

論 説

国家法体系における外国法の概念について

——憲法と国際私法との役割分担をめぐって——

Zum Begriff eines ausländischen Rechts im nationalen Rechtssystem:

Welche Rolle spielen das Verfassungsrecht und
Internationales Privatrecht untereinander?

山 内 惟 介*

目 次

- I はじめに
- II 外国法の概念
- III 外国法概念の決定主体
- IV 外国法の解釈
- V 結びに代えて

“違った時に違った気分で問題を考えれば、ほかの見方もできる……。”**

I はじめに

1 日本国憲法はわが国における法体系の中核を構成する。このことは、立法や司法に関する基本的政策が日本国憲法（以下、日本国憲法の条文に触れる場合、法令名を省略する。）の各条項に反映されていることを意味する。たとえば、第24条第2項は親族法および相続法に関する中心的政策を表明した規定¹⁾と解されるし、第29条第2項は財産法に関する基本

* 名誉研究所員・中央大学名誉教授

** アルトゥール・ショーペンハウアー著（秋山英夫訳）『随感録』（白水社、1998年）70頁。

1) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集② 憲法Ⅱ〔第

原則を示した規定²⁾とみることができよう。国家がどのような社会規範に法源性を付与すべきかという点は、それが当該国の主体的な意思決定に関わるるところから、どの国でも根本的な立法政策に属する。日本国憲法では、国内法の原則的法源性が第41条に明記され、また「日本国が締結した条約及び確立された国際法規」の付加的法源性³⁾も第98条第2項に規定されている。これに対し、外国法の法源性を示す根拠は、日本国憲法の関連条文を子細に検討してみても、どこにも記されていない⁴⁾。

国際私法分野ではこれまで、「国の唯一の立法機関」たる国会が涉外事件の適用法規に関する法源（「法例」および「法の適用に関する通則法」）を制定していたという歴史的事実に基づいて、「外国法が適用されるのは国際私法がその適用を命じるからである」⁵⁾と説明され、また「外国法が適用されるのは抵触規定がその適用を命ずるからである」⁶⁾と解説されてきた。外国法の法源性については、このほか、「国際私法は、外国法に内国において法たるの効力を与え、裁判所がこれを法として適用する根拠を与える法律である」⁷⁾という記述も見出される⁸⁾。むろん、そこにいう「外

21条～第40条]]（青林書院，1997年）131頁以下，特に134-137頁（中村睦男執筆）他。

- 2) 樋口・佐藤・中村・浦部・前掲書（前注1）235頁以下，特に236-239頁（中村睦男執筆）他。
- 3) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集④ 憲法Ⅳ [第76条～第103条]』（青林書院，2004年）329頁以下，特に341-343頁（佐藤幸治執筆）他。この「付加的」という表現に代えて、「例外的」と説明することも考えられよう。
- 4) 山内惟介「国家法体系における外国法の位置付け——憲法と国際私法との接点を求めて——」比較法雑誌52巻4号3頁以下（以下，山内「外国法の位置付け」として引用）他。
- 5) 江川英文『国際私法（改訂増補）』（有斐閣，1970年）109頁。
- 6) 山田録一『国際私法（第3版）』（有斐閣，2004年）129頁。
- 7) 溜池良夫『国際私法 [第3版]』（有斐閣，2005年）245頁。
- 8) 山内「外国法の位置付け」（前注4）3頁以下他。外国法の適用を認めることが国際礼让として国際法上確立されていると説明されるときは，外国法に法源

「国法」を、準拠法とされた個別の法体系の意味に捉える限り、これらの現象的指摘に誤りはないであろう。それでも、憲法の授權規範性に着目し、憲法から授權されたどの国家機関（国会、内閣、裁判所、会計検査院等）もしかるべき法源のもとでのみ個々の国家行為を成し得るとみると、外国法適用の可否を主体的に判断する権限を憲法規範から授權された国会が、この権限を行使して、法例および法の適用に関する通則法をそれぞれの時期に制定していたことが分かる。しかしながら、これらの説明では、国会が「外国法適用の可否を主体的に判断する権限」を有するという状況を創設する憲法上の根拠如何という先決的論点に対する解答がいまだ示されていないように見える。国会が外国法適用の可否を主体的に判断することができるとする一般的な論拠が実定憲法規範の解釈論として明確に説明されていなければ、いつどのようなやり方で外国法を涉外私法事件に適用することができるかという点（外国法の適用の仕方）に関する立法を国会が行うこともできないはずである。この点に関する立法根拠がしかるべく説明されていなければ、裁判所が、双方向的独立抵触規定（第4条第1項他）を介し、国内法と「対等の資格」⁹⁾で準拠法たる資格を外国法に付与することもできないであろう。

2 外国法適用の可否を主体的に判断する権限が国会に帰属するという理解の成立根拠が憲法上説明されていなければならない¹⁰⁾とみるのは、上記のように、日本国憲法の立法者が典型的法源たる国内立法に加え、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規」の付加的法源性を憲法規範中に明示していることとの対比において、憲法上、外国法を適用する根拠の説明を不要とする見方が著しくバランスを欠くと考えられることによる。特定の社会規範に法源性を付与するという国家行為の主体と客体が法律上明確に区別されなければならないという点については、およそ異論の

性を付与する憲法上の根拠として第98条第2項が挙げられることであろう。

9) 折茂豊『国際私法講話』（有斐閣、1978年）56頁。

10) 山内「外国法の位置付け」（前注4）3頁以下。

余地がないであろう。このことは、外国法に対して一般的な法源性を認めるか否かという判断行為（権限）に着目していえば、一方の、そうした授権行為を行う主体（文法上の主語、憲法の立法者、外国法への抽象的法源性付与の決定主体を決める外部的判断主体）と、他方の、そうした権限を付与される名宛人（文法上の間接目的語、国会、通常の立法者、外国法の法源性の有無を具体的に定める決定主体たる地位を憲法によって付与される客体）、これらが国家組織法上明確に異なることを意味する¹¹⁾。また、個別涉外私法事件の側から眺めてみると、「裁判を受ける権利」（第32条）にいう「裁判」は「司法権の作用としての裁判であって、……法令を適用することによって解決しうべき権利義務に関する当事者間の具体的紛争が存し訴えられた場合に、その権利義務の存否を確定する作用」¹²⁾と定義されているうえ、「法令を適用する」という表現を挟んで、「裁判」という言葉に準拠外国法の適用も含まれている。このようにみると、外国法に法源性を付与する国家行為の全構成要素（主語、直接目的語および間接目的語）が実定憲法解釈論のレベルで明らかにされていなければならないこととなろう。

3 このような理解のもとに、前稿¹³⁾では、外国法に法源性を付与する旨を定めた国内法（法例および法の適用に関する通則法）が国会により制定されたという歴史的事実に依拠し、外国法に法源性を付与する主体を国際私法や抵触規定に求めても、それだけでは、外国法が国内で法源性を有

11) 主体と客体との区別は、判断を求める当事者と判断を下す裁判所との対立を念頭に置いた裁判を受ける権利の保障（第32条）という観点のもとでも説明することができるであろう。

12) 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（現代法律学講座5）（青林書院、1995年）612頁。

13) 山内惟介「国際私法と憲法との関係に関する一考察——公序条項の法律要件解釈をめぐる素描的検討——」（法学新報120巻1・2号（長尾一紘教授退職記念号）715頁以下（後に、山内惟介『国際私法の深化と発展』（信山社、2016年）187頁以下に「憲法との対話——外国法の位置付け——」と改題の上、所収）および同「外国法の位置付け」（前注4）1頁以下。

するという事象の説明は完結しておらず、外国法が法源性を有する根拠を最終的には最高規範たる日本国憲法に求める必要性があることを指摘するとともに、実定憲法解釈論レベルでの補足説明の可能性が示された¹⁴⁾。

このような問題意識が幸いにして、国際私法分野のみならず、憲法分野でも受け入れられるとするならば、少なくとも次の諸点が憲法上の論点として正面から検討されなければならないことが分かる。まず、客体論という観点から、憲法は「外国法」という言葉でどのような社会規範を想定していたか（「外国法」の概念、範囲、意味内容、定義）が検討されなければならない。次に、この点と不可分の関係にあるが、主体論という視点において、「外国法」の概念をいつ誰がどのように決定するのかという点が詰められなければならない。さらに、行為論という視角から、国内法の解釈とは必ずしも同列に論じえない外国法の解釈方法について、憲法の立法者は何らかの配慮を加えていたのかという点も無視することはできないであろう。いずれの論点も、それが実定憲法規範の解釈に関わるどころから、その解答はまずもって憲法分野に委ねられなければならない。そのため素材の提供にとどまる以下の論及が両分野の架橋に資することが望まれる。

II 外国法概念

1 国際私法分野では、これまで、双方的独立牴触規定により準拠法として指定される外国法は「自国法——法廷地法——と……いわば対等の資格において」¹⁵⁾適用されるものと考えられてきた。そこには、多文化共生主義のもとに、内外国法を対等のものと位置付ける理解が伏在していたことであろう。こうした認識は、準拠法として指定された外国法をすべてそのまま受け入れ、準拠外国法の適用過程におけるさまざまな不都合（内容

14) 山内「外国法の位置付け」（前注4）3頁以下他。

15) 折茂（前注9）56頁。このことは「内外法平等の原則」と表現されることもある（奥田安弘『国際家族法』（明石書店、2015年）496頁）。

不明な外国法の取扱い，準拠外国法適用結果の不当性への対処等）は法廷地抵触規定の適用過程において個別に処理すれば足りるという説明へと通じよう。これらの不都合を取り除く技法の数々はもっぱら国際私法総論において論じられ，学説の深化や裁判例の増加と相俟って，国際私法学の体系を豊かなものとしてきた。

しかしながら，国際私法分野の伝統的な体系理解に現時点で格別の難点がないことを十分に自覚しながらも，誰が外国法に一般的法源性を付与するのかという点について再考し，憲法の立法者こそが直接的な法源性付与主体であるとみる場合，外国法の規律内容を一切問わないという意味でいわば無制限に広範な概念として外国法を捉えてきた国際私法分野の従来の理解から一旦は離れて，「外国法」概念に一定の限定を付す見方がどのようなものかを確認することが必要となるように思われる。というのは，「外国法」の概念が変更される場合，国際私法総論の体系に関する従前の理解がなお維持され得るか否かが改めて問われかねないからである。以下では，国際私法体系における位置付けを変更する可能性のある4つの主題，すなわち，①未承認国法適用の可否，②準拠外国法の内容不明時の対処法如何，③反致是認の範囲如何，そして，④準拠外国法の適用結果の排除の可否，これらを準拠法の決定および適用の過程に即して順次取り上げ，従来の理解との相違点を確認することとしよう。

2 憲法の立法者が一般的法源性を付与する対象を絞り込む際のひとつの論点は，憲法の立法者は未承認国法に法源性を認めなくてもよいか否かである。この点は，国際私法上，未承認国法の準拠法適格性¹⁶⁾如何という

16) 山田（前注6）75頁以下，溜池（前注7）183頁以下，山内惟介『国際私法』（改訂版）（中央大学通信教育部，2012年）41頁以下，奥田（前注15）42頁以下，櫻田嘉章『国際私法 [第6版]』（有斐閣，2012年）104頁以下，澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門 [第8版]』（有斐閣，2018年）50頁，神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法 [第4版]』（有斐閣，2019年）78頁以下，松岡博編『国際関係私法入門 [第4版]』（有斐閣，2019年）39頁他参照。

テーマで論じられており、朝鮮民主主義人民共和国法が準拠法として指定された実務の先例¹⁷⁾もある。この点に関しては、以下のような解説が参照されよう。

“新しく樹立された国家や政府、あるいは、ある国家による領土取得……は……法律上だけではなく、事実上も法廷地国によって国際法上の承認を受けることができない場合がある。このような国家ないし政府の法が法廷地の国際私法によって準拠法として指定された場合に、そのような法を準拠法として適用することができるか……。……現在においても、わが国では、朝鮮民主主義人民共和国や中華民国（台湾）を承認していないため、これらの国の法律の適用をめぐり問題が生じる。

法律上の承認がなくても事実上の承認があれば準拠法として適用できることについては争いが無い。……法律上の承認ばかりでなく事実上の承認もない場合について……一方では、国際私法上準拠法として指定される外国法は法廷地国によって国際法上承認された国家または政府の法律でなければ準拠法として適用することができないとする見解（消極説）があり、他方、事実上その地域に法律として施行されているものであれば国際法上の承認の有無にかかわらず準拠法として適用することができるという見解（積極説）がある。国際私法を国家の立法主権の抵触を解決する法としてとらえる立場からは、承認のない国の立法主権は認められないので、未承認国家の法は準拠法としての適格性を欠く……。しかし、私法の場所的適用に関する問題を主権の問題と結びつけることには疑問がある。国際私法を当該法律関係の性質上最も適切な場所の法を適用すべき法体系ととらえる立場からみれば、外国法の適用を、承認という政治的、外交的要因に関わらしめる

17) 仙台家裁昭和57年3月16日審判（家裁月報35巻8号149頁、青木清「本国法と分裂国家」（櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 [第2版]』（ジュリスト別冊210号）（有斐閣、2012年）8頁以下）他。

べきではない。實際上国家要件を満たしているような組織により公布され、事実上その地域に法として行われている以上、国際私法上の準拠法として適用できる。現在では積極説が有力になっている。……わが国においては積極説をとる判例がみられるほか、通説も積極説を支持する。”¹⁸⁾

上述のように、国際私法分野では「国際私法をもって各国主権の衝突に関する法であるとみ、したがって、未承認の国家ないし政府の法律は法的には無であるからこれを適用しえないとなす見解」¹⁹⁾（法源性肯定説かつ未承認国法不適用説）や、「国際私法をもって当該生活関係に適用すべき最も適当な法律を指定する法であるとみ、未承認の国家ないし政府の法律であっても、その国において実定性を有するものである限り、国際私法の規定に従って準拠法として指定されるべきであるとなす見解」²⁰⁾（法源性肯定説かつ未承認国法適用説）が主張されてきた。このほか、「国籍を連結点とする場合には未承認国家の法を適用できないが、目的物の所在地のような場所的な連結点による場合には未承認国家の法でも指定できるとする見解」（折衷説）²¹⁾も提示されていた²²⁾。総じて、「法務省の行政解釈は、……近時は、当事者が未承認国に属することが明らかな場合には、その法の適用を認める傾向にある。また、判例・学説は、ほぼ一致して後説を支

18) 木棚照一「未承認国（政府）の法」（国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』（三省堂、2005年）824頁。

19) 山田（前注6）75頁以下他参照。

20) 山田（前注6）75頁以下他参照。

21) 桑田三郎「外国法の正統性について」民商法雑誌34巻3号29（329）頁以下（後に、桑田『国際私法と国際法の交錯』（文久書林、1966年）128頁以下に収録）他参照。

22) 尤も、折衷説に対しては、「二つの場合を区別して取り扱う理由に乏しい」（山田（前注6）76頁）との指摘がある。けれども、この指摘には、折衷説が是認せざるを得ない内容が含まれていないという意味で客観的論拠（比較の第三項）が示されていない。

持している」とされ、未承認国法適用説の優位が広く認められてきた²³⁾。未承認国法の適用を認める「見解が正当である」²⁴⁾とされる理由については、「国家ないし政府の承認は単に外交的、政治的の意味をもつにすぎず、その国にいかなる法律が現実に行われているかということとは全く無関係なことだから」と説明されている。しかし、この理由付けに未承認国法不適用説が認める内容（比較の第三項）が含まれていないという意味で、未承認国法適用説を支える実質的な根拠は示されていない。

未承認国法の準拠法適格性を認めるべきか否かという国際私法上の論点について法務省の行政解釈や学説判例があるということは、この点の直接の判断主体が裁判所、法務省、法律学者等であって、国会ではないことを表している。とはいえ、この説明は国会がこの点について直接に判断してはならないことを意味せず、国会が判断権限を裁判所に委ねたとする別の理解もあり得よう。すなわち、憲法の立法者自身は国家承認（および政府承認）が行われていない国の法を法源から除外すべきか否かに関する直接の判断を回避して、国会に判断権限を与えているが、憲法の立法者がこの点に関する最終的な判断権者であることに変わりはないという理解である。外国法に対して一般的法源性を付与する実定憲法上の根拠如何という視点が国際私法分野で看過されていたとすれば、この論点を国際私法に固有の課題であると解するだけでなく、憲法上の論点とみる余地も生まれよう。この点が憲法上どのように位置付けられるかという点はもちろん憲法学の分野に委ねられなければならない²⁵⁾。

23) 山田（前注6）76頁。

24) 山田（前注6）75頁以下他参照。

25) 憲法規範の解釈としては、憲法の立法者自身が未承認国法に法源性を付与すべきか否かを判断するという主張だけでなく、みずからはこの点の判断を回避して国会の自由裁量に委ねるといった主張も成り立つようにみえるかもしれない。けれども、憲法の立法者が国内法源の中核を成す自国の「立法」について直接に定め、「条約及び確立された国際法規」の法源性をも認めていることと対比してみると、国会における多数派の動向次第で、国内立法上の基本原則と相容れない価値観に基づく外国立法が国内で適用されることにもなりかねない

未承認国法の法源性を否定すべきか否かという点についてはむしろ相反する評価があり得よう。判断基準のひとつは、「承認」という国家行為の主観的範囲（人的範囲）をどうみるかである。行政機関が承認を行っている場合、被承認国に対する関係において、承認行為の効力は、承認国の当の行政機関のみならず、この国の立法機関および司法機関にも当然に及び、すべての国家機関が対外的に一致した態度を採らなければならないとする主張²⁶⁾もあれば、国会、内閣および裁判所が相互に抑制し合うことで権力の濫用を防ぎ、国民の権利と自由を保障する三権分立制度²⁷⁾の存在意義を強調し、行政機関の承認行為は同国の司法機関の判断にまったく影響を与えないという見方もあり得よう。三権分立制度の目的を一国内での権力バランスの維持に限定し、被承認国に対する対外的態度はすべての国家機関を通じて一貫させなければならないという前者の理解（対外的統一必要説）と各機関の対外的姿勢の分裂は許容されるという後者の主張（対外的統一不要説）との対立は、太平洋戦争中の「徴用工」をめぐる日韓両国間での近時の動きによってもすぐに確認することができる²⁸⁾。どの国家機

事態を憲法の立法者が等閑視することはあり得ず、後者を積極的に採用する可能性は乏しいようにみえる。

- 26) この点は、一方で、行政府が承認していない国の法（未承認国法）を司法府が適用してもよいかと、また他方で、行政府が承認していない国の法（未承認国法）の適用の可否を立法府が判断することは許されるかというように言い換えることができる。
- 27) 橋本公巨『日本国憲法』（有斐閣、1980年）96頁以下、長谷部恭男『憲法 第4版』（新世社、2008年）18頁、辻村みよ子『憲法〔第3版〕』（日本評論社、2008年）357-359頁、工藤達朗・畑尻剛・橋本基弘『憲法〔第5版〕』（不磨書房、2014年）237頁以下他参照。
- 28) 大韓民国大法院の新日鉄住金徴用工事件再上告審判決（いわゆる「徴用工裁判」に関する2018年10月30日判決）では、新日本製鉄（現新日鉄住金）に対し韓国人4人へ1人あたり1億ウォン（約1000万円）の損害賠償が命じられた（<https://mainichi.jp/articles/20181030/k00/00e/030/265000c>（2019年5月27日確認）；<https://business.nikkei.com/atcl/report/15/226331/102600202/>（2019年5月27日確認）；新日鉄住金徴用工事件再上告審判決（大法院2018年10月30

国家法体系における外国法概念について

関も憲法の枠内で成立し活動していることを考えれば、国家がいずれの立場を採用すべきかに対する解答はむろん憲法レベルで与えられなければならない。このようにみると、未承認国法を準拠法として適用できるか否かという国際私法上の論点は未承認国法に法源性を付与すべきか否かという憲法上の論点へと転換する余地がある。

3 法源性を制限する第二の視点は、憲法の立法者は内容確定不能な国の法に法源性を認めなくてもよいか否かである。もちろん、準拠外国法所属国に成文規定が欠けていても、当該国の裁判例や学説、さらには法の欠缺を補充する一般原則（条理等）に依拠して、法秩序全体の見地から当該事項の規律内容を確認できる場合は内容確定不能（内容不明）には当たらない。国際私法上、準拠外国法の内容不明²⁹⁾という主題で論じられるこの問題については、以下の解説が参考になろう。

“ある……争点について、準拠法である外国法を適用しても結論を得

日判決) の日本語訳については、<http://justice.skr.jp/koreajudgements/12-5.pdf> (2019年5月27日確認) 他参照)。日本政府と同様に、韓国人徴用工への補償問題を1965年の日韓請求権協定で「解決済み」とする立場を採っていた大韓民国政府の行政判断とこの司法判断とが分裂している状況に直面して、2018年11月1日、自由民主党は日本政府に対し日韓請求権協定に基づく協議や仲裁の速やかな開始を韓国に申し入れるよう求める決議をまとめた。国会における関係閣僚の答弁をみる限り、日本政府も、司法判断と行政判断とは対外的関係において一致していなければならない旨を述べている。行政府の判断と司法部のそれとの一致が必要だとする日本政府の主張を是とする場合、このような統一の態度は立法および司法の次元にも反映されなければならないこととなろう。

29) 山田（前注6）134頁以下、溜池（前注7）248頁以下、横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）89頁以下、山内（前注16）75頁以下、山本和彦「外国法の適用」（櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第2巻』（有斐閣、2011年）350頁以下、特に358頁以下、奥田（前注15）66頁以下、櫻田（前注16）127頁以下、澤木・道垣内（前注16）33頁、神前・早川・元永（前注16）290頁以下、松岡（前注16）57頁以下他参照。

ることができない場合に、当該外国法を不明ということが出来る。それは、大きく二つの場合に分けることができよう。

第1に、外国法について十分な情報を入手することができず、それゆえにその内容を明らかにしえない場合……、当事者が自己の主張を基礎付ける事実を証明しなかった場合と同様に請求棄却等の扱いをすべきであるとの考えもある。しかし、外国法の内容を確知する責務が当事者ではなく裁判所にあることを前提とするかぎり、外国法が不明とされたことに基つて当事者の一方に不利益を課すべきではない。そこで、何らかの代替的規範を適用して紛争を解決すべきであるとされ、代替的規範として法廷地法、条理、近似法、次順位の準拠法などが主張されている。当該外国法を準拠法とした法廷地国際私法の趣旨からすると、条理や近似法により当該外国法と内容的に類似の規範を想定し、それにより裁判を行うことが望ましい……。しかし、当該外国法の内容が当該争点を判断するのに十分なほど明確になったのであれば外国法は不明とはいえないのであり、他方、十分に明確とはいえないにもかかわらず条理や近似法により当該準拠法の内容を推測することは恣意的になるおそれもある。すると外国法が不明とされた場合には、当該外国法による裁判を断念し、むしろあらためて準拠法選択を行い、それによって裁判を行うべきではないかとも考えられる。また、わが国において裁判すべきであるにもかかわらず、関連する外国法の内容がいずれも明らかにならない場合には、最終的には法廷地法を適用せざるをえず、またそうすべきである。ただし、外国法を安易に不明であると断定して法廷地法を適用することは妥当でない。

第2に、当該外国法について十分な情報を得ることができたが、なお当該争点について判断を下しえない場合がある。その争点について明文の規定や最上級審裁判例が存在せず、下級審裁判所の判断が分かれている場合、慰謝料金額の確定のように当該国裁判所の裁量にある程度委ねられている問題を処理する場合等がそれにあたる。これは外国法を正確に適用しようとするれば常に生じうる問題であり、このよう

な場合についても第1の場合と同様に代替的規範によろうとすることは、当該外国法を準拠法として指定した国際私法の趣旨を著しく損なう。したがって、当該外国法上認められうる複数の選択肢の中から、より蓋然性の高いと判断されるものを法廷地裁判所が選択し、それによって裁判を行うべきであろう。”³⁰⁾

国際私法分野ではこのように準拠外国法の内容が判明しない場合の代用法規如何という論点が掲げられ、請求棄却説³¹⁾、法廷地法（国内法）適用説³²⁾、条理説、近似法説、補助連結説等の対処法が示されていた³³⁾。概して、法による正義の実現や準拠法決定段階での最密接関連性の確保など、法の理念を重視する立場では、外国法適用の機会を増やすべく、外国法調査の比重を高める傾向にある。他方、裁判実務の負担軽減を考慮する立場では、法廷地実質法の適用を優先し、外国法調査に要する金銭的・時間的な限界を強調しがちである。いずれを採用するかの判断は、一方における、法や裁判が追求すべき理想の中身と、他方の、司法制度を担う人材の確保や経費負担、国境を超えた支援体制の確立等、諸国の実情認識の内実とをどのように調和させるかの判断内容に応じて、十分に異なり得る。

それでも、一般的法源性付与制度の趣旨からみて、なお留意されるべき点がある。国際私法分野では、裁判所が準拠外国法の内容が不明か否かの決定主体と考えられてきた。それは、個別事件の訴訟物（請求の趣旨および請求原因）の内容次第で法的争点が変わり、準拠法も異なり得るため、内容確定可能か否かを一律に判断できず、現場の判断に委ねざるを得ないと考えられたからである。それでも、涉外裁判例全体を通覧すれば、内容確定の可否が争われた事例は、朝鮮民主主義人民共和国法の適用例など、極端に限られていたことが分かる。この点を考慮すると、憲法の立法者が

30) 神前禎「外国法の不明」（国際法学会編（前注18））126頁。

31) 福岡地裁小倉支部昭和37年1月22日判決、下級民集13巻1号64頁他。

32) 名古屋地裁半田支部昭和27年5月20日判決、下級民集3巻5号676頁他。

33) 山田（前注6）134頁以下他参照。

内容確定不能な外国法は何かを概括的に書き表すことに格別の困難はないとも言い得よう。このような理解が成り立つとすれば、確定不能の外国法を特定し、自国の法源と認めないと判断する機会が憲法の立法者に優先的に与えられてもよいであろう。

今ひとつの留意点は、裁判を受ける権利（第32条）³⁴⁾の内容をいかに実現するかに関わる。憲法上保障されたこの権利は決して抽象的観念ではなく、実現可能な具体的制度でなければならない。実現可能性という概念にはむしろ当事者からみた予見可能性の保障という視点も含まれている。涉外事件の場合、そのことは、国際的裁判管轄権の決定基準や準拠法の決定基準についての予見可能性にとどまらず、準拠外国法の内容やその適用結果の予測可能性も十分に担保されなければならないことを意味しよう。この点を考慮すると、内容不明な外国法の適用は予測不能を意味し、内容確定可能な外国法に限って法源性を付与するという考え方に違和感はないとも言い得る。

以上を総合すると、法の適用に関する通則法が制定された時点において、内容不明の外国法が準拠法として指定されるといった場面を国会が当初から除くことができたと考えることも許されよう。こうみると、内容不明の外国法が準拠法に指定されるときに代用法規如何という国際私法上の論点は、やはり、内容確定不能の外国法に法源性を付与すべきか否かという憲法上の論点へと置き換えられる余地がある。

4 法源性付与の対象となる外国法の総数を減らすことを意図した上の2つの論点と異なり、国内の法源を制限する第三の論点は、憲法の立法者は準拠外国法中の一部の法規に法源性を認めなくてもよいか否かである。国際私法上、反致論³⁵⁾として広く知られたこの技法については、以下の説

34) 橋本（前注27）96頁以下、佐藤（前注12）611-613頁、樋口・佐藤・中村・浦部（前注1）282頁以下（浦部法穂執筆）、長谷部（前注27）305頁、辻村（前注27）282頁および292頁、工藤・畑尻・橋本（前注27）299頁他参照。

35) 山田（前注6）58頁以下、溜池（前注7）147頁以下、横山（前注29）68頁以

明が参考になろう。

“国際私法上の指定は、本来、全実質法秩序の指定であり、抵触法を含まないが、例外的に外国の国際私法を考慮すべき場合がある。反致は、諸国の国際私法が家族関係の準拠法について、本国法主義と住所地法主義に分かれている現状に鑑みて、例外的に外国の国際私法を考慮するものである。……本国法主義を採用する国が反致を認め、住所地法を適用し、住所地法主義を採用する国が反致を否定し、そのまま住所地法を適用するとしたら、いずれの国で裁判がなされても、同一の法が適用され、判決の国際的調和が達成されるはずである。

ところが、スイスのように広く住所地法主義を採用する国も、反致条項を置いているし、また反致を認める範囲は、国により大きく異なる。……通則法41条のように、当事者の本国法によるべき場合にのみ反致を認めるのか、家族法の分野については、すべて反致を認めるのか、さらに財産法の分野を含め、国際私法の全分野について反致を認めるのか、という点で異なる。また外国の国際私法を考慮する範囲も、通則法41条のように、自国法を指定する場合に限定するのか（狭義の反致）、第三国法を指定する場合も含むのか（転致）、外国の反致条項も考慮し、間接反致や二重反致を認めるのか、という点で異なる。したがって、現実には、反致が認められるからといって、判決の国際的調和が達成されるわけではない。通則法41条は、反致を認める立法例のなかでは、これを比較的狭い範囲に限定し……、立法論としては、削除することが望ましい……。ただし、このような立法論を先取りして、通則法41条の適用範囲を不当に狭める解釈をするべきでないことは、当然である。

下、山内（前注16）49頁以下、北澤安紀「第41条 反致」（櫻田・道垣内編（前注29））309頁以下、奥田（前注15）490頁以下、櫻田（前注16）110頁以下、澤木・道垣内（前注16）42頁以下、神前・早川・元永（前注16）60頁以下、松岡（前注16）50頁以下他参照。

なお、狭義の反致により、結局のところ、自国の実質法が適用されるとする自国法志向にもとづき、実務の観点から、反致の廃止に反対する見解が主張されることがある……。しかし、裁判実務上も、外国の国際私法を調査することは、大きな負担であるし、戸籍実務上、外国人について日本法を適用する場合は、本国の証明書によることができないため、かえって負担が増す。たとえば、再婚禁止期間は、多くの国において廃止されているが……外国人同士の婚姻について、婚姻要件具備証明書が添付されている場合も、さらに再婚禁止期間の経過を確認する必要がある。”³⁶⁾

それでは、反致の場合、憲法の立法者により法源性を否定されるのは、準拠外国法中のどのような法規か。この点については、法源性を否定される法規の種類に応じて、別個の検討が必要となる。ここでは、(1)法廷地(A国=日本)独立抵触規定(「本国法」)により準拠法として指定された外国(B国)法上の独立抵触規定(例:「住所地法」)が逆に法廷地実質法を準拠法に指定している場合における \dot{B} 国独立抵触規定、(2)法廷地独立抵触規定により準拠法として指定された外国(B国)の独立抵触規定(例:「婚姻挙行地法」)の法源性を一旦は肯定した上で、B国独立抵触規定が第三国(C国)実質法を準拠法に指定している場合における \dot{B} 国独立抵触規定(ここには、第三国(C国)独立抵触規定(例:「住所地法」)が第四国(D国)実質法を準拠法に指定している場合における \dot{C} 国独立抵触規定の法源性が否定される場合等の派生形式も含まれる)、(3)上の(2)において、第三国(C国)の独立抵触規定(例:「住所地法」)が法廷地実質法を準拠法に指定している場合における \dot{B} 国独立抵触規定または \dot{C} 国独立抵触規定(ここには、第三国(C国)独立抵触規定(例:「住所地法」)により指定された第四国(D国)の独立抵触規定を介して法廷地(A国)実質法が準拠法に指定される場合における \dot{B} 国独立抵触規定、 \dot{C} 国独立

36) 奥田(前注15)490頁以下。

牴触規定およびD国独立牴触規定等の派生形式も含まれる)、(4)法廷地独立牴触規定が外国(B国)法を準拠法として指定するとともに反致規定を有する一方で、B国では、その独立牴触規定(例:「住所地法」)により法廷地実質法(日本法)が準拠法に指定されるとともに反致規定も定められている場合におけるB国の反致規定、これら4つの局面を順次取り上げよう。

(1) 最初の論点は、法廷地(A国=日本)独立牴触規定(「本国法」)により準拠法として指定された外国(B国)法上の独立牴触規定(例:「住所地法」)が逆に法廷地実質法を準拠法に指定している場合におけるB国独立牴触規定の法源性を否定すべきか否かである。独立牴触規定(自主的牴触規定、自足的牴触規定)とは、当該牴触規定だけで、準拠実質法を形式的に確定できる規定をいう。「単位法律関係」と呼ばれる要件部分は当該規定の適用対象を示し、「連結点」と呼ばれる効果部分は準拠法を選択する際の基準を表す。独立牴触規定の機能は、もともと、統一実質法が設けられていない現状から、内容の異なる内外実質法の中から一定のルールに従って特定の国家法(実質法)を当該事項の判断基準として選び出すことにある。この趣旨を考慮すると、上述のように、選択の対象は実質法(よりよくいえば、個々の法律問題の解決基準となる実質規定)以外にはあり得ず(実質法的指定)、独立牴触規定が指定の対象となる余地はない。その前提には、実質法的指定を貫けば、国内裁判所に係属する同種の事件はすべて準拠法決定という点で同様に取り扱われ、その限りで、裁判の国内的調和という理念が達成されるとの読みがあった。抽象化された単位法律関係と最も密接な関係を有する地がどこかという点に関する立法者の政策的評価の結果でもある個々の連結点を尊重するという観点からみると、このような思考は望ましいこととされなければならない。

しかしながら、裁判の国内的調和を重視する立場に固執して、関係諸国の独立牴触規定の内容(単位法律関係および/または連結点)が互いに牴触していても、法廷地の裁判所がそれぞれに自国の独立牴触規定を適用し、その結果、裁判の国際的調和を達成できなくてもよいとする限り、

「法廷地漁り」という病理現象の発生を避けたい。訴訟物を同じくする訴訟が複数の国に係属し、各国の独立牴触規定がともに自国実質法を適用したり(積極的牴触)、互いに相手国の実質法を適用したり(消極的牴触)する状況を避けようとするれば、諸国の独立牴触規定が世界的規模で統一されなければならない。とはいえ、19世紀末から始まったハーグ国際私法会議等による牴触法統一作業の成果は部分的であり、理想はそのまま現実ではない。独立牴触規定の統一が難しいという状況のもとでもなお準拠法の国際的一致(裁判の国際的調和)という理想を追求するために考案されたのが、法廷地独立牴触規定が指定する「本国法」所属国(B国)の独立牴触規定が法廷地実質法を準拠法として指定する場合に限って、法廷地実質法を準拠法として適用するために、B国の実質法を同国の独立牴触規定と読み替えて、B国の独立牴触規定を適用するという解釈技法(牴触法的指定)であった(狭義の反致)。法廷地独立牴触規定により指定された「本国法」所属国(B国)独立牴触規定の法源性の認否という憲法上の論点に即していえば、法源性否定説は、法廷地独立牴触規定により指定された「本国法」所属国(B国)の実質法のみを適用する立場(実質法的指定説、反致否認論)であり、逆に、法源性肯定説は、法廷地独立牴触規定により指定された「本国法」所属国(B国)の実質法から独立牴触規定への読み替えを許容する立場(牴触法的指定説、狭義の反致肯定論)である。

法の適用に関する通則法第41条本文は狭義の反致を、「本国法」が指定される場合に限って、肯定する。このことは、法廷地独立牴触規定により指定された「本国法」所属国(B国)の独立牴触規定の法源性を否定してよいか否かという論点につき、裁判所ではなく、国会が、部分的否定説(牴触法的指定説、狭義の反致肯定論)を採用していたことを意味する。第41条本文前段は、要件を「当事者の本国法によるべき場合において、その国の法に従えば日本法によるべきとき」と定める。最初の要件(「当事者の本国法によるべき場合」)が狭義の反致という技法の事項的適用範囲を示すのに対し、第二の要件(「その国の法に従えば日本法によるべきとき」)はこの技法の採否を決める基準を表している。

もちろん、これらの要件の解釈権限が裁判所に属することに異論はない。それでは、「当事者の本国法によるべき場合において、当事者が国籍を有しないときは、その常居所地法による」（法の適用に関する通則法第38条第2項本文）として当事者の常居所地法が最終的な準拠法とされた事案は第41条の最初の要件（「当事者の本国法によるべき場合」）を満たしているのだろうか。この点については、連結点とされた「当事者の本国法」が常居所地法へと置き換えられた点を重視して狭義の反致の成立を否定する解釈³⁷⁾が示されているが、この主張を支える客観的論拠（比較の第三項）が示されていない点を見ると、連結点決定過程の導入部における「当事者の本国法」という文言に着目し、無国籍者について代替的連結点とされた常居所地法からの狭義の反致を肯定する構成も考えられないわけではない。それは、実定法の解釈は、もともと、解釈者が擁護する社会的利益の実現に適した意味内容を個々の文言に付与する実践的行為にほかならないからである。いずれの利益を尊重すべきかの判断次第で、最初の要件が具備されているか否かの評価も分かれ得る。また、第二の要件（「その国の法に従えば日本法によるべきとき」）についても、当事者の本国法が属する国の独立抵触規定の解釈上、日本の実質法を準拠法とすべきか否かという評価の相違を反映して、連結点たる「住所地法」の解釈上、「住所」が日本に在るか否か（その結果、狭義の反致が成立するか否か）の判断も解釈者の主観により異なり得よう。ここでは、狭義の反致を認めても、重複訴訟係属国の裁判所がどのような解釈を行うかによって、準拠法の一致が達成されるとは限らないという基本的な疑念もなお残されている。

以上を纏めよう。憲法の立法者が自国の立法政策および司法政策に関する権限の行使主体を国会と定め、権限を委譲された国会が同様に権限の行使主体をさらに定めるという授權関係に着目すると、わが国の場合、憲法の立法者が法廷地独立抵触規定により指定された「本国法」所属国（B国）の独立抵触規定の法源性を否定してもよいか否かという論点の判断権限

37) 北澤（前注35）322頁他参照。

は、法の適用に関する通則法第41条の場合、国会と裁判所とに分属しているだけでなく、「当事者の本国法によるべき場合」に限って当該独立抵触規定の法源性を否定し、その余の場合については当該独立抵触規定の法源性を肯定していたという意味において、国会が折衷説を採っていたことが分かる。このようにみると、憲法の立法者がみずからこの点について判断せず、なぜ国会に判断を委ねたのかという立法の背景について改めて検討する余地が生まれよう。現行法の立場を維持すべきか、この点について最終的判断を下すべき立場にあった憲法の立法者がその権限を行使すべきか、そのいずれを優先するかについては、最終決定者たる憲法の立法者(比較の第三項)が判断しなければならないであろう。かくして、立法論として狭義の反致を認めるべきか否かという国際私法上の論点は、憲法の立法者は法廷地独立抵触規定により指定された「本国法」所属国(B国)の独立抵触規定の法源性を否定すべきか否かという憲法上の論点へと移し替えられる可能性がある。

(2) 法の適用に関する通則法第31条第1項第1文によれば、養子縁組の成立につき「縁組の当時における養親となるべき者の本国法による」。この準拠法所属国(B国)の独立抵触規定が「養子の住所地法」を準拠法に指定し、他方、養子の住所地法所属国(C国)の独立抵触規定が「養子縁組締結地法」を指定し、しかも、2つの実質法(B国実質法とC国実質法)の適用結果が異なるとき、養子縁組成立の準拠法は当初の指定によるB国実質法か、それともC国実質法か。さらに、C国の独立抵触規定が「養子縁組と最も密接な関係を有する国の法」として第四国(D国)法を指定し、しかもD国実質法の規律内容とB国およびC国の実質法の規律内容が異なるとき、B国実質法やC国実質法に代えて、D国実質法を準拠法に指定できるか。これらは、国際私法上、**転致**(または**再致**)³⁸⁾とい

38) 国際私法分野では「通則法第41条は、狭義の反致のみを認め、転致を認めていない」(北澤(前注35)327頁)と解されている。溜池良夫「反致」(国際法学会編(前注18))728頁以下、山田(前注6)59頁以下、溜池(前注7)149頁以下、横山(前注29)69頁、山内(前注16)56頁、奥田(前注15)492頁、櫻

う言葉で説明されている（手形法第88条，小切手法第77条）。

転致を認めるか否かは，もとより，法の適用に関する通則法第41条本文が定める第二の要件（「その国の法に従えば日本法によるべきとき」）の解釈問題である。その結論は，法廷地独立牴触規定により指定された準拠法所属国の実質法の適用結果とその他の実質法の適用結果とを対比し，いずれの適用結果を優先させようとするかという裁判所の主観的判断の内容に左右される。第41条本文前段（「その国の法に従えば日本法によるべきとき」）の文言に即していえば，この問題は，「日本法による」という表現を例示とみるべきか，限定と解釈すべきかとなる。憲法規範における外国法概念にどのような規定が包摂されるべきかという観点から眺めると，この点については次のような説明が可能となろう。

まず，①法廷地（A国）独立牴触規定（「本国法」）により準拠法として指定された外国（B国）の独立牴触規定が法廷地独立牴触規定の定める連結点と異なる連結点（例：「婚姻挙行地法」）を採用し，②B国独立牴触規定が第三国（C国）実質法を準拠法に指定している場合において，③法廷地独立牴触規定が指定したB国実質法とB国独立牴触規定が指定したC国実質法が異なる³⁹⁾とき，B国独立牴触規定の法源性を否定する（法廷地独立牴触規定によるB国実質法への指定を優先する）か，それとも，B国独立牴触規定の法源性を肯定する（B国独立牴触規定によるC国実質法への指定を尊重する）か⁴⁰⁾。C国実質法の適用結果を実現しようとする

田（前注16）112頁，澤木・道垣内（前注16）43頁以下，神前・早川・元永（前注16）61頁以下，松岡（前注16）50頁以下他参照。

39) 消滅時効期間の長短，効力の有無等，個々の論点に関する法律効果の相違は往々にして訴訟物に対する評価の相違（例：請求棄却と請求認容）をもたらす余地がある。

40) さらに，B国独立牴触規定によるC国実質法への指定をC国独立牴触規定への指定と読み替えたうえで，第三国（C国）独立牴触規定（例：「住所地法」）が第四国（D国）実質法を準拠法に指定している場合のように転致が繰り返されるときも，外国法上の独立牴触規定（B国独立牴触規定，C国独立牴触規定等）の法源性否定の可否という同種の論点が生じ得る。

ば、B国独立抵触規定によるC国法への準拠法指定を有効と解する必要があり、その前段階として、B国独立抵触規定の法源性を認め、法廷地独立抵触規定の法源性を否定しなければならないであろう。逆に、B国実質法の適用結果を優先しようとするれば、B国独立抵触規定によるC国法への準拠法指定を無効と判定することが不可欠であり、その前提として、B国独立抵触規定の法源性を否定し、法廷地独立抵触規定の法源性を肯定する必要がある。

このことは、転致（再致）が繰り返される再転致（再再致）等の場合にもそのままあてはまる。上記②の要件（B国法上の独立抵触規定が第三国（C国）法を準拠法に指定している）に続けて、④B国独立抵触規定により指定された「婚姻挙行地法」（C国法）上、同国の独立抵触規定がB国の独立抵触規定の定める連結点と異なる連結点（例：「住所地法」）を採用し、⑤C国法上の独立抵触規定がさらに第四国（D国）の実質法を指定している場合において、⑥B国実質法、C国実質法、D国実質法、これらの規律内容およびその適用結果が異なる⁴¹⁾とき、B国実質法、C国実質法、それにD国実質法のいずれの適用を優先すべきかの判断内容に応じて、B国独立抵触規定、C国独立抵触規定等のいずれの法源性を否定するか判断も異なり得る。実務上は、判決主文（結論部分）を導くのに最も適した準拠法（準拠法上の実質規定）が選ばれるのであり、どの独立抵触規定が適用されるかという国際私法上の論点は準拠実質法の解釈結果に従属する。裁判所の判断権限の根拠が最終的に憲法の立法者に還元される以上、上述の狭義の反致の場合と同様、裁判所の解釈に委ねる現行法の理解と憲法の立法者が直接に判断する可能性とを対比したうえで、前者を優先する憲法上の論拠（比較の第三項）の探求へとわれわれは行き着かざるを得ないであろう。

（3）法の適用に関する通則法第41条本文前段（「その国の法に従えば日本法によるべきとき」）の解釈問題には、このほか、「その国の法に従え

41) 前注39参照。

ば」と「日本法によるべきとき」との間に、「直接に」という文言を補うべきか、それとも「間接に」という文言を入れてもよいかという点もある。この問題は、①法廷地（A国＝日本）独立抵触規定（「本国法」）が指定する準拠法所属国（B国）の独立抵触規定が法廷地独立抵触規定のそれとは連結点（例：「住所地法」）を異にし、②B国独立抵触規定が第三国（C国）法を指定するとともに転致を認め、③第三国（C国）の独立抵触規定が連結点の如何を問わず、結果的に法廷地実質法を準拠法に指定している（「日本法による」）場合や、④第三国（C国）の独立抵触規定が準拠法として指定した第四国（D国）の独立抵触規定が法廷地実質法を準拠法に指定している場合（ここには第五国（E国）の独立抵触規定が法廷地（A国）実質法を準拠法に指定する等、さらに指定が繰り返される応用形式も含まれる）に、最後に指定された法廷地実質法を準拠法として適用することを認めるか否かと言い換えることもできよう。国際私法上、間接反致⁴²⁾といわれるこの論点についても全面的肯定説と全面的否定説だけでなく、折衷説（第三国（C国）の独立抵触規定が法廷地（A国）実質法を指定する場合はこれを認めながら、第四国（D国）以降の独立抵触規定が法廷地（A国）実質法を準拠法に指定する場合はこれを否定する等）が登場する余地もある。

ふたたび、実務的関心からみれば、法廷地実質法（日本法）の適用可能性をどの程度認めるべきかに関する解釈者の判断内容に依じて、間接反致を認めるか否かの結論も変わり得よう。法廷地独立抵触規定による外国法への指定の趣旨（立法者意思）を最大限に尊重し、日本法の適用をできる限り抑制しようとするれば、間接反致否認論に傾くことであろう。逆に、日本法の適用可能性を広く確保しようとするると、転致が繰り返される回数如何には拘泥せず、間接反致を広く認めることであろう。いずれの立場を採

42) 山田（前注6）60頁以下、溜池（前注7）150頁、横山（前注29）69頁、山内（前注16）56頁、北澤（前注35）327頁以下、奥田（前注15）492頁、櫻田（前注16）122頁、澤木・道垣内（前注16）44頁、神前・早川・元永（前注16）62頁以下、松岡（前注16）50頁他参照。

るかに応じて、第41条本文が定める第二の要件(「その国の法に従えば日本法によるべきとき」)の解釈に際して「直接に」という文言を補うか、「間接に」という文言を加えるかの評価も大いに異なり得る。

裁判所の判断権限の根拠が最終的に憲法の立法者に還元されることを考慮すると、第三国(C国)独立抵触規定が法廷地実質法を準拠法に指定している場合等において、間接反致を認めるべきか否かという国際私法上の論点は、ここでも、憲法の立法者があらかじめB国独立抵触規定やC国独立抵触規定の法源性を否定すべきか否かという憲法上の論点へと言い換えることができよう。

(4) 一方で、法廷地(A国=日本)独立抵触規定(「本国法」)が外国(B国)法を準拠法として指定するとともに反致規定(法の適用に関する通則法第41条)を定め、他方で、B国では独立抵触規定(例:「住所地法」)により法廷地実質法(日本法)が準拠法に指定されるとともに反致規定も定められている場合、B国独立抵触規定による日本実質法への指定はB国反致規定によって日本の独立抵触規定へと読み替えられることとなる。この場合、準拠法指定の連鎖がエンドレスに続くように見える。B国実質法と法廷地実質法の内容が異なる⁴³⁾ことがここでも前提となるが、限りなき循環論を避けようとするれば、いずれの準拠法指定を優先すべきかという問題を考えざるを得ないであろう。法の適用に関する通則法第41条本文前段(「その国の法に従えば日本法によるべきとき」)の解釈問題としていえば、この問題は、「その国の法」に反致規定を含めるか否かというように書き換えることができる。国際私法分野において、反致が繰り返されるところから二重反致⁴⁴⁾と呼ばれるこの技法を認めた先例⁴⁵⁾はわが国にもみら

43) 消滅時効期間の長短、効力の有無等、個々の論点に関する法律効果の相違は往々にして訴訟物に対する評価の相違(例:請求棄却と請求認容)をもたらす。

44) 山田(前注6)61頁、溜池(前注7)151頁以下、横山(前注29)69頁、山内(前注16)57頁、北澤(前注35)328頁以下、奥田(前注15)491頁、櫻田(前注16)114頁、澤木・道垣内(前注16)44頁、神前・早川・元永(前注16)62頁以下、松岡(前注16)50頁他参照。

45) 名古屋地裁半田支部昭和27年5月20日判決、下級民集3巻5号676頁他。

れるが、学説上、否定論も見出される。この点については、以下の解説が参考になろう。

“わが国においても、外国国際私法中の公序規定や法律回避原則を法例32条（法の適用に関する通則法第41条がこれに対応する——筆者注記）の枠組の中で考慮するのであれば、外国反致規定をも考慮するのが論理的であるとして、結論的に二重反致を肯定する見解がある。……しかし法例32条は反致の結果「日本法ニヨル」と規定しており、一般的な理解を前提にするかぎり、必ず日本の実質法を適用することで法指定は完結することになっているので、二重反致を肯定した結果外国実質法を適用することになるという結論は、32条の枠組のなかではとれないはずである。”⁴⁶⁾

法廷地独立抵触規定による当初の準拠法指定を尊重し、日本法（法廷地実質法）の適用を可能な限り避けようとするれば、法の適用に関する通則法第41条本文前段（「その国の法に従えば日本法によるべきとき」）にいう「その国の法」に反致規定を含めることにためらいはないであろう（二重反致肯定説）。事実、二重反致の構成を認めた裁判例⁴⁷⁾もある。逆に、日本法を適用する機会をより多く確保しようとするれば、「その国の法」に反致規定を含めない立場（二重反致否定説）が支持されるであろう。こうした解釈問題が生じるのは、第41条本文の最初の要件にいう「その国の法」に当初の準拠法所属国の反致規定が含まれるか否かという点が文言上明記されていないことによる。

二重反致の是非という解釈問題が裁判所に委ねられた背景には、個々の涉外事件を担当する裁判所の判断を優先した方がよいという政策的評価が

46) 河野俊行「二重反致」（国際法学会編（前注18））681頁。

47) 東京高裁昭和54年7月3日判決（判例時報939号37頁他）、この判決については、櫻田嘉章「二重反致」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 [第三版]』（有斐閣、1995年）10頁以下。

あったことと思われる。誰に決定権を与えるのが最も適切かという疑問は、前述の諸技法と同様、この問題についても考えることができよう。かくて、二重反致の可否という国際私法上の問題は、法廷地独立牴触規定が外国（B国）法を準拠法として指定するとともに反致規定を有する一方で、B国では、その独立牴触規定により法廷地実質法が準拠法に指定されるとともに反致規定も定められている場合におけるB国の反致規定の法源性を否定すべきか否かという論点に形を変えることによって、憲法解釈学の領域へと移行することとなろう。

5 最後に挙げられるのが、憲法の立法者は日本国憲法の前文および各規定の文言および趣旨に比してまったく異質な内容を有する外国実質規定⁴⁸⁾の法源性を否定してもよいか否かという点である。異質な外国法排除の可否というこの問題は、「絶対に適用されるべき内国法……に反する外国法の適用を排斥する内国法」⁴⁹⁾という定義を伴って、国際私法上の公序⁵⁰⁾という見出しのもとに、かねてより多くの関心を集めていた。この点

48) ここでは検討の対象を実質規定に限定しているが、独立牴触規定についても法源性否定の可否が論じられる余地がある。この点は、「夫の本国法」や「父の本国法」という独立牴触規定の連結点が両性平等を定めた第14条に違反するか否かというかたちでかつて取り上げられたことがある（溜池良夫「国際私法と両性平等」民商法雑誌37巻2号3頁以下（後に溜池良夫『国際家族法研究』（有斐閣、1985年）3頁以下に所収）。これについては、山内惟介「国際私法における両性平等について——イタリアにおける展開——」法学新報96巻11・12号（橋本公亘教授古稀記念論文集、1990年）677頁以下（後に山内惟介『国際公序法の研究——牴触法的考察——』（中央大学出版部、2001年）181頁以下に所収）他参照。

49) 山田（前注6）140頁。

50) 山田（前注6）140頁以下、溜池（前注7）207頁以下、横山（前注29）94頁以下、山内（前注16）87頁以下、河野俊行「第42条 公序」（櫻田・道垣内編（前注29））332頁以下、奥田（前注15）496頁以下、櫻田（前注16）133頁以下、澤木・道垣内（前注16）56頁以下、神前・早川・元永（前注16）82頁以下、松岡（前注16）59頁以下他参照。

については以下の解説が参考になろう。

“例えば、一夫多妻婚を認める国の国民が、すでに婚姻して妻がいるにもかかわらず、わが国において第2の婚姻をしようとする場合……国際私法の一般原則によれば……本国法上一夫多妻婚が認められ……わが国においても第2の婚姻の成立を認めなければならないことになる。しかし、それを認めるとわが国の公序良俗に反し、私法的社会生活の秩序が害されることになる。そこで、このような場合には、たとえ、ある外国法が国際私法の一般原則により準拠法として指定されるときでも、その適用を排斥することが一般に認められている。法例33条（法の適用に関する通則法第42条がこれに対応する——筆者注記）も、外国法の適用が公序良俗に反するときには、これを適用しない旨を規定している。これが、外国法の適用排斥または国際私法上における公序……の問題である。”⁵¹⁾

国際私法分野では、「準拠法決定は、準拠法の候補となりうる各国実質法の中身を見ることなく行われる、というのが日本の国際私法の原則である」⁵²⁾と考えられてきた。独立抵触規定による準拠法指定はもともと個々の法律問題と最も密接な関係を有する地の法律を適用すること（最密接関連性の原則）により当該問題を解決しようとする技法であって、準拠法指定の趣旨を尊重しようとするれば、最も密接な関係を有する地の法律の適用結果がどのようなものであれ、その適用結果をすべて受け入れなければならないはずである。それにも拘らず、準拠外国法の適用結果を一定の範囲で排除するために構想されたのが公序条項であった。法の適用に関する通則法第42条もこの趣旨を定める。同条では、2つの要件（「外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反すると

51) 溜池（前注7）207頁。

52) 河野（前注50）332頁。

き）」と効果（「これを適用しない）」が規定されている。国際私法分野で繰り返し指摘されているが、最初の要件（「外国法によるべき場合」）が法廷地独立抵触規定により準拠法として外国法が指定される場合を指すのに対し、第二の要件中、「その規定の適用」は当該外国実質法規の適用結果を表し、「公の秩序又は善良の風俗」は法廷地実質法上の「公の秩序又は善良の風俗」ではなく、法廷地抵触法上の「公の秩序又は善良の風俗」を意味する。この規定振りをみると、準拠外国実質規定の適用結果が法廷地抵触法上の「公の秩序又は善良の風俗」に反するか否かという論点の解釈主体が裁判所であることが分かる。

論理的に言えば、一方の、準拠外国実質法規の適用結果と、他方の、法廷地抵触法上の「公の秩序又は善良の風俗」の内容とがともにあらかじめ示されているのでなければ、法廷地抵触法上の「公の秩序又は善良の風俗」に反するか否かという問いに答えることができない⁵³⁾。一方で、法的

53) 「準拠外国実質法規の適用結果」と「法廷地抵触法上の『公の秩序又は善良の風俗』」の内容との間に対応関係があるか否かをみる場合、「比較」の常道であるが、両者の間に共通判断基準（比較の第三項）に含まれる諸要素が存在していなければならない。言い換えれば、「……とき」（要件）→「法廷地抵触法上の『公の秩序又は善良の風俗』に反する」（効果）という判断基準 a が前もって説明されていないければ、「準拠外国実質法規の適用結果」が「法廷地抵触法上の『公の秩序又は善良の風俗』」に反するか否かという点について争う者双方に対して不意打ちをくらすことになろう。この点は、「公の秩序又は善良の風俗」の内容を「絶対に適用されるべき内国法」と言い換えても「外国法の適用を排斥する内国法」と説明しても、実体は何も変わらない。というのは、「絶対に適用されるべき内国法」も「外国法の適用を排斥する内国法」もともに上記の判断基準 a の要件部分の言い換えにすぎず、これら両者の意味内容を解明すべき a の適用基準が説明されていないからである。このことは、比較の対象物に共通の性質がなければならないという観点から説明することができよう。比較対象物の一方が「準拠外国実質法規の適用結果」であれば、他方の比較対象物も法廷地公序条項に内在する涉外実質法規の適用結果でなければならない。両者の間で優先順位を決定するための判断基準が「絶対に適用されるべき内国法」であるとすれば、「絶対に適用されるべき内国法」（比較という行為を実施するための判断基準）と法廷地公序条項に内在する涉外実質法規の

国家法体系における外国法概念について

事実を正確に認定し、当該法規の要件および効果に用いられた文言を厳密に解釈することができれば、確かに、準拠外国実質規定の適用結果を確定することができよう。けれども、立法者意思を考慮した文理解釈を行う場合でさえ、解釈者の「良心」(第76条第3項)の内容次第で解釈に幅があることを認めざるを得ない。他方で、法廷地抵触法上の「公の秩序又は善良の風俗」の内容が最初から具体的に明示されることはない。この点は、「公の秩序又は善良の風俗に反する」という表現を「私法的社会生活の秩序が害される」と言い換えてみたところで、問題文の表現をそのまま解答文に書き写すように、「問いを持って問いに答える」ことでしかない。このようにみると、第42条の解釈自体に唯一の正解がないことが分かる。むしろ実態は、準拠外国実質規定の適用結果も、「公の秩序又は善良の風俗に反する」との認定も、個別裁判例の集積を通じて事後的かつ漸進的に解明されるにすぎないといわなければならない。わが国の場合、法定別居制度はあっても離婚制度を持たないフィリピン法を適用すると日本人妻のフィリピン人夫に対する離婚請求が認められない⁵⁴⁾とか、死後認知の出訴期限を1年と定める大韓民国法を適用すると日本人婚外子の認知請求が認められない⁵⁵⁾とか、養子を1名に限る中国法を適用すると利害関係者の養子縁組許可申立てが認められない⁵⁶⁾とかというように、相当数の裁判例が準

適用結果(上記判断基準の適用対象、優先順位を付けられる比較対象物それ自体)とは別個の概念でなければならない。

- 54) 山内「日本人妻のフィリピン人夫に対する離婚請求と法例30条、離婚に伴う親権者の指定の準拠法」ジュリスト705号156頁(山内(前注48)293頁以下所収)。
- 55) 最高裁昭和50年6月27日第二小法廷判決(家裁月報28巻4号83頁、これについては、山内「大韓民国法上の法定期間徒過後に提起された死後認知の訴の許否と法例30条」ジュリスト630号159頁以下(山内(前注48)285頁以下所収)、横山潤「公序(1)」(櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』(別冊ジュリスト172号)(有斐閣、2004年))20頁以下)、大阪高裁平成18年10月26日判決(判例タイムズ1262号311頁、これについては、實川和子「公序(3)」(櫻田・道垣内編『国際私法判例百選[第2版]』(前注17))24頁)。
- 56) 神戸家裁平成7年5月10日審判(家裁月報47巻12号58頁、これについては、

拋外国実質規定の適用結果と公序違反という評価との組合せとして紹介されている。実定法解釈の常道であるが、解釈者は「これを適用しない」という効果の採否という結論部分の評価と準拋外国実質規定の適用の可否という通過点での評価との整合性を確保できるような組合せの中に解答を見出すのであって、これらの組合せの内容次第で、解答の幅も一定していない。この点はすべての白地概念に共通する宿命であって、この種の概念の解釈では、法の目的のひとつとされる法規範の予見可能性や法適用における法的安定性がさほど重視されていないことが分かる。

それでも、準拋外国実質規定のどのような適用結果が法廷地牴触法上の「公の秩序又は善良の風俗に反する」と判断されたかが裁判例の集積を通じて判例法のかたちで次第に明らかになり、徐々に規範化されてくれば、この点の判断を裁判所に委ね続けることに代えて、解釈準則を段階的に実定法のかたちで規範化することも可能になろう。このようにみると、時の経過とともに、日本国憲法の精神等からみてまったく異質な内容を有する外国実質規定の法源性をあらかじめ否定することも十分にひとつの選択肢となり得るし、国際私法上の論点から憲法上の論点へという転換現象がここにも表れることとなる。むしろ、この点の最終的な判断も、実定憲法規範の解釈結果（比較の第三項）に委ねられなければならない。このことは、国際私法の公序条項の適用範囲について再検討を促す余地がある⁵⁷⁾。

實川和子「公序(2)」(櫻田・道垣内編『国際私法判例百選』(前注55))22頁以下)。

57) 前稿(山内「外国法の位置付け」(前注4)24頁以下)では、準拋外国法の適用結果を公序条項により排除する従来の説明と対置される今ひとつの法律構成として、「憲法判断導入肯定説(憲法違反優先説)——法廷地の独立牴触規定により準拋法として指定された外国実質法の関連法規について違憲立法審査権を行使し、適用違憲と判定する法律構成——」の採用可能性が検討された。小稿で紹介されたのは、日本国憲法の精神からみてまったく異質な内容を有する外国法規自体を、憲法規範における「外国法」から除外する新たな可能性である。特定の外国法全体ではなく、当該外国実質法中の一部に当初から法源性を付与しない法律構成は、準拋法適格性を最初から与えないという点で、上記の

III 外国法概念の決定主体

1 法例および法の適用に関する通則法が立法機関（国会）による適正な手続を経て制定され、施行されたという歴史的事実を前提とすると、いづどのような方法で外国法に法源性を具体的に付与するかを決める個別的権限を国会が有していたことが分かる。国会のこの権限は、同時に、憲法の立法者がこの権限を国会に付与し得る上位の権限を保持していたことをも意味する。このように考えると、みずからが一般的法源性を付与した外国法概念の内容について憲法の立法者自身が固有の関心を抱いていたものとみななければならないであろう。つまり、憲法の立法者を外国法概念内容の最終的な決定者とみる理解である。

もちろん、日本国憲法のどの規定をみても、外国法概念の決定主体が誰かについて明示の記述はない。それでも、この沈黙を、日本国憲法が外国法概念の決定主体が誰かという論点自体の存在を明確に否定したという意味に捉えることはできない。というのは、この論点を否定することは、国会が法例および法の適用に関する通則法を制定していたという歴史的事実と両立せず、むしろ、現行憲法の解釈論としては、法の適用に関する通則法を制定した国会の立法行為自体の有効性を認めることが前提とされなければならないからである。

2 誰が外国法概念を決定するのかという点については、さしあたり、憲法の立法者（甲説）、国会（通常の立法者）（乙説）および裁判所（丙説）の三者が考えられよう。わが国の立法史を顧みると、憲法規範における沈黙は、憲法の立法者が「外国法」の内容決定の主体たる地位を国会に付与する旨の、憲法の立法者による「黙示の同意」とみなす余地がある（国会の解釈権限肯定説、裁判所の解釈権限否定説）。また、国会が付

「憲法判断導入肯定説（憲法違反優先説）」よりも前段階に位置付けられる。

与された権限をみずからは行使せず、裁判所へ委譲するという理解（裁判所の解釈権限肯定説）も考えられよう。けれども、授權行為の段階性を考慮すると、外国法概念の大枠を形づくるのはあくまでも憲法の立法者であるとみななければならない。それは、国会は憲法の立法者が構想した概念の枠内でしか外国法概念の内容を操作できないし、裁判所も国会が決めた外国法概念の制約を受けざるを得ないはずだからである。

法の適用に関する通則法の規定振りをみると、憲法の立法者はまったく登場せず、論点ごとに国会または裁判所が外国法の内容の決定主体と考えられていたように見える。しかしながら、憲法規範のみが国家法体系における外国法の位置付けについて最終的根拠を提示する資格を有するという視点がこれまでほとんど意識されていなかったように見えるところから、国際私法分野における従来の理解に加え、憲法分野からも、憲法の立法者が外国法概念の決定主体性を有するか否かについての立ち入った検証が不可避となろう。

3 国家法体系における外国法概念の内容を誰がどのようにして決定するのかという主体論と外国法概念の内容はどのようなものかという客体論とは相互に密接不可分の関係にあるが、ここでは、独立抵触規定の立法上の指針についてもなお触れておくべきであろう。

国際私法分野では、概して、独立抵触規定を立法する場合、単位法律関係概念と連結点概念とは空間的にみて最も密接な関係（最密接関連性の原則（die engste（stärkste）Beziehung））に立っていなければならないと説明されている（立法指針）。むしろ、空間的にみて最も密接な関係を有する地がどこかの判断基準自体が解釈者の主観に左右されるものであるため、連結点概念の表記には諸国の立法者の間で相当の揺れがあり得る。法の適用に関する通則法第4条以下の独立抵触規定はいずれもこの趣旨を具体化した立法モデルとみることができよう。行為の起点（行動地）に着目されるときもあれば、行為の終着点（「加害行為の結果が発生した地の法」（第17条））が重視されるときもあり、また、変動の少ない要素（「本国法」

国家法体系における外国法概念について

(第4条第1項)を考慮する者もいれば、当事者の意思の変化(住所、常居所)を尊重する者もあろう。このほか、立法機関が空間的にみて最も密接な関係を有する地の具体化を断念して、その決定を当事者の意思に委ねたり(「当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法律」(第7条)), 裁判所の包括的な判断に委ねたり(「当該法律行為に最も密接な関係がある地の法」(第8条第1項))する構成も知られている。それでは、「空間的にみて最も密接な関係を有する地の法律による」という立法指針は国会がみずから設けた基準か、それとも、憲法の立法者が国会に指示した憲法上の基準か。「空間的にみて最も密接な関係」への依拠が立法上の指針であると同時に、個々の裁判における解釈上の指針としても利用される余地がある(第7条、第8条第1項等)とすれば、裁判の指針は裁判所がみずから設定した基準か、それとも、国会が裁判所に与えた基準とみるべきか。こうみると、憲法の立法者、国会および裁判所、これら三者の間で誰がどのような基準を定立するかの役割分担を憲法分野で明確化することが望まれよう。

他方で、前述のように、「空間的にみて最も密接な関係を有する地の法律による」という立法指針が必ずしも貫徹されないケースがあることを想えば、いつどのような基準に従って例外を認めるかという点についても、誰がどのような解釈基準を設けているかが確認されなければならないであろう。ここでも、裁判所が裁量に基づいて任意に解釈基準を設けたという説明だけでなく、国会や、さらには憲法の立法者が裁判所に裁量権を付与したという理解のもとに、裁判所の解釈基準の大枠を憲法の立法者が決めているという説明もあり得よう。このようにみると、法の適用に関する通則法の存在を考慮してもなお、憲法の立法者が外国法の内容について発言する機会を有していたとみる可能性が残されていることが分かる。

IV 外国法の解釈

1 憲法の立法者は、外国法概念(範囲、意味内容、定義)を決定す

る局面だけでなく、外国法の解釈作業にも影響を及ぼす余地がある。それは、外国法の概念を決定する者は当該概念が正しく理解され、厳格に運用されているかという点についても当然に関心を寄せており、その結果を不適切なものとして判断すれば、外国法の概念にしかるべく修正を加えようとするはずだからである。このようにみると、憲法の立法者が外国法概念の解釈についても関心を寄せていたという前提のもとに、少なくとも次の諸点が検討されなければならないこととなる。

2 外国法の解釈⁵⁸⁾に関わるひとつの論点は、解釈の対象を成す言語の選定に関わる。すなわち、当該国の公用語で書き表された原文なのか、それとも日本語に翻訳されたテキストなのかという点である。

国際私法分野では、準拠法として指定された外国法の解釈に関して、「当該外国の裁判官がなすようになされるのが当然である」⁵⁹⁾と説明されてきた。この点については、「外国法の規定が、……その外国法秩序の構成部分として解釈すべきであって、その規定だけを切り離して内国法の解釈によるべきではない（わが国の場合、外形的に同一な外国法とは、日本語に翻訳して外形的に同一になるということである……）」⁶⁰⁾とも解説されている。これは、外国法解釈の対象を翻訳された日本語とみる立場にほかならない。「日本語に翻訳して外形的に同一になる」と考えられた法令上の根拠は、裁判所の用語に関して「裁判所では、日本語を用いる」旨を定めた裁判所法第74条に求められよう。この文言からは、日本語を用いて外国法の解釈が行われなければならないという趣旨が導かれるからである。

それでは、「日本語に翻訳して外形的に同一になる」外国法を解釈する場合、問題はまったく生じないのだろうか。もちろん、外国語の音韻を漢

58) 山田（前注6）133頁、溜池（前注7）247頁以下、山内（前注16）81頁、山本（前注29）357頁以下、北澤（前注35）328頁以下、櫻田（前注16）127頁、澤木・道垣内（前注16）53頁、神前・早川・元永（前注16）292頁以下、他参照。

59) 山田（前注6）133頁他参照。

60) 溜池（前注7）247頁以下。

字やカタカナで表記するだけでは「日本語」に置き換えたことにならないし、少なくとも、「正しい日本語」で法律用語への翻訳が正確に行われていなければ、外国法を「日本語に翻訳して外形的に同一に」したことにはならないであろう。また、異質な法思想に立脚し、また法系を異にする外国法の日本語への翻訳が不能な場合、どのようにすれば、外国法を解釈したことになるのだろうか。大意の把握で足りるという考えには厳密性の観点から当然に疑義が呈されよう。異文化に属する法現象を自国の文化に固有の法現象に翻訳することに大きな制約（限界）⁶¹⁾がある以上、どの解釈者も、実際には、外国語の原文テキストに固執するか、大胆に意識された日本語訳文を優先するかという選択に直面せざるを得ないであろう。

しかしながら、「準拠法としての外国法はその外国において行われるように解釈すべき」⁶²⁾とか「外国法が当該外国において現実に適用されているとおりに適用される」⁶³⁾とかとする説明を正確に読む限り、外国法の文言を日本語に翻訳する行為それ自体が元の外国法から離れる⁶⁴⁾こと、つまり、原語で記された外国法と日本語に翻訳された外国法とがまったくの別物であることを意味し、翻訳行為自体が「その外国において行われるよう

61) たとえば、ドイツ語圏諸国では「Eigentum」という言語を統一的使用しながら、この語を「所有権」と訳出するだけでは、ドイツ法、オーストリア法およびスイス法におけるそれぞれの法概念の相違を正確に訳出したことにはならない。この点については、Mincke, Eine vergleichende Rechtswissenschaft, 83 Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (1984), SS.315-328 (その翻訳として、ミンケ(山内惟介訳)「比較法学」(ヘーンリッヒ・桑田三郎共編『西ドイツ比較法学の諸問題』(中央大学出版部, 1988年)153頁以下)がある)。

62) 櫻田(前注16)127頁。

63) 澤木・道垣内(前注16)53頁。

64) 解釈の内容が解釈者の主観に左右されるところから、複数の解釈があり得ることに異論はないであろう。それでも、母語レヴェルの外国語運用能力の得得が裁判官の資格審査の過程等で十分に考慮されていない場合、同一の外国法規の解釈に関して、「その良心に従ひ独立してその職権」を行う裁判所の解釈内容の偏差がどこまで許されるかという論点も無視され得ない。

に」，そして「当該外国において現実に適用されているとおりに」という趣旨に合致していないことが改めて強調されなければならない。「その外国において行われるように」，そして「当該外国において現実に適用されているとおりに」という意味で当該国の裁判官が解釈するようにわが国の裁判所も外国法の解釈を行うという建前を貫くときは，外国法の解釈は当該外国語で記された原文テキストを原語で解釈しなければならず，翻訳文を解釈してはならないという理解に行き着く。

国会で裁判所法が制定されたことから逆に推測すると，外国法解釈時における日本語の使用が裁判所に義務付けられていたことが分かる。それでは，このような義務付けを国会が行うことは国会がみずから決めたことなのか，それとも，憲法の立法者が国会に指示していたことなのか。また，国際私法分野で定式化された「当該外国の裁判官がなすようになされるのが当然である」という理解の法的根拠はどこにあるのだろうか。国会が裁判所法第74条で日本語の使用を義務づけていたことからみて，国会がこの定式を設けたとは言い得ない。そうすると，この定式は，「何人も，裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」（第32条）という規定のもとで，憲法の立法者が第76条第3項に託した憲法上の要請とみるべきなのだろうか。国際私法分野の建前と裁判所法第74条の要請とを両立させるような説明を探求することは，法の適用に関する通則法や裁判所法という個別分野の課題ではなく，上位に位置する憲法規範の課題とされなければならない。「当該外国の裁判官がなすようになされるのが当然である」という理解を維持できるか否かという点の判断を含め，ここでも，憲法の立法者の意思を探求することが強く要請されよう。

3 外国法の解釈については，国内法の解釈と異なる今ひとつの難題がある。それは，外国法の解釈行為がたんなる原語の意味内容の理解にとどまらず，豊富な実社会経験に基づく外国文化の総合的体現行為を意味するところから，外国法の解釈結果には当該国の文化（国民感情等）の実態が反映されていなければならないからである。法の解釈に関しては，法学の

一般的知識⁶⁵⁾が連想されようが、立法者の意思の考慮に加え、「法は制定された時点から、独り歩きを始める」がゆえに、種々の環境変化に起因する当該社会の変容とそれに伴う当該社会構成員の法感情や社会行動文法の変化等も外国法解釈の対象となり得よう。法廷地の涉外先例や内外の学説が考慮される場合でも、そこに法廷地の事情を盛り込むことは、純然たる「外国法」の解釈ではなく、「外国法」と法廷地法との混淆というまったくの異物を創造することとなり、外国法解釈の本旨から逸脱しかねない。

このような状況を見ると、外国の裁判官がなすように外国法を解釈することは決して容易な作業ではないことが分かる（「言うは易く、行うは難し」⁶⁶⁾）。法学教育や法曹教育の実態、資格試験の実情、鑑定を含む裁判実務の日常等が示すように、外国法解釈の理想を実現する制度はどこの国でもおよそ不完全なままに放置されている。異文化圏に属する者のさまざまな社会行動文法に通暁し、複数の外国語の運用能力を十分に備えた実務法曹を相当数確保できるまでは、外国法に関する情報の入手、外国法の解釈方法に関する補助作業⁶⁷⁾等が国内法や条約によってしかるべく担保されなければならず、これらを欠いては理想通りに外国法の解釈を行うことはできない。この意味で、わが国の場合も、制度的な補完が長期間にわたる継続的課題とされなければならない。「外国法」解釈指針の在り方を含むこ

65) 団藤重光『法学入門』（現代法学全集1）（筑摩書房、1973年）305-321頁他参照。

66) 曾我部静雄訳註『塩鉄論（鹽鐵論）・利議』（岩波文庫、1934年）。

67) ここでは、外国法の解釈能力を有する外国人法律家の臨時登用、外国人法律家による鑑定意見書の義務付け等、しかるべき対策が、第32条の枠内で検討される余地があろう。確かに、国家公務員たる裁判官については、法令等において、日本国籍の保有をを求める規定（国籍条項）はないものの、「法の明文の規定が存在するわけではないが、公務員に関する当然の法理として、公権力の行使または国家意思の形成への参画にたずさわる公務員となるためには、日本国籍を必要とするものと解すべきである」とする内閣法制局の見解（1953年3月25日付け）がある。しかし、あるべき解釈を実現しようとすれば、実務上の制約をひとつずつ解決する工夫が不可避となろう。

これらの問題の解決は、その総合性に鑑みて、憲法の立法者に全面的に委ねられざるを得ないであろう。

4 最後に、外国法解釈の当否という論点に直結するもうひとつの技法に触れておこう。ここでの論点は、準拠法として指定された外国法所属国の裁判管轄権に関する実質規定に文字のかたちでは表現されていない独立抵触規定をそこに包含されているものと読み込むことが外国法の解釈たり得るか否かである。法の適用に関する通則法第41条本文に即していえば、ここで問われているのは、第二の要件（「その国の法に従えば日本法によるべきとき」）が具備されているか否かである。要件具備肯定説に立って、このような読み込みを外国法の正しい解釈として許容する技法は、国際私法分野では、隠された反致⁶⁸⁾と呼ばれており、このような法律構成を採用した裁判例⁶⁹⁾もよく知られている。この主題については、以下の説明が参考になろう。

“……アメリカ合衆国の国際私法によれば、離婚、養子縁組など特定の法分野においては、裁判管轄権(jurisdiction)のルールのみがあり、抵触法(choice of law)のルールが存しない。当事者の本国法として、かような国(州)の法によるべき場合にも反致の原則は適用されるか。離婚、養子縁組などについては当事者の住所地に裁判管轄権があり、その地の法律が適用されるとするのがアメリカ法の原則である。

68) 山田(前注6)72頁以下、溜池(前注7)166頁以下、横山(前注29)76頁以下、山内(前注16)57頁以下、北澤(前注35)329頁以下、奥田(前注15)494頁以下、櫻田(前注16)123頁、澤木・道垣内(前注16)49頁以下、神前・早川・元永(前注16)69頁以下他参照。

69) 徳島家裁昭和60年8月5日審判(家裁月報38巻1号146頁、これについては、木棚照一「隠れた反致」(櫻田・道垣内編『国際私法判例百選』(前注55))14頁)、青森家裁十和田支部平成20年3月28日審判(家裁月報60巻12号63頁、これについては、多喜寛「隠れた反致」(櫻田・道垣内編『国際私法判例百選[第2版]』(前注17))14頁)。

したがって、裁判管轄権の原則の中に抵触法の原則が隠されていると理解し、当事者の住所が日本に在ることにより反致の原則を認めることができるとして、これを認めたわが国の判例がかなり多い。これを、学者は「隠れた反致 (versteckte Rückverweisung)」と呼んでいる。この点について、右の場合に安易に反致を肯定し、日本の裁判所に管轄権を認めた日本法を準拠法として適用することは「国際的調和のために必要がないにもかかわらず法例が最適として選んだ準拠法の適用を放棄し、却って『法廷地漁り』を助長して、反致主義ほんらいの趣旨に反する」と消極的に解する有力な見解がある(……)。しかし、「隠れた反致」は、理論的にみて必ずしも不当とはいいがたく、判例法としてすでに確立しているといえなくもない(……)。⁷⁰⁾

ドイツの実務で考案され、次第に広まったとされる⁷¹⁾この技法の採否については、わが国の学説上も争いがある⁷²⁾。ここでも実定法解釈の実情に即していえば、個々の法律問題の解決基準を法廷地実質法に求めようとする者は何とかして法廷地法を準拠法として指定する外国の独立抵触規定を見つけようと工夫を凝らすことであろう。「裁判管轄権の原則の中に抵触法の原則が隠されている」と読み込むのは、外国の独立抵触規定を作り出すための窮余の一策といえるものではあるが、論理的な説明にまったく成功していない。他方で、法廷地独立抵触規定による準拠法指定を尊重しようとする者は、準拠法所属国の実質規定から独立抵触規定への読み替えを阻むため、「当事者の住所地に裁判管轄権があり、その地の法律が適用されるとする」法制では、住所地(普通裁判籍所在地)に裁判管轄権が認められた場合、法廷地の実質法が適用されるのであって、そこには準拠法選択という発想がなく、それゆえ、住所地法という連結点は存在しておらず、法廷地法への反致を偽装することはできないと考える。反致の採否が

70) 山田(前注6)72頁以下。

71) 多喜寛「隠れた反致」(国際法学会編(前注18))149頁。

72) 北澤(前注35)330頁。

理論的論点ではなく、政策的評価の対象である以上、いずれの立場を採るかはここでも全面的に解釈者の主観に委ねられざるを得ない。

それでも、小稿の主題との関連でいえば、誰が隠された反致の採否を決定するのかという論点に触れるに先立って、そもそも「裁判管轄権の原則の中に抵触法の原則が隠されている」とする解釈が外国法の正しい解釈といえるか否かという点が真摯に検討されなければならないし、それに先立って、外国法の正しい解釈とは何か、どのような解釈を行えば、外国法を正しく解釈したといえるのかという点が明らかにされていなければならない。第76条第3項に基づいて裁判所の判断権限が保障されているとみることに異論はないが、それでも、憲法の立法者が外国法に一般的な法源性を認めていたとみる限り、憲法の立法者が外国法解釈の指針について何も考えていなかったといえるか否かについて史実を明らかにすることが必要となろう。この点もまた憲法学に委ねられた大きな課題といわなければならない。

V 結びに代えて

1 日本国憲法のもとに制定された国内法であるという意味で、法の適用に関する通則法も日本の法体系に属する。この点を考慮すれば、立法や解釈に関する権限配分の整合性が最高法規（日本国憲法）と下位法（法の適用に関する通則法、裁判所法等）との間でしかるべく保たれていなければならない。このような認識に立てば、法の適用に関する通則法の解釈もその適用も日本国憲法が設けた枠組みを一切超えることはできず、準拠外国法の解釈もその適用も日本国憲法の枠内にのみあるものと考えられなければならない。外国法の適用根拠を国際礼讓（comitas）に求める場合でも、国際礼讓の国内における法源上の位置付けがしかるべく確認されなければならないであろう。

小稿で取り上げた諸点はどれも、確かに、これまで国際私法総論において論じられてきたものばかりであり、憲法とはいささかも関わりがないと

大方の読者には受け止められているかもしれない。国際私法の伝統的理解を信奉する者からみると、筆者が提示した可能性はいずれも極端な歪曲であり、まったく受け入れがたいものと考えられるに違いない。しかしながら、これまでの説明に欠けがちであった準拠外国法の最終的適用根拠の探求過程において、国家法体系における外国法の位置付けを改めて見直し、憲法と国際私法との役割分担を考え直してみると、上述の諸論点の体系的配置もこれまでとは相当に異なったものとなる余地がある。

2 それでは、外国法の最終的適用根拠が憲法規範に求められなければならないと考える場合、上記の諸点についてどのような説明が可能か。最も穏健な解決策は、憲法の立法者が外国法の法源性を一般的かつ抽象的に認めた上で、外国法をいつどのように適用すべきかの判断権限をすべて国会に委ね、しかも、授権された国会がみずから判断すべき事項と渉外事件を処理する裁判所の判断（解釈）に委ねる事項とを慎重な配慮のもとに明確に切り分けていると説明することであろう。国際私法分野の従来の実務や研究成果をそのまま承継するこのような見方は伝統的理解になじむものとして今後も広く受け入れられることであろう。それでも、憲法の立法者が外国法の法源性を一般的かつ抽象的に認めるか否かという先決的論点の判断は、周知のように、憲法の立法者のみが行い得ることであって、国際私法分野の実務家や研究者が判断すべき事項たり得ない。

このようにみると、今ひとつのラディカルな説明の可能性が浮かび上がることを否定できないであろう。この新たな見方によれば、国家の外交政策、司法政策等との関連性が考慮されなければならない以上、憲法の立法者はどのような外国法に法源性を付与し、どのような外国法に法源性を認めないかという点をみずから具体的に定めるはずであり、憲法の立法者が外国法の法源性を一般的かつ抽象的に認めたままでその後は沈黙し、その余のことはすべて国会に一任するということは考えにくいといわなければならない。それは、みずから定めた国内立法上の基本原則と相容れない外国法の法源性を無条件に認めることにより時としてこの基本原則と合致し

ない結果が生じかねない事態を憲法の立法者自身が避けようとするはずだと考えられるからである。確かに、これまでの理解のもとでも公序条項の適用等を通じてそのような事態を十分に回避できるという説明があるのかもしれない。けれども、公序違反と判定されるか否かがすべて裁判所の判断に委ねられる以上、三審制を考慮しても、基本原則と合致しない結果が皆無であるとは言い切れないようにみえる。未承認国法を最初から排除するか否か、内容不明の外国法を排除するか否か、というように、外国法それ自体の法源性の有無についての判断であれ、外国法の法源性を肯定したうえで特定の法規（独立抵触規定、反致規定、公序違反に相当する実質規定等）の法源性の有無について判断する場合であれ、憲法の立法者が個々の事象をどのように評価するかに応じて、憲法規範における外国法概念には偏差が生じ得るのであって、どの論点も実定憲法の解釈論によって解決されなければならないことには変わりはない。このようにみると、憲法規範が外国法に法源性を付与するか否かという二者択一型の論点だけではなく、この点につき肯定説を採用したうえで、憲法規範がどのような外国法に対してどのように制限を加えているかという疑問詞型論点についてもそれなりの説明が憲法分野に求められることとなる。

3 このように憲法の立法者が法源性を付与する外国法の範囲をあらかじめ具体的に定めるといふ考え方による場合、立法者が構想した外国法概念理解（憲法規範の解釈内容）に応じて、国際私法総論で取り上げられていたテーマのいくつかは憲法分野に移されることとなる。その場合、形式的にみると、法源性を否定された国の法が法廷地独立抵触規定により準拠法に指定される場合が考えられようし、その場合の対処法如何もあらかじめ検討されなければならないであろう。そのような場合には、「最も密接な関係を有する地の法律」に代わる代用連結（次善の密接性を有する地の法律）の探求が国際私法総論の新たな課題となる。また準拠法所属国法自体の法源性は認められているが、特定の法規の法源性が否定されているときも、準拠法上該当法規の欠缺として、代用法規の探求が国際私法総

国家法体系における外国法の概念について

論の新たな課題となり得よう。これらの事項の解決が論点ごとに国会の裁量に委ねられるか裁判所の解釈に委ねられるかは国会固有の判断事項となる。

小稿の検討結果が、前稿での問題提起とともに、幸いにして憲法分野でも承認され得るとすれば、国際私法総論において蓄積された成果はあたかも「カッコウの托卵」の如きものとみなされ、国際私法の体系は相当程度スリム化されることとなろう。あたかも「コロンブスの卵」のように、小稿で論じた諸点に新たな位置付けが与えられるか否か、憲法分野での継続的な検討が期待される。

(2019年6月1日脱稿)

**Zum Begriff eines ausländischen Rechts
im nationalen Rechtssystem:
Welche Rolle spielen das Verfassungsrecht und
Internationales Privatrecht untereinander ?**

Koresuke YAMAUCHI

Zusammenfassung

In Japan ist ein ausländisches Recht auf die Fälle mit Auslandsberührungen durch das IPR-Gesetz öfters anzuwenden. So kommt es daher, dass man ausländisches Recht als inländische Rechtsquelle verfassungsrechtlich generell betrachtet und dass die Legislatur unter den verfassungsrechtlichen Rechtsordnungen eine Anwendbarkeit ausländischen Rechts freiwillig bestimmen kann. Es ist jedoch als eine "vorangehende Frage" zu diskutieren, ob japanischer Verfassungsgesetzgeber alle ausländische Rechte als Rechtsquelle im Inland ausnahmslos annimmt, weil es eine von den für den Staat wichtigsten politischen Aufgaben ist, wie man "ausländisches Recht im Verfassungsrecht" zu definieren sei. Diese Fragestellung ist z.B. wie folgt zu detaillieren: d.h. ob die Rechtsnormen eines völkerrechtlich nicht-anerkannten Staates anzuwenden ist, ob ein richterlich nicht-feststellbares Recht anzuwenden ist, ob ausländische selbständige und unselbständige Kollisionsnormen unbedingt anzuwenden sind, ob die mit den wesentlichen Grundsätzen des inländischen Verfassungsrechts in Widerspruch stehende ausländische Rechtsnormen anzuwenden sind und wie man ausländisches Recht auszulegen ist. Diese Fragen sind zwar bisher nur im Allgemeinen Teil des Internationalen Privatrechts diskutiert, aber sie sind unter den weiteren Auseinandersetzungen mit dem Verfassungsrecht im Verfassungsrecht konvertierbar.