できる。

233) 民法94条2項の類推適用が争われた国内事件の例として、大阪高裁判決昭和58年2月16日（判例タイムズ496号110頁）（前掲注188）がある。

234) 拙稿「国際信託の成立及び効力の準拠法(2)」（前掲注2）3. 1. 2参照

基準は、債権譲渡の場合と同じ考え方を採るべきである。

(1) 債権譲渡の効力の準拠法決定基準に関する諸学説

債権譲渡の成立及び譲渡当事者間における効力の準拠法に関して、学説上、債権譲渡をその原因行為と譲渡行為とに分け、譲渡行為は譲渡されるべき債権の準拠法によらしめるとする考え方（以下、「2分説」という。）が通説とされている²³⁵⁾。この説は、債権譲渡の法的性質が、債権的行為と準物権的行為とに区別されることをその根拠とし、これに従ったとされる下級審判決もある²³⁶⁾。これに対して、債権譲渡を債権的法律行為であると解すべきことや、債権の流通の円滑化という要請を考慮すべきことを理由として、債権譲渡の効力の問題を債権譲渡人と譲受人との間の債権譲渡契約準拠法によらしめる見解（以下、「契約準拠法説」という。）も有力に主張されている²³⁷⁾。

契約準拠法説は、2分説に対し、債権譲渡の性質を2つに峻別するのは、「比較法的に見て一般的ではない考え方によるものである」と批判している²³⁸⁾。

しかし、諸外国の法制はともかく、日本の民法上は、現在でも、債権譲渡には譲渡人と譲受人との間の契約としての側面と債権を一個の財貨として移転する処分行為としての側面があり、後者の法的構造は物権変動と同様に考えればよいと解されている²³⁹⁾。契約準拠法説が、日本の民法における債権譲渡の解釈論を無視し、債権譲渡の成立や効力に関する全ての法律問題に、債権譲渡人と譲受人間の契約準拠法を適用すべしと主張するのであれば、そのような考え方には問題がある。国際私法における準拠法決定のための法性決定は、日本の

235) 久保「国際私法論」(1935) 463頁、山田「国際私法第3版」(前掲注10) 377頁、溜池「国威私法講義(第3版)」(前掲注17) 388頁

236) 東京地裁判決昭和42年7月11日(判例タイムズ210号206頁)

237) 道垣内「ポイント国際私法各論」(前掲注144) 259頁、折茂「国際私法各論(新版)」(前掲注48) 202頁他。通則法制定前における諸学説について、北澤安紀「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) 87頁参照。

238) 澤木=道垣内「国際私法入門(第6版)」(前掲注3) 257頁、北澤安紀「国際私法判例百選(新法対応補正版)」(前掲注237) 86頁

239) 我妻「民法講義Ⅳ」(前掲注147) 519頁、潮見佳男「債権総論Ⅱ第2版」(前掲注197) 515頁以下

実質法を基準とするので（上記1. 1. 2参照）、日本法上、契約とは異なる性質を有する法律問題があるとき、その準拠法は、法的性質に応じて別途に定めるべきである。たとえば、債権譲受人が、譲渡人に対して、「債権が自己に帰属する」と主張したのに対し、譲渡人が「当該債権は性質上譲渡が不可能である」との主張をした場合、この問題は、譲渡対象債権の性質に関するものなので、債権譲渡契約の準拠法ではなく、譲渡対象債権の準拠法に従って解決すべきである。また、債権譲渡人の債権者が譲渡対象債権を差し押えた場合、当該財産が受託者自身のものであるとして差し押えの対象となるかどうかという法律問題が生ずるが、これは債権が誰に帰属するのかという問題であるから、契約準拠法によるのは不適當である。このように、2分説が準物権行為に関する法律問題であると主張している問題には、たとえ契約準拠法説を採ったとしても、契約準拠法の送致範囲外の先決問題として別途に準拠法を決定すべき問題がある²⁴⁰。

よって、2分説と契約準拠法説とは、実際に準拠法を決定して適用する上では本質的な違いがない。いずれの見解であるにせよ、渉外的要素を含む訴訟において、債権譲渡に関する法律問題が争われたとき、当該法律問題が譲渡人と譲受人間における譲渡契約の成立、有効性、解釈などである場合は、その法的性質に基づいて通則法7条及び8条を適用又は類推適用して決定された契約準拠法によるべきであり、それ以外の問題である場合は、その法的性質を日本の実質法に基づいて確定した上で、当該法律問題の法的性質に対応する通則法の規定を選択すればよいのである。

(2) 信託受益権譲渡に関する法律問題の準拠法決定基準

以上の考え方は、信託受益権の譲渡に関する法律問題の準拠法決定に関してもそのまま当てはまる。すなわち、受益権譲渡に関する法律問題のうち、受益権譲渡契約の成立、効力、解釈に関しては、通則法7条及び8条によって決定される当該受益権譲渡契約の準拠法に従えばよいし、それ以外の法律問題に関

240) 澤木=道垣内「国際私法入門（第6版）」（前掲注3）258頁も、契約準拠法説を採りながら、個別的な問題ごとに準拠法を分けて考えるべしとしている。

しては、その法的性質に応じて別の準拠法決定基準を検討すればよい。問題は、受益権譲渡に関する法律問題のうち、契約準拠法によるべき問題とそうでない問題とをどのようにして区別するのか、及び契約準拠法によるべきではない法律問題の準拠法はどのようにして決定すべきなのかの2点である。

これを検討するため、信託受益権譲渡に関する紛争類型を、(i) 受益権譲受人と譲渡人との間における受益権の帰属をめぐる紛争、(ii) 受益権譲受人と二重譲受人の間における受益権の帰属をめぐる紛争、(iii) 名目上の受益者から譲り受けた者と真の受益者との間の受益権の帰属をめぐる紛争、及び(iv) 受益権譲受人と受託者との間における受益権の行使に関する紛争の4つに分けて、それぞれにおける法律問題を考察する。

(i) 受益権譲受人の譲渡人に対する受益権譲渡の実行請求、受益権確認請求

受益権の譲受人が譲渡人に対して、受益権譲渡の実行（譲渡証書の交付、受託者に対する譲渡通知など）や自己に受益権が帰属することの確認を求めて訴訟を提起した場合、この訴訟における審判の対象は受益権そのものなので、訴訟物準拠法は信託準拠法となる。

信託準拠法が日本法の場合、原告である譲受人は、請求の原因として、当該受益権の発生原因事実、つまり、信託契約の成立、及び原被告間の受益権の売買（譲渡）に関する契約の成立を主張立証しなければならない²⁴¹⁾。信託契約の成立に関する法律問題は、訴訟物準拠法の送致範囲内の問題なので、信託準拠法である日本の信託法3条及び4条が定めている要件について吟味される。他方、受益権譲渡契約の成立や効力に関する法律問題は、受益権譲渡人と譲受人の間の合意によって支配される問題なので、信託とは法的性質が異なる。よって、信託準拠法の送致範囲外の先決問題として、受益権譲渡契約の準拠法が別途通則法7条及び8条によって決定される。

信託準拠法がイギリス法である場合は、イギリス法における信託受益権譲渡

241) 岡口基一「要件事実マニュアル上第2版」（ぎょうせい、2007）332頁、大江忠「ゼミナール要件事実」（前掲注128）70頁

のための要件を充たしているかどうか吟味される。イギリス法上、信託受益権のような衡平法上の権利 (equitable chose) を譲渡するためには、譲渡人が譲渡する旨の書面を作成することを要件としている²⁴²⁾。したがって、受益権譲渡証書や譲渡契約書が作成されていない場合は、原告の請求は棄却される。また、受益権譲渡契約の成立が争われた場合は、信託準拠法の送致範囲外の先決問題として、当該譲渡契約の準拠法が別途決定される。譲渡契約の準拠法がイギリス法の場合は、当事者間の合意に加え、譲受人の譲渡人に対する約因 (consideration) の要否という法律問題も生ずる²⁴³⁾。

この訴訟において、被告が、「受益権には譲渡禁止特約が付されていた」と主張して争った場合、これは受益権自体に関する法律問題なので、信託準拠法の送致範囲内の問題である。信託準拠法が日本法の場合、この問題は、信託法93条により、受益権譲受人が信託行為による譲渡制限を知っていたか否かなどが判断される(信託法93条2項但し書)。他方、信託準拠法がイギリス法の場合は、譲渡禁止特約の効力の問題となる。イギリス法上、債権譲受人は、譲渡が禁止された債権に基づいて債務者に対して権利行使することはできないが、譲渡人との間では債権譲渡が有効であることを主張できる²⁴⁴⁾。よって、被告の主張は認められない。

(ii) 受益権譲受人の二重譲受人に対する受益権確認請求

受益権の二重譲渡があった場合、譲受人間で、受益権の帰属をめぐる訴訟が起こりうる。受益権確認請求訴訟の審判対象は受益権そのものなので、訴訟物準拠法は信託準拠法である。信託準拠法が日本法の場合、原告(たとえば、第1譲受人)は、受益権の発生原因事実、すなわち信託契約の成立、及び受益権

242) Law of Property Act Section 53 (1) (c), Pettit "Equity and the Law of Trusts" (前掲注4) p. 89

243) Treitel (前掲注100) pp.682-688

244) Bawejen Ltd v M.C. Fabrications Ltd [1999] 1 All ER (Comm) 377。この場合、譲渡人は債権譲渡を実行できないため、債権譲渡契約違反の責任を負うことになる。

譲渡人と原告との間の受益権譲渡契約の成立を主張立証する。この2つの法律問題の準拠法は、上記（i）で述べたとおりである。

この訴訟において、被告（第2譲受人）は、第三者対抗要件の抗弁を主張して争う場合がある。この「第三者対抗要件」に関する法律問題は、通則法23条の規定に基づいて別途準拠法が決定される。同条は、「債務者その他の第三者に対する効力」は譲渡対象債権の準拠法によるべき旨を定めているので、結局、譲渡対象債権である信託受益権の準拠法（信託準拠法）の問題となる。日本法が信託準拠法の場合、この問題には信託法94条が適用されるので、被告は、「被告が同じ受益権を譲り受けたこと」の主張、及び「原告が対抗要件を具備するまで原告を受益者とは認めない」との権利主張をすることになる。これに対し、原告は、当該債権譲渡につき対抗要件を備えたこと（すなわち、受益権譲渡人が受託者に対し被告に対する受益権譲渡について、確定日付ある通知をしたこと、又は受託者が確定日付ある承諾したこと）を主張立証しなければならない²⁴⁵⁾。これに対し、信託準拠法がイギリス法の場合は、受益権の譲渡人又は譲受人から受託者に対する譲渡通知の先後の問題となる。この譲渡通知は書面によって行わなければならない²⁴⁶⁾。

(iii) 名目上の受益者からの譲受人に対する真の受益者による受益権返還請求

受益権の名義人と真の受益者とが異なる場合、真の受益者が、名義人から受益権を譲り受けた者に対して、受益権の確認や返還を請求することがある²⁴⁷⁾。その訴訟における原告の請求権は信託受益権に基づくので、その訴訟物準拠法

245) 岡口基一「要件事実マニュアル上第2版」（前掲注242）336頁、大江忠「ゼミナール要件事実」（前掲注127）78頁

246) Dearle v Hall (1828) 3 Russ. 1, Mutual Life Assurance Society v Langley (1886) 32 Ch D 460, Ellerman Lines Ltd v Lancaster Maritime Co Ltd [1980] 2 Lloyd's Rep 497, Treitel (前掲注100) p.682, Law of Property Act 1925 Section 137 (3)

247) 真の受益者と受益債権を差し押さえた名目上の受益者の債権者との間の紛争に関する国内事件の例として、大阪高裁判決昭和58年2月16日（判例タイムズ496号110頁）（前掲注188）がある。

は信託準拠法である。信託準拠法が日本法の場合、原告は、信託法3条及び4条の要件に従って信託が成立したこと、及び原告が真の受益者であることを主張立証しなければならない。

この訴訟において、被告は、自分が受益権を善意取得したこと、外観作出法理によって受益権は自己に帰属することなどを抗弁として主張するかもしれない。そこで、受益権の取得に関するこれら抗弁主張の準拠法を決めなければならない。このような取引安全保護の法理に基づく権利の取得に関する法律問題は、対象となる財産が動産や不動産の場合は、通則法13条による財産所在地法によって処理される。そこで、信託受益権のような債権的な権利の帰属に関する法律問題についても同条を類推適用すべきかどうかが問題となる。

この問題を考えるためには、通則法13条の趣旨を確認し、当該趣旨に鑑みて信託受益権に類推適用することが合理的かどうかを検討する必要がある。同条が物権問題の準拠法を目的物所在地法としている理由は、今日では、公益説が最も有力とされている²⁴⁸⁾。これは、物権は、物を直接に支配する権利であるという性質上、所在地における経済、取引、信用等の公益と密接な関係を有する法律関係であるから、公益保護（第三者保護）の見地から、物権は目的物の所在地法によるのでなければ法的規制の実効性を期しえないとする見解である。これによれば、物権の取得、帰属に関する法律問題に関しても、運送中の動産の場合などの例外的な場合があるものの、一般的には、取引安全の見地から、目的物所在地法に準拠すべきことになる。このような根拠は、不動産、動産などの有体物や登記・登録が可能な無体財産について妥当する。しかし、受益権のような登録制度のない無体財産権は、債権に類似する性質を有するので、その所在地という概念自体が元々不明確であり、「受益権の所在地」に結び付けて受益権の譲渡をしたり、担保を受けたりすることは取引上考えられない。そうであるとすれば、取引の安全を根拠として準拠法を定めようとする通則法13条は、債権や受益権の帰属や移転に関する法律問題については機能しないの

248) 山田「国際私法第3版」(前掲注10) 290頁、折茂「国際私法各論(新版)」(前掲注48) 83頁以下

で、類推適用をする根拠がないと考えられる。債権や受益権に関する取引に関与する者にとって最も経済的に関心がある問題は、対象債権や受益権の内容、及びこれに基づいて債務者や受託者に対して権利行使することが可能かどうかという点である。そして、譲渡対象である権利の内容や権利行使の可否を決定しているのは、当該権利の準拠法である。この意味で、債権や受益権の譲受人にとっては、譲渡対象債権や受益権の準拠法が、有体物の売買において物権の内容を決定している財産所在地法に匹敵する。したがって、債権や受益権の帰属に関する法律問題は、通則法13条による財産所在地法ではなく、譲渡対象債権や受益権の準拠法によるのが最も合理的である。国際私法の条文上は、物権準拠法である通則法13条は、法律行為の準拠法に関する通則法7条及び8条に対する例外規定であるから、13条の適用や類推適用の余地がない場合は、原則に戻り、通則法7条及び8条によって準拠法を決定されると解釈することができる²⁴⁹⁾。

この結果、信託準拠法が日本法であることが決定された場合、被告の主張は、民法192条や94条2項の類推適用が可能かどうかという法律問題になる。他方、信託準拠法がイギリス法の場合は、衡平法上の禁反言その他無権利者からの債権譲受人保護に関する制度の適用の可否という法律問題となる²⁵⁰⁾。

(iv) 受益権譲受人の受託者に対する受益権に基づく請求

受益権の譲受人が受託者に対して、受託者の立場で受益権に基づく請求をし

249) 通則法23条は、「債務者その他の第三者に対する効力は、譲渡に係る債権について適用すべき法による」と規定しているので、文言上、この「第三者」に債権の帰属に関する全ての紛争当事者を含むとする解釈方法も考えられる。しかし、通則法23条の「第三者」は、その制度趣旨、沿革及び比較法的な見地から、いわゆる第三者対抗要件の問題が生ずる場合の法律問題の準拠法決定基準と解し、むやみに拡大解釈しない方が合理的である（小出「新しい国際私法」（前掲注145）124頁）。

250) Hudson “Equity and Trusts”（前掲注4）489頁以下、Thomas & Hudson（前掲注4）pp.177-180

251) この類型の紛争に当たる国内事件の例として、東京地裁判決平成14年1月30日（金融法務事情1663号89頁）。

た場合²⁵¹⁾、当該請求権の法的性質は信託なので、訴訟物準拠法は信託準拠法である。信託の成立要件や受益権に基づく請求の可否や要件に関する法律問題は信託準拠法に基づいて判断される。また、原告に受益権が帰属することの立証のため、原告は、受益権譲渡契約の成立を主張立証する必要があるが、これは先決問題として、受益権譲渡契約の準拠法によって判断される²⁵²⁾。

この訴訟において、原告が受益権を譲り受けたことを被告（受託者）に対抗できるかどうかや原告に優先する二重譲受人が存在することなどが争点となった場合、これは債権譲渡の債務者その他第三者に対する効力の問題なので、通則法23条によって決定された準拠法、すなわち、信託準拠法によることとなる。信託準拠法が日本法の場合は、信託法94条2項により、確定日付ある通知又は承諾があったかどうかの問題、イギリス法の場合は、譲渡人又は譲受人から受託者に対する書面による通知があったかどうかの問題となる²⁵³⁾。

被告（受託者）が受益権譲渡人に対抗できた抗弁を原告に主張できるかどうかの問題も、通則法23条により信託準拠法による。信託準拠法が日本法の場合は、信託法95条により、譲渡人の受託者に対する通知又は受託者の承諾前に生じた事由による抗弁かどうかの問題となる。イギリス法の場合、受託者が当該信託に基づいて受益権譲渡人に主張できた抗弁は、通知の有無にかかわらず、譲受人にも主張できる²⁵⁴⁾。

252) Warner Bros. Records Inc. v Rollgreen Ltd [1976] QB 430, Dearle v Hall (1828) 3 Russ. 1, Mutual Life Assurance Society v Langley (1886) 32 Ch D 460, Ellerman Lines Ltd v Lancaster Maritime Co Ltd [1980] 2 Lloyd's Rep 497, Law of Property Act 1925 Section 137 (3), Treitel (前掲注104) pp.681-682

253) 債権譲渡契約の準拠法がイギリス法の場合、譲渡人と譲受人の間では契約成立の一般的要件である約因の要否及び有無が法律問題となるが(2. 4. 3 (2)(i) 参照)、譲受人から支払請求を受けた債務者は、債権譲渡契約において約因の提供がないことを主張して支払を拒絶することができないと解されている(Treitel (前掲注100) pp.682)。

254) Graham v Johnson (1869) LR 8 Eq 36, William Pickersgill & Sons Ltd v London & Provincial Marine, etc., Insurance Co Ltd [1912] 3 KB 614, Treitel (前掲注100) pp.689

2. 6. 4 受益権の質権者による質権の実行

受益権が質入れされた場合、質権者が、質権を実行して、受託者に対して受益債権や受益権取得請求権に基づく金銭の給付を請求する可能性がある²⁵⁵⁾。この訴訟物は受益権に基づく請求権なので、請求の可否は信託準拠法によるべき問題となる。この訴訟において、原告は、信託準拠法が定める要件に従って、原告が信託受益権に対する質権者であることを主張立証しなければならない。そこで、信託受益権に対する質権の成立に関する法律問題の準拠法決定が必要となる。これは質権の準拠法によるべき問題である。上記のとおり、受益権は、取引安全の側面においては債権に近い性質を有しているので、受益権の質入は、債権質の準拠法決定と同じ基準で考えるべきである。

(1) 権利質の効力の準拠法決定基準

通則法は13条により動産又は不動産に関する物権は、その目的物の所在地法によるべき旨を定めている。債権質は、動産や不動産に関する物権ではなく、債権に対する物権なので、通則法13条の適用ないし類推適用をすべきか否かの検討が必要である。これについて、最高裁は、債権質に適用されるべき法律は、客体たる債権自体の準拠法によるべきであると判示している²⁵⁶⁾。その根拠は、「権利質は物権に属するが、その目的物が財産権そのものであって有体物ではないため、直接その目的物の所在を問うことが不可能であり、反面、権利質はその客体たる権利を支配し、その運命に直接影響を与えるものであるから」としている。学説は、この判例に賛成する見解²⁵⁷⁾とこれに反対し、債権譲渡に

255) この類型に当たる紛争に関する国内事件の例として、東京地裁判決昭和56年1月29日（下民集32巻1—4号1頁、判例時報1011号73頁）、大審院判決昭和7年1月22日（大審院民事判例集11巻41頁）、大審院判決昭和8年3月14日（大審院民事判例集12巻350頁）など。

256) 最判昭和53年4月20日（民集32巻3号616頁、判例時報890号83頁）

257) 野村高明「国際私法判例百選（新法対応補正版）」55頁、櫻田「国際私法（第5版）」（前掲注51）192頁、山田「国際私法第3版」（前掲注10）296頁。以上の判例通説に対し、債権質を物権と解して目的物の所在地法によらしめる説もある（泉哲「国際私法講義」240頁、遠藤登喜夫「国際私法」193頁）。

準じて取り扱うべきであるとする見解²⁵⁸⁾とに分れている。

債権質の準拠法を通則法13条によるべきかどうかの問題は、通則法13条の趣旨に照らし、同条を適用するのが妥当かどうかという観点から検討すべきである。通説によれば、通則法13条が、物権問題の準拠法を目的物所在地法としているのは、公益保護、すなわち、取引の安全の見地から、物権は目的物の所在地法によるのでなければ法的規制の実効性を期しえないからである²⁵⁹⁾。そうであるとすれば、債権や受益権に対して設定する物権の場合は、その所在地という曖昧な概念と結び付けてこれを担保に受けたりすることは取引上考えられないので、取引の安全を根拠とする通則法13条を類推適用するのは、根拠がないと考えられる(上記2. 6. 3 (2) (iii) 参照)。債権や受益権を担保として受け入れようとする者にとって、最大の関心事は、質権設定の対象となる権利(受益権や債権)の内容や権利実現の可能性であり、これらは当該権利の準拠法に従って決定される問題である。よって、通則法13条の適用や類推適用の余地がない権利質の設定や効力に関する法律問題は、原則に戻り、通則法7条及び8条によって準拠法を決定するべきである。以上の理由で、権利質の成立や効力は、そのような質権の対象となっている権利の準拠法に従うべきである。ただし、このことは、権利質の成立や効力に関する全ての法律問題が質権の対象である権利の準拠法によるべきことを意味するわけではない。たとえば、当該準拠法に基づく質権成立の要件の1つとして、質権設定者と質権者との間で質権設定の合意をしたことが必要とされている場合、この要件に関する法律問題は、通則法7条により、質権設定の合意をした当事者が指定した法に従うべきであり、また明示的な指定がないときは、通則法8条により決定した準拠法によるべきである。

258) 岡本善八「涉外判例百選<増補版>」238頁、道垣内正人「涉外判例百選<第3版>」109頁、早田芳郎「昭和53年重要判例解説」(ジュリスト693号)271頁、溜池良夫「国際私法講義(第3版)」(前掲注17)337頁

259) 山田「国際私法第3版」(前掲注10)290頁、折茂「国際私法各論(新版)」(前掲注48)83頁以下

（2）信託受益権に対する質権に基づく請求権の準拠法の決定と適用

以上の理由により、受益権の質入れによる質権の成立やこれに基づく請求の可否は、信託受益権の準拠法（信託準拠法）に従って判断すべきである。

信託準拠法が日本法の場合は、権利質に関する民法362条以下の規定及び受益権の質入れに関する信託法96条以下の規定が適用される。日本法上、原告は、質権の成立の請求原因事実として、(i) 被担保債権の発生原因事実、及び(ii) 質権設定者と質権者との間における当該被担保債権のために質権設定の合意をした事実を主張立証しなければならない²⁶⁰。このうち、(i) に関する法律問題は、当該被担保債権の準拠法によるべき問題、(ii) については、質権設定者と質権者との間における質権設定契約の準拠法の問題である。これらは信託準拠法の送致範囲外の先決問題なので、通則法7条及び8条により、それぞれ、被担保債権に関する契約、質権設定契約の当事者の合意又は合理的意思の推定によって決定される。

他方、担保権設定の準拠法がイギリス法の場合は、イギリス法上のチャージ、モーゲージなどの担保権が設定されているかどうかを判断することになる²⁶¹。この訴訟において、信託受益権に対する質権設定の可否の問題が争われたとき、この法律問題は、信託準拠法の送致範囲内の問題として、信託準拠法によって解決される。信託準拠法が日本法の場合は、信託法96条以下が適用される。また、質権の対抗要件が問題となった場合は、日本の民法上、権利質の対抗要件の問題が債権譲渡の対抗要件と同じ扱いをされていることに鑑み（民法364条）、通則法23条を類推適用すべきである。したがって、受益権の準拠法（信託準拠法）が日本法の場合、債務者その他第三者に対する効力の問題には、信託法94条が類推適用されることになる。

260) 岡口基一「要件事実マニュアル上第2版」（前掲注242）249頁

261) Hudson “Equity and Trusts”（前掲注4）pp. 819-821

結語

本稿は、国際信託に関する研究の土台とするため、信託準拠法をめぐる法律問題が生じうる様々な場面をできるだけ網羅的に提示し、訴訟における要件事実整理の手法を用いながら、それぞれの法律問題の準拠法を検討し、現時点における私見を一通りまとめたものである。今後のわが国における信託準拠法をめぐる議論へ何らかの示唆を与えるものとなれば幸いである。