

外国法適用制度総論(1)

担当 横溝 大

一 はじめにー外国法適用制度の性質と方法

(1) 外国法適用制度の性質

- ・ 外国法適用制度には、間接性・抽象性・双方性という三つの性質がある。
- ・ ①**間接性**: 実質法がある法的問題に直接答えを与えるのに対し、外国法適用制度は、ある法的問題に答えを与えるのがどの国の実質法なのかを指定するに止まる。→「法のための法」、間接規範¹。
- ・ ②**抽象性**: 外国法適用制度は、ある法律関係を、その法律関係の「本拠」(Sitz: サヴィニー)等特徴に着目して抽象的にある場所に位置づけることで準拠法を選択する。→実際に適用され得る法の内容(例えば責任の推定の有無、時効期間)や目的(例えば消費者・労働者保護といった弱者保護、嫡出親子関係の保護、事故の犠牲者の保護)は準拠法を選択する際に考慮しない(但し、近時では、このような抽象性は失われつつある。選択的連結や、労働契約・消費者契約の特則。→一定の実質法的価値判断を体現している〔契約・婚姻・遺言の成立の容易化、子の保護、扶養を受ける者の保護等〕。「抵触法的実質規定」)。
- ・ ③**双方性**: 外国法適用制度では、準拠法として選択する場合に日本法と外国法とを区別しない。→双方性←サヴィニーの採用した国家から切り離された私法という前提。内外国法の平等という理念(但し、日本(人)に関し一定の留保をつける規定も。通則法 22 条 1 項 2 項、24 条 3 項、26 条 3 項、27 条但書等。←日本の公序的発想の反映)。

(2) 外国法適用制度の方法

- ・ 法的問題を、単位法律関係毎に区分。夫々の単位法律関係の特徴となる要素(連結素・連結点)を用いて準拠法を決定。
- ・ どのような単位法律関係が必要なのか。→同じ連結素を用いて準拠法を選択することが適切と考えられる法律関係が一つの単位法律関係を形成²。要は異なる連結素の数に関する(立法技術上は区別して条文を置くことも可能だが、理論上は不用。相続と遺言等)
- ・ どのような連結素を用いて準拠法を選択するのか。→相続制、夫婦財産制、契約、不法行為といったいわゆる法制度と言われるような一定の関連する事項領域³毎に設定(制度としての

¹ この性質を踏まえ、折茂豊『国際私法講話』(有斐閣・1978 年)9 頁以下は、国際私法(ここでいう外国法適用制度)を「百貨店の案内所のようなもの」と述べている。

² 池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣・1973 年)87 頁は、「抵触規定にあつては、準拠法を指定するという目的からみて同視できる関係については、実質法上におけるように細かく事項を分けることなく、包括的な法律概念を用いて一括して規定しているのが普通である」とする。

³ ここで「用いられている法律概念(指定概念)も、実質私法上で用いられている概念を借用しているが、その意味内容は実質法上で理解されているところと必ずしも同じではない」。池原・同上。

統一性)。→類型的利益衡量により連結素を決定(本国、常居所、目的物所在地、結果発生地、当事者選択地等)。

- ・ 具体的には、主体、客体、法律関係の基となる事実や行為に着目して準拠法選択規則が設定されている。
- ・ 尚、近時連結方法は多様化しつつある(段階的連結→最密接関連法適用という理念に基づく若干の柔軟化。累積的連結→公序・実質法的配慮。選択的連結→実質法的配慮)
- ・ 準拠法選択規則は強行法規であるから裁判所には職権で適用する義務があるというのが通説。

二 性質決定と送致範囲

(1) 問題の所在

- ・ 各国法秩序において、「契約」「不法行為」「物権」「婚姻」「相続」等の法律概念はそれぞれ異なり、各概念が対象とする法的問題の範囲もまたそれぞれ異なる。
- ・ ある法的問題が如何なる(単位)法律関係に該当するのかをどのように決定するのか。→性質決定。
- ・ また、ある単位法律関係に関する準拠法選択規則を通じてある法秩序が選択された場合、当該法秩序の如何なる法規範が適用されるのか。→送致範囲。

(2) 性質決定

① 性質決定の方法

- ・ 従来は、実質法を類推する立場もあったが(法廷地実質法、準拠実質法)⁴、現在は、法廷地抵触法独自説が主流:実質法に引きずられることなく、我が国抵触法独自の立場から、単位法律関係を決定。
- ・ 比較法的アプローチ:各国の実質法の比較から、法律関係の共通した根本部分の抽出を目指す。→挫折。
- ・ 各準拠法選択規則の趣旨・目的(連結政策)からそれぞれの規則が対象とする法的問題を確定するという考え方が現在では主流⁵。

② 具体的問題

- ・ 最初に問題とすべきは、ある法的問題が実体問題か手続問題か。実体問題→通則法等の準拠法選択規則、手続問題→「手続は法廷地法によるの原則」:法廷地法←手続法の公権力性(例:債権の消滅時効、立証責任等)。

⁴ 詳細につき、Werner Goldschmidt, “Système du droit international privé”, *Rev. crit.* 1956.21, at 29-36. 法廷地実質法を抵触法上特別視する理由はなく、また、準拠実質法説は循環論法に陥るとして退けられた。

⁵ この考え方が適用問題に及ぼす影響につき後述。

- ・ 実体問題において従来しばしば議論されたのは、離婚に伴う未成年子の親権者指定(27条か32条か)⁶、所謂契約締結上の詐欺や過失(7条か17条か)⁷。

【裁判例】 最判平成6年3月8日民集48巻3号835頁

【事実】

- ・ 法例10条[現行法13条](日本法)と25条[36条](中華民国法)との間の性質決定が問題となった事例。
- ・ 日本に不動産を所有していたA(中華民国)死亡→この不動産につき、中華民国法による相続開始。
- ・ X1・X2(Aの子)は、Aの死亡により同不動産につき各16分の1の持分を取得。
- ・ B(Aの妻)、昭和60年6月15日、X1らの親権者として右相続に係る持分の全部を2000万円でYに売却。持分移転登記。
- ・ X1・X2、本件売買契約の無効を主張して右移転登記の抹消登記手続を請求(←中華民国法上、遺産分割前の相続財産については、その持分の処分は出来ない)。
- ・ 一審請求棄却。原審も矢張り棄却:東京高判平成2年6月28日

「本件においては、本件不動産の相続人による承継が直接問題とされているのではなく、相続人に承継された本件不動産の持分を第三者に処分した行為の効力が問題とされている。相続に関する準拠法により不動産を共同相続した相続人が、分割前に他の共同相続人の承諾なく、当該不動産に対する自己の持分のみを有効に処分できるか否かは、共同相続人相互間の関係に関する問題であるとともに、不動産に関する物権の得喪を目的とする法律行為の効力問題の一環として判断される事柄である。そこでは、相続関係者の立場にとどまらず、取引の安全すなわち第三者の利益の保護が考慮されなければならない。相続財産の取引であることから、相続問題にあたるとして、相続関係者の内部的法律関係を規律することを主眼とした法例25条[通則法36条]を適用することは、右の要請に応えうるものではない。

ところで、法例10条[通則法13条]は、物権問題については、目的物の所在地法によると定める。その根拠は、物権関係はもともと物の直接的・物質的利用に関する権利関係であるから、それに対しては目的物の現実的所在地の法を適用するのが自然であり、これにより権利関係の目的を最も円滑かつ確実に達成できること、また、物権はもともと物に対する排他的支配たる本質をもつものであるから、第三者の利害関係に影響を及ぼすことが極めて大きく、第三者の利益を保護するという要請は、目的物の現実的所在地の法を適用するときに最も簡単かつ確実に満足せしめられること、以上の2点にあると解されている。

法例25条[通則法36条]が適用される相続問題の範囲は、…相続関係の内部問題であり、

⁶ 例えば、東京地判平成2年11月28日判時1384号71頁。

⁷ 東京地判昭和60年7月30日判時1170号95頁、東京高判昭和62年3月17日判時1232号110頁。

他方、法例 10 条〔通則法 13 条〕が物権問題については所在地法によると定めている右の趣旨を考えると、本件のように相続財産が第三者に処分された場合の効力が問題とされているときには、前提となる相続人の処分権の有無も含めて全体が物権問題に該当するものとして、法例 25 条〔通則法 36 条〕ではなく、法例 10 条〔通則法 13 条〕が適用されるものと解するのが相当である。「本件不動産の所在地法である日本民法の規定により、相続人は、他の共同相続人の承諾を要せず各自の相続持分を売買することが出来るのであるから、本件売買契約は有効というべきである」

→各準拠法選択規則の趣旨・目的から法的问题の性質決定を行っている好例。但し、相続人の処分権の有無についての判断は最高裁で以下のように否定されている⁸。

【判旨】 上告棄却。

「本件においては、A の相続人である X1 らが、その相続に係る持分について、第三者である Y に対してした処分に権利移転（物権変動）の効果が生ずるかどうかが問題となっているのであるから、右の問題に適用されるべき法律は、法例 10 条 2 項〔通則法 13 条〕により、その原因である事実の完成した当時における目的物の所在地法、すなわち本件不動産の所在地法である日本法というべきである。もともと、その前提として、X1 らが共同相続した本件不動産に係る法律関係がどうなるか（それが共有になるかどうか）、X1 が遺産分割前に相続に係る本件不動産の持分を処分することができるかどうかなどは、相続の効果に関するものとして、法例 25 条〔通則法 36 条〕により、A（被相続人）の出身地に施行されている民法によるべきである」

- ・ 相続人の権利形態や処分権（さらに相続財産管理人の有無やその権限）の問題は、相続の本質的な性質と言える（国際倒産における管財人の管理処分権と同様）。→最高裁の一般的枠組は評価出来るのでは。

(3) 送致範囲

① 問題の所在

- ・ 準拠法選択規則による特定の外国法秩序の選択の意味をどのように理解するのか：法規の選択か、法秩序の選択か⁹。
- ・ ①法規の選択：我が国裁判所で問題となっている法的问题に関し適切な解決を齎すために、外国法秩序の抽象的観点を借用。→法的问题、又は、単位法律関係¹⁰を規律する実質法規

⁸ 最高裁判決については、秋葉準一〔判批〕ジュリ平成 6 年度重要判例解説 258 頁、森田博志・ジュリ 1071 号(1995 年)146 頁、早川眞一郎〔判批〕法教 168 号(1994 年)154 頁等を参照。

⁹ 尚、以下の立場では外国法自体の把握の仕方もそもそも異なる。前者が外的観点から外国法規範を事実的・制度的に把握するのに対し、後者は外国主権者の命令として外国法を一体的に不可分なものとして把握する。両者の相違につき、Goldschmidt, *supra* note (4), at 22-27.

¹⁰ 両者の違いにつき後述。

のみが我が国裁判所で適用の対象となる。

- ・ ②法秩序の選択: 我が国で問題となっている法的問題(乃至紛争)に関し立法管轄を有するのは如何なる国かを決定。→当該外国法秩序が問題となる法的問題を規律するのと同様に我が国でも処理すべき。→外国法秩序の法規範を総体として適用。その中には当該外国法秩序の抵触法も含まれる(総括指定)。
- ・ 抵触法が国際法である(乃至あるべき)と考えられていた時期においては、抵触法は、国際的観点から法的問題に関する各国の立法管轄を配分するものとして理解されていた(②の立場)。→外国裁判所が処理するように我が国裁判所も処理すべき。→先決問題・反致。
- ・ だが、抵触法が国内法であることが当然の前提となった現在では、①の立場が採用されるべき。→但し、適応問題については、さらなる検討が必要(規律の対象を法的問題とみるか法律関係とみるか)。

② 法秩序の選択という発想から導かれる従来の議論—先決問題・反致

- ・ 外国裁判所が処理するように我が国裁判所も処理すべきということになれば、ある法的問題(乃至紛争)が当該外国の抵触法でどのように処理されるかを考慮する必要が生じることになる。
- ・ **先決問題:** 例) 相続の前提となる婚姻又は親子関係の成立→これを判断する準拠法は? 本問題である相続準拠法(フランス)の抵触法に依ることになる(本問題準拠法説)¹¹。
- ・ だが、我が国裁判所で問題となっている法的問題に関し適切な解決を齎すために、外国法秩序の抽象的観点を借用するという法規の選択という立場に立てば、外国抵触法による処理を考慮する必要はないことになる。寧ろ、請求の立て方、紛争の生じ方如何で適用される準拠法が異なり得るという結果が生じるのは問題。→法廷地国際私法説(先決問題の否定)。

【裁判例】 最判平成 12 年 1 月 27 日民集 54 卷 1 号 1 頁(相続の前提として親子関係の存在が問題となった事例)

「渉外的な法律関係において、ある一つの問題(本問題)を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成

¹¹ 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(2)」国際法外交雑誌 36 卷 7 号(1937 年)619 頁、636 頁。東京地判昭和 50 年 11 月 27 日判時 939 号 37 頁「先決問題の準拠法は、本問題の準拠法の所属国の国際私法により定められる」(特に根拠は示されていない)。尚、所謂**本問題実質法説**(最判平成 12 年 1 月 27 日の一審及び二審判決で採用)は、同様の発想に立ちながら当該外国法秩序の抵触法を考慮していない点で、論理的に不十分な立場と言える。尚、「先決問題の範囲に触れないで、原則として法廷地国際私法によるこの立場を採りながら...、事案の具体的諸事情から国際私法的な利益を比較衡量し、本問題の準拠法所属国の国際私法によることがより望ましい結果を期待できる場合には、例外的にそれによってもできる」という折衷説(山田鏝一『国際私法(新版)』(2003 年)163 頁)は、法規の選択か法秩序の選択かというここでの視角からは説明出来ない。

している場合、その前提問題は、本問題の準拠法によるのでも、本問題の準拠法が所属する国の国際私法が指定する準拠法によるのでもなく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである。

これを本件について見ると、Cの相続に関する準拠法は、旧法例25条により被相続人であるCの本国法である韓国法である。韓国民法1000条1項1号によれば、Cの直系卑属が相続人となるが、相続とは別個の法律関係であるY1らがCの直系卑属であるかどうか、すなわちCとY1らの間に親子関係が成立しているかどうかについての準拠法は、我が国の国際私法により決定することになる。」

- ・ **反致**: 準拠法国の抵触法が指定する国の実質法を我が国においても適用(通則法41条[狭義の反致]、手形法88条1項後段、小切手法76条1項後段[転致])。
- ・ だが、法規の選択という立場からすると、反致も理論的な観点からでは説明出来ない。→政策的観点からは説明可能か(例えば、国際的判決の調和を促進する方法としての反致)。
- ・ だが、反致によっては国際的判決調和は達成出来ない(反致により法廷地と準拠法国の国際的法律関係が一致するのは、準拠法国の外国法適用制度が反致を有しない場合のみ。仮に反致を有していた場合には、堂々巡りの可能性[当該準拠法国の準拠法選択規則により法廷地国が指定される場合]もあれば、連関が果てしなく続く場合もある[第三国が指定される場合])。
- ・ そこで、通則法41条を正当化するには別の根拠が必要になる。→各準拠法選択規則の適用により生じる不都合を補正し抵触法的正義を実現するものとしての反致(例えば、法廷地[或いは転致を認める国にとっては第三国法]が準拠法国に比しより密接な関連を有している場合)¹²。
- ・ 確かに、準拠法選択の柔軟化が進む現在の方向からすれば、上述のような根拠による正当化も肯定されよう¹³。だが、そもそも準拠法選択規則の主たる目的は当事者の予測可能性の確保にあり、このような具体的妥当性の観点から反致を正当化することは疑問。→削除されるべき¹⁴。

¹² 石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』(東大出版会・1980年)177頁以下、木棚照一＝松岡博＝渡部惺之『国際私法概論[第5版]』(有斐閣・2007年)57頁[松岡]。

¹³ 池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣・1973年)212頁は、我が国も含め各国裁判例において、「余りにも概括的で硬直化した抵触規定を修正するために反致が利用される」ことにつき、「反致の濫用」であり、「反致主義のほんらいの効用とは区別しなければならない」とし、また、山田鏝一『国際私法 第3版』(有斐閣・2004年)69頁も、「反致の本来の効用を超えるものであって、一種の反致の濫用ないし誤用というべきであろう」としているが、反致が従来の根拠により正当化出来ない以上、そのような批判は余りにも皮相的であろう。

¹⁴ だが、今回の改正作業においては、尚議論の余地があるものとして反致規定の削除は見送られた。「この点は、法制審議会においても検討課題となり、パブリック・コメントの結果等を踏まえて検討を行いました」が、反致は、国際的に跛行的な法律関係の発生を一定の範囲で防止する機能を有し、在日外国人等の相続等の場面で日本法の適用が適当と思われる場合に結果的にそれを

- ・ そもそも、反致や転致が目指していたところは、当事者の予測可能性の確保にあった(ロシアで婚姻したスイス人の叔父と姪のドイツにおける婚姻関係の継続可能性)。→だとするのであれば、当事者の予測可能性を一定程度で保護するような特則を正面から導入する方が良いのではないか(関連法秩序の抵触法が全て同一の法秩序を指定しているのであれば、我が国の抵触法の指定が異なって当該法秩序で成立していた法律関係を否定するような場合であっても当該法律関係の成立を肯定する等¹⁵⁾。

【参考文献】

- ・ 石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』(東大出版会・1980年)1頁以下(「わが国際私法における本国法主義と例外的事案の救済—準拠法選択の妥当性と国際私法上の反致」)
- ・ Werner Goldschmidt, “Système du droit international privé”, *Rev. crit.* 1955. 639; 1956.21, 223.
- ・ Pierre Mayer, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *Recueil des cours*, Tome 327 (2007), 9.

【外国法の適用】

一 外国法の内容の証明

(1) 問題の所在

- ・ 我が国の裁判官は、必ずしも常に外国法に精通しているわけではない。そこで、訴訟において準拠法として選択された外国法が実務上どのように適用されるべきか、議論となっている。
- ・ 法例の立法趣旨:「法例ノ実質ノ通則ニ載セルヨリハ訴訟法ノ証明法ノ規則ノ方ニ載セル方が便利」。

(2) 立法例

- ・ 大正15年改正前旧民事訴訟法219条:「地方慣習法、商慣習及ヒ規約又ハ外国ノ現行法ハ之ヲ証スヘシ裁判所ハ当事者カ其証明ヲ為スト否トニ拘ハラズ職権ヲ以テ必要ナル取調ヲ為スコトヲ得」→大正15年改正により削除:大した議論なし。但し、219条が削除されても外国法などの一般的でない法規は、まず当事者が証明する義務があるという理解が示されている。

(3) 裁判例

① 最上級審裁判例

- ・ 大審院明治38年10月30日第二民事部判決民録11号1439頁
(「外国の法律は裁判所自ら調査するの権能あるものにして即ち職権調査事項に係る而して又外

可能とするのであって、反致規定の削除は実務の運用に支障を及ぼすとの意見が最終的には大勢を占めたため、改正法では、反致に関する規定を維持したとするのは、小出邦夫編著『一問一答 新しい国際私法』(商事法務・2006年)155頁。

¹⁵⁾ 江川英文「若干の反致論について」法協68巻8号(1951年)803頁、820頁以下参照。

国の現行法は当事者の認否に於て直ちに決すべき事実¹⁶に非ず従て相手方が外国法なりとの主張に対して之を争わざしりして民事訴訟法第 111 条を適用すべきものに非ず」との上告理由に對し)

「原院ハ其外国法ヲ尚ホ調査スルト否トハ其職権内ニ属シ之カ必要ヲ見サル場合ニ於テハ其調査ヲ為ササルコトヲ得ヘシ元來民事訴訟法ニ於テ裁判所ハ外国法ヲモ職権上調査スルコトヲ得ヘキ規定ヲ設ケアルモノハ単ニ裁判所ノ権アルヲ定メタルニ過キスシテ其責務ヲ定メタルモノニ非サレハ原判決ハ上告人所論ノ如キ違法ナル点ナシ」

- ・ **最高裁昭和 56 年 7 月 2 日第 1 小法廷判決民集 35 卷 5 号 881 頁**(大韓国民法の相続分が問題となる)

「次の点は、当裁判所に顯著なところである。」

「大韓民法が適用されるべきところ…X は…23 分の 6 の法定相続分を有するものというべきである」

→職権調査？上告理由に相続分に関する原判決の法令違背が指摘されている(但し、11 分の 3)。前掲大審院判決の枠組において説明出来る。

② 下級審裁判例¹⁶

¹⁶ 下級審裁判例として、「法律行為の成立の当時において朝鮮において現行民法中第三編債権に関する規定、商法中商行為に関する規定と同一の民事法規がそれぞれ制令として施行せられ、又明治四十四年三月法律第三十号に依り貨幣法が同地[大韓民国]に施行せられていたことは当裁判所に顯著な事実」とする奈良地判昭和 26・2・6 下民集 2 卷 2 号 146 頁、大韓民国の「相続がわが国の領有当時のまま旧民法の長子相続制度(家督相続)を用いていることは公知の事実である」とした大阪地判昭和 32・6・28 下民集 8 卷 6 号 1208 頁、「職権をもつて考えるのに」として中華民法を解釈した東京高判昭和 34・9・3 下民集 10 卷 9 号 1860 頁、「本件運送契約の準拠法がカナダ法であることは控訴人の自認するところであるから、同国法において右の責任問題が如何に規定されているかを論外として、直ちに日本商法を適用すべきであるとする控訴人の主張は理由がなく、また右カナダ法の内容を明らかにしない以上、法例第三〇条の適用も問題とならないから、右の理由によつても控訴人の主張を正当化し得ない」とした大阪高判昭和 37 年 4 月 6 日下民集 13 卷 4 号 653 頁、中華民国「戸籍法第二一条には、非婚生子女を認知した者は認知の登記をなすべき旨、同法第四一条には、認知の登記は認知者を以て登記申請義務者とする旨、それぞれ規定があることは当裁判所に顯著である」とする東京高判昭和 43・4・26 判タ 224 号 249 頁、「《証拠略》によれば、この点につき中華人民共和国上海市高级人民法院は、継承権証明書なる証明書を発行して、日本にある乙花子の相続財産(本件土地)について中華人民共和国法(注、不文法)を適用すると、右相続財産はその夫である原告、その子である甲一郎、甲二郎、甲三郎、甲花枝の五名が共同相続することになることを証明していることが認められるから、これからすれば、中華人民共和国には中華人民共和国国民の所有する海外資産の相続につき右と同旨の定め(不文法)があったものと認めるのが相当である」とする東京地判昭和 62・8・28 判時

・ 大阪地判昭和 35 年 4 月 12 日下民集 11 卷 4 号 817 頁

「そこで法例第一条によれば、その債権の成立及び効力については、その原因たる事実の発生した地の法律に依るべきところ、本件填補賠償請求権の発生した地(被告が本件物件を第三者に転売する等本件物件の返還義務の履行を不能ならしめた地)が、何処の地であるかについては、原告の何等主張、立証しないところである。即ち、右地点が日本国内であることについては何等の証明がないのであるから、本件填補賠償請求につき日本法の適用があるとする原告の主張は、その証明を欠くものと言わねばならない。

ところで、或る法律関係につき、適用さるべき準拠法たる特定の国の法律の内容が、如何なる内容であるかは、訴訟当事者の主張立証をまつことなく原則として裁判所が職権を以て調査すべき事項であるが、(即ち、特定の法規の内容は、紛争解決の尺度に過ぎないのであつて、紛争そのものではない。)これに対し、或る法律関係につき適用すべき準拠法が如何なる国の法律であるかは、単に民事紛争解決の尺度の問題であるに止らず、当事者間の紛争の内容そのものであるから、(即ち、本来民事紛争の対象となるべき事項である。)準拠法として特定の国の法規の適用を主張し、その法規の適用により自己に有利な法律効果の発生(請求権の存在)を主張する当事者において、特定の国の法律の適用があることを訴訟上主張、立証する必要があるものと言わなければならない。

従つて、本件填補賠償請求につき、日本法の適用があることを前提とする原告の第二次請求は、その前提事実につき証明がない以上、その余の判断を経ることなく失当として棄却すべきである。」

→外国法の内容の確定は職権調査事項(但し傍論)。

・ 福岡地裁小倉支部昭和 37 年 1 月 22 日判決下民集 13 卷 1 号 64 頁

「ところで前述の如く達城一三は大韓民国の国民であつて、しかも右契約当時においては満二十年未滿のものであるから、若し同国の法令にして、我民法の定める如く、満二十年未滿のものを未成年者としてその法律行為能力を制限しているものであるならばその制限の限度はどうであるのか、また父若しくは母においてその法定代理人として代理行為をなし得るとすれば、これが行使は単独によりなし得るのかまたは共同してのみこれをなし得るのかにつき、その法規は当裁判所において顕著でなく、従つて右の点については原告において自ら主張立証すべき責あるものであるのみならず、更に本件建物についての売買契約当事者に関しても、達城一三本人においてこれをしたのか、またはその任意代理人若しくは法定代理人においてこれをしたのかについての原告の主張如何によつて、被告側の防禦方法も自ら異り、且つ、右がその本国法により有効である

1278 号 97 頁も、何らかの位置づけをすることが可能と思われなくてもないものの、矢張りこの点につき一定の明確な立場を示すものとは言い難い。

か否かも判断の対象となるものである以上原告が若し本件売買契約につき代理人による契約締結の事実についても判断を求めるものであるならば、自ら進んでかかる点につきその主張並に立証を尽すべき責あるものというべきである。しかるに以上の諸点につき何らの主張立証を見ない本件にあつては本件建物の売買契約に関する原告の前記主張は、これを達城一三本人が売主として右契約を締結したとの主張以上に出でないものと解せざるを得ず、右主張にかかる事実はこれを証拠上認定出来ないことは前記説示のとおりである。」

→外国法の内容につき、(裁判所に「顕著」でない場合)当事者に主張立証の責任があるとする。大審院判決の枠組に依拠しているように思われる。

・ **大阪地判昭和 38 年 4 月 13 日家月 15 卷 11 号 115 頁**

中華民国「の離婚法が原告主張のとおりであることは被告も争わないので、同国には実定法として原告主張どおり離婚法規が存するものと認定できる、これに反する証拠はない。」

・ **東京地判昭和 52 年 5 月 30 日判時 880 号 79 頁**

「債権譲渡につき対抗要件を充足するためには、英国法においても譲渡人がこれを債務者に通知し又は債務者の承諾が必要である(この点は当事者間に争いが無い。)」

→外国法の内容確定につき、一義的には当事者の主張立証に依らしめている。但し、裁判所の職権を否定する趣旨とまでは解し得ない(矢張り大審院判決の枠組から出ていない)。

・ **札幌地判昭和 59 年 6 月 26 日判時 1140 号 123 頁**

「ジンバブエ法の内容は、原告及び被告双方の努力によつても明らかにすることができず(特に、被告訴訟代理人は、弁護士法二三条の二に基づき札幌弁護士会に対し、昭和五七年一〇月五日、ジンバブエ大使館からジンバブエ法の内容の報告を求めるべく照会の申出をし、これを受けて札幌弁護士会は、同大使館に対し、報告を求めたが、現在に至るもその報告を受けていない)、当裁判所の職権による調査によつて、一九四三年(昭和一八年)のローデシア婚姻訴訟法(以下「一九四三年法」という。)及び一九七四年(昭和四九年)の同法の一部改正法(以下「一九七四年一部改正法」という。)の内容を知るに至り、これらの成文法が現在までジンバブエにおいて効力を有していることが判明したが、一九四三年法は、離婚の要件、効力、手続等の全般を規定したのではなく、特に離婚の要件については、一九四三年当時離婚原因とされていた事由に追加すべき事由を定めたものにすぎないものであるところ、一九四三年当時離婚原因とされていた事由については、当裁判所もこれを明確にすることができず、近い将来明確にすることも期待し

得ない状況にある。すなわち、本件離婚の準拠法の内容は、断片的に判明している部分はあるものの、その正確な全体像は判明しないものといわざるを得ない。

このような場合には、判明しているジンバブエ法の内容を手がかりにしつつ、不明な部分を条理によつて補い、本件離婚請求の当否を判断することとするのが相当である。」

→一義的には当事者の主張立証に委ね、必要な場合には裁判官が職権で調査するという大審院判決の枠組に沿ったものと評価出来る。

③ 小括

- ・ 結局、裁判例は、大審院判決以来一貫して、裁判所に顕著な場合は兎も角、基本的には外国法の内容を主張立証する責任が当事者にあるとし、不十分な場合には職権により裁判所がその内容を明らかにすることが出来る(責務ではない)、という態度を示して来たと評価出来る。

(4) 学説及び私見

- ・ 通説:「準拠法の適用は裁判所の職務」「当事者の主張・立証がなくとも裁判所は職権で準拠法を探知し、準拠法の適用につき当事者の一致した陳述すなわち自白があってもそれに拘束されることなく、たとえ準拠法が外国法であってもその内容を正しく把握して適用するように努めねばならない」←外国法も日本法同様法規範であるという前提。
- ・ 外国法を裁判官が適用するのは、實際上困難を極める(法例の無知、外国法を調べることの困難さ)。→「平均的裁判官」の能力という観点から、外国法を事実と見て、外国法の内容を当事者の主張立証に依らしめていこうという主張が民訴法学者からなされている。
- ・ だが、①各国法秩序の存在とその承認を抵触法の前提にするのであれば、外国法も自国法同様事実ではなく法規範であると看做さねばならない筈(理論的側面)。また、②「平均的裁判官」をどのようなものとして設定するかは優れて法政策的な問題。→今後の裁判官の質を向上させるためには、現状を追認するのではなく、職権調査事項とすべきではないか(勿論その場合には、外国法調査の実効性をどのように挙げていくのかという問題が残ることは言うまでもない(例えば研究所の設立など))。その際、(自らの主張を正当化する限度において)一義的に当事者に立証する責任を課しつつ、その上でそれに拘束されることなく裁判所がその内容を主体的に確定するという裁判例の動向は、実効性という点では首肯出来ると思われる。

(5) 付随的問題

- ・ 外国法が不明の場合(前掲札幌地判昭和59年6月26日参照。だが、「不明」の場合とは何か?)。→条理?¹⁷

¹⁷ 終戦後の朝鮮法が不明であるとして条理により判断した事例として、東京高判昭和34年8月

- ・ そもそも、如何なる場合が不明と言えるのかがまず問題。
- ・ 学説においては、「法例の規定から、家族法上の問題について、本国法の内容が不明の場合には常居所地法の適用が、それも明らかでない場合には密接な関係を有する方が考えられる。また、それ以外の場合には諸般の事情を考慮して事案と密接な関係を有する法を選択することが考えられよう。そして、いずれにせよ他の法規範の適用が不可能な場合には、法廷地法の適用が妥当とされよう。」という見解も¹⁸。→根拠は？
- ・ 手続法上の問題。→裁判拒絶が出来ない以上、不明の場合には、何らかの規範を適用するしかない。→段階連結の場合であっても、本来適用されるべき準拠法が適用されない点では同じ。→日本で裁判をする以上、裁判所がそれに基づき高度な判断を下すことが出来る法廷地法に依拠するのが合理的ではないか。

【参考文献】

- ・ 三ヶ月章「外国法の適用と裁判所」沢木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣・1987年）239頁以下。
- ・ 石黒一憲『国際民事紛争処理の深層』（日本評論社・1992年）215頁以下（第6章「外国法の適用と裁判所」）
[外国法の不明]
- ・ 神前禎「準拠外国法の『不明』をめぐって」法協 107 卷 6 号(1990 年)999 頁

8 日判時 227 号 34 頁。その他、神前・1031 頁以下。

¹⁸ 神前・1039 頁以下。