

国家法体系における外国法の解釈について

——憲法と国際私法との対話のために——

山内 惟介

- 一 問題の所在
- 二 国際私法分野の伝統的理解
- 三 伝統的理解への疑問
- 四 結びに代えて

法解釈には……法源ないし事実からの論理的帰結にもとづく判断……と、〈関係物の目的・実態、正義・「事物のもつ論理」ないし結果の妥当性〉にかんがみた判断……とが欠かせない。*

一 問題の所在

一 どの国も、立法主権を行使して固有の法制（司法制度を含む。）を定め、行政主権に基づいて各種の規制を実施

国家法体系における外国法の解釈について（山内）

し、司法主権のもとに裁判を行っている。行政法規や刑事法規が、「公法の属地性」⁽¹⁾を根拠に、国内にある外国人（外国法人を含む）に対してそのまま適用されるのに対し、涉外私法事件では、抵触法（法の適用に関する通則法等）に基づき、準拠法に指定された外国法が解釈され、適用されている。国際私法分野において「外国法」が取り上げられる理由がここにある。

周知のように、抵触規定⁽²⁾には、——独立抵触規定であれ、従属抵触規定であれ——、外国法の解釈（適用）⁽³⁾過程がすでに埋め込まれている。双方的独立抵触規定——独立抵触規定の典型——の場合、「国民」の範囲如何が主権に関わる事項であるという理由で、本国法（法の適用に関する通則法第四条等）の決定にあたり、当事者が属する国の国籍法が適用される。連結点（「本国法」、「所在地の法律」等）を介して特定された地（外国）の法を準拠法に指定する行為には、むしろ、外国実質法解釈の要請が含意されている（「抵触規定の趣旨」）。従属抵触規定——独立抵触規定の適用範囲を決定する規定——の適用過程にも、外国法の解釈が含まれている。不統一法国法が準拠法に指定される場合、当該国（外国）の州際私法⁽⁴⁾が適用されている（間接指定主義、同法第三八条第三項）。反致の成否が判断される場合、法廷地独立抵触規定によって準拠法に指定された実質法所属国（外国）の独立抵触規定（二重反致が認められる場合、従属抵触規定も含まれる）が適用されなければならない。さらに、公序条項（同法第四二条）にあつては、法廷地独立抵触規定により準拠法として指定された実質法所属国（外国）の実質法規の適用結果が法廷地抵触法上の公序に反するか否かが審査の対象とされるため、ここでも準拠外国実質法の解釈・適用が当然の前提とされている。

法の解釈⁽⁵⁾とは、抽象的に表現された法文（要件と効果との組合せから成る判断基準）を個別具体的事案に適用するにあつて当該法文に用いられた個々の文言の意味を明晰化し、その内容を確定する作業をいう。こうした説明を前提と

すると、「外国法」の解釈は、個別具体的な渉外私法事件に適用される「外国法」規範（実質規定および抵触規定）の文言の意味を明晰化し、その内容を確定する作業と言い表すことができよう。法の「適用」過程では必ず法の「解釈」が行われるという点に着目すると、法の「解釈」を伴わない法の「適用」と「解釈」との関係は全体と部分とのそれになぞらえることができる。以下、両者の区別を要する場合を除き、小稿の主題に合わせて「解釈」という表現を統一的に用いることとする。

二 日本国憲法（以下、「憲法」と略記する。）第七六条第一項によれば、国家法——むろん、法の適用に関する通則法等（国内法上の独立抵触規定および従属抵触規定）も含まれる——を解釈する権限はわが国の裁判所に帰属する。それならば、この解釈権限は、法廷地抵触規定の適用過程に現れる「外国法（実質規定および抵触規定）」にも当然に及ぶのだろうか。この点については、「準拠法たる外国法の内容の調査・確定が内国裁判所の職権・職務に属するということは、外国法を具体的な事案に適用するための解釈等についても当然裁判所が責任を負う」とか、「準拠法たる外国法の内容の調査・確定が内国裁判所の職権・職務に属する」とかと述べ、「外国法」の解釈権限がわが国の司法機関に属するとみる見解が現に存在するし、実際に「外国法」を解釈したとされる裁判例も少なくない。しかしながら、外国法の解釈権限がわが国の裁判所に属するとみる理解にあつても、他方で、「外国法は外国法として解釈されなければならない」とか、「その解釈もその外国で行なわれている通りに行なわれるのでなければ、それを準拠法に指定している抵触規定の趣旨に反する」とか、「当該外国裁判所としての立場において、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」とかというように、「外国法」の解釈権限が外国裁判所にあるかのような説明も行わ

れている。このようにみると、国内裁判所による「外国法」の解釈内容が実際には外国裁判所の解釈結果に従属する、言い換えれば、国内裁判所の解釈権限は形式的なものに過ぎず、実質的な解釈権限は外国裁判所に属することになる。そうであるとすれば、国内裁判所の形式的な解釈権限と外国裁判所の実質的な解釈権限とを法律構成上どのように結び付けることができるのだろうか。

経済的・政治的・社会的・文化的な文脈ではなく、純粹に法的な意味で捉えると、主権国家は互いに対等の関係にあり、諸国の国家法も同等の関係にある。そうすると、もともと外国の立法機関が自国の主権領域内で生じる諸問題を解決するために定めた当該国の国内法規——当初から、主権の原理のもとで、わが国では効力を持たないはずの外国法規——がわが国でも効力を有するというためには、外国法に対して法源性を付与する立法行為が国内で実施されていなければならないはずである。⁽¹²⁾しかるに、憲法規範をみると、国内法源の策定に関する明文規定はあるものの、外国法に一般的法源性を付与する旨の明文規定はない。⁽¹³⁾また、多くの授権規範を定める憲法には、裁判所が外国法に対していつどのような要件のもとに個別的法源性を付与してもよいかという点に関する包括的な立法を行う権限を憲法が国会に与える旨の授権規範も置かれていない。それなのに、裁判所が特定の外国法に個別的法源性を付与する要件等を包括的に定める国内法（法例および法の適用に関する通則法）をなぜ国会が制定することができたのだろうか。このように憲法の授権規範性に着目すると、「外国法」の実質的な解釈権限が当該国の裁判所に属し、形式的なそれがわが国の裁判所に帰属するとみる見解の立脚点、さらにいえば、両者を矛盾なく調整し得る法律構成が改めて探求されなければならないであろう。⁽¹⁴⁾

三 むろん、この点の論究は第一次的に憲法分野に委ねられなければならない。しかるに、——管見ではあるが——、憲法分野の体系書等にはなぜかこの点についての記述がない。「外国法」の解釈に関する論議がこれまででもっぱら国際私法分野で行われてきた点を考慮すると、国際私法分野から憲法分野に対して、今後の論議に向けた若干の手掛かりを提供する余地が残されているようにみえる。以下では、まず、国際私法分野（国際民事訴訟法を含む。）における従来の説明方法（以下、「伝統的理解」と略記する。）が紹介され、分析される（二）。それに続けて、伝統的理解への疑念が示され（三）、憲法との関連性にも触れられる（四）。ここでの検討を通じて、憲法分野における「外国法」概念明確化への新たな途が開かれ、国際私法分野における伝統的理解との調整が行われるならば、何よりのこととされよう。小稿が、被献呈者、新井誠教授の新たな旅立ちを寿ぐものとなれば幸いである。

二 国際私法分野の伝統的理解

一 涉外私法事件の処理に伴う諸問題の解決を任務とする国際私法分野の主要な法源（法の適用に関する通則法、扶養義務の準拠法に関する法律および遺言の方式の準拠法に関する法律）をみると、いわゆる公序条項⁽¹⁹⁾を除き、「外国法」という文言は使われていない。しかも、公序条項の解説においてさえ、「外国法」という言葉の意味内容について格別の注釈は行われていない。⁽²⁰⁾このようにみると、「外国法」それ自身が国際私法固有の法律概念として捉えられていないことが明らかになる。その理由は、準拠法に指定される国家法（不統一法域における地域法等を含む。）の総称として、「外国法」という文言が便宜的に用いられたに過ぎず、講学上も、「外国法」という言葉に実質的な意味はないとする

考えに求められていることであろう。すなわち、個別具体的事案では個々の連結点（「本国法」、「住所地法」等）の解釈を通じて選定された国家法の内容確認作業が行われることとなるため、「本国法」や「住所地法」という文言（連結点概念の意味内容）を定義すれば足り、敢えて「外国法」という一般的表現の意味内容を問う必要がないという理解である。

このように、「外国法」概念の明確な定義を欠いたまま、国際私法分野では、「外国法の適用」とか「外国法の解釈」とかという表題のもとに一般的な解説が行われてきた。⁽²¹⁾「外国法」の適用に関する諸問題が永らく、民事訴訟法分野ではなく、国際私法分野で取り上げられてきたのは、われわれの生活が国際化されるまでの時期における民事訴訟法分野の関心がもつばら国内問題の処理に向けられていたためかと推測される（このことは、前世紀半ば以降、同時代に公表された国際私法分野の研究成果（体系書を含む。）と民事訴訟法分野のそれとを対比することによってすぐに明らかになる）。その後、社会環境の国際化、さらにはグローバル化の進展によって、民事訴訟法分野でも「外国法」関連事項（国際裁判管轄権、送達、証拠、外国裁判の承認等）が次第に取り上げられるようになり、⁽²³⁾さらに、両分野専攻者の共同研究を経て、今日では、「国際民事訴訟法」⁽²⁴⁾という分野の独立性もある程度認められるようになってきている。

二 それでは、国際私法分野の場合、「外国法」の適用および解釈についてどのような説明が行われてきたか。次には、この点を確認されなければならない。以下、いくつかの見解を公表順に掲げ（便宜上、各文章に①等の番号を付す）、その内容を紹介しよう。

- ① 伝統的理解（この見解は、準拠外国法の内容決定主体を当該外国法自体に求める点において「準拠法説」と、当該外国法

が同国の公用語で記述されている点に着目すると、「原典外国法説」と呼ぶことができよう。を示す例として最初に取り上げられるのは、第二次世界大戦後の時期にわが国の国際私法学を代表する論者として知られた江川英文博士の見解である。博士は以下のように述べていた。

①国際私法がその適用を命ずる外国法は単に成文法のみに限らず、不文法をも含むこともちろんであり、当該外国で現に法として妥当するものであるこというまでもない。②或る規範がかかる妥当性をもつか否かは、もとより、その外国法秩序によつて決定せらるべき問題である。③そして、国際私法が外国法の適用を命ずるのは外国法としてこれを適用することを命ずるものであつて、これを内国法とするものではない。④従つて、外国法は外国法として解釈されなければならない。⑤適用すべき明文もしくは不文の外国法が判明した場合に、その規定の解釈もまたその外国法秩序の構成部分として当該外国法秩序からこれを解釈すべきであつて、単に個々の外国法規のみを切り離してこれを内国法解釈の方法及び手続に従つて解釈すべきでないこともちろんである。⑥要するに、外国法は当該外国の裁判官の立場において、外国裁判官が解釈する如くに解釈しなければならぬ。⑦外国の判例及び学説が実定法と如何なる関係にあるかの問題も右と同様である。⑧なお、外国法の解釈に関する以上のことは、外国実定法の解釈についてのみならず、反致の原則の適用のある場合には、外国国際私法の解釈についても異なる⁽²⁶⁾ところはない。

右の第一文では、「国際私法がその適用を命ずる外国法は単に成文法のみに限らず、不文法をも含むこともちろんであり、当該外国で現に法として妥当するものであるこというまでもない」と述べて、外国法の内容如何（江川）論点①」という問いとその解答（成文法のみに限らず、不文法をも含む」、「当該外国で現に法として妥当するもの」）が示される。前半では、「外国法」が「当該外国で現に法として妥当するもの」——この表現では、当該国の公用語によるテ

キスト（「原典外国法」）が「外国法」として考えられ、日本語に翻訳されたテキスト（以下、これを「擬似外国法」または「翻訳外国法」と呼ぶ。）は「外国法」として考えられていないようにみえる——と言い換えられ、後半では、「成文法」のみに限らず、不文法をも含む」と断言されている。第二文では、「或る規範がかかる妥当性をもつか否かは、もとより、その外国法秩序によつて決定せらるべき問題である」と述べて、各規範の妥当性の有無の決定主体如何（「江川」論点②）という問いとその解答（「その外国法秩序によつて」）が記される。この説明に従えば、「不文法」が「妥当性をもつか否か」、つまり、「外国法」概念が「不文法をも含む」か否かは「その外国法秩序によつて」決定されるため、そのつど、準拠外国法自体がそのようにみなしているか否かという点が確認されなければならないはずである。しかるに、博士は、「その外国法秩序によつて」いるか否かを具体的に検証されなのまま、「不文法をも含む」と肯定説を採用する。

第三文では、「国際私法が外国法の適用を命ずるのは外国法としてこれを適用することを命ずるものであつて、これを内国法とするものではない」と述べて、外国法の適用の意味が外国法それ自体の適用か内国法としての適用なのか（「江川」論点③）という問いとその解答（「外国法として……適用することを命ずる……これを内国法とするものではない」）が示される（「外国法」国内法説の否定）。準拠法に指定される外国法の性質をどのようにみるかという点については、周知のように、外国法説と国内法（内国法）説との対立がある。それでいて、外国法説優先の論拠如何に関する説明はない。第四文では、「従つて、外国法は外国法として解釈されなければならない」と述べて、外国法の解釈が外国法そのものの解釈でなければならないか否か（「江川」論点④）という問いとその解答（「外国法として解釈されなければならない」）が示される。第三文と第四文とが「従つて」という順接の接続詞で結ばれているところから、第三文が原

因を示し、第四文が結果を表すという意味で両者間に因果関係があると考えられていることであろう。しかし、第三文の「外国法としてこれを適用する」と第四文の「外国法として解釈され……」とを対比してみると、実質的には同一内容の言い換えに過ぎないところから、二つの文章の間に因果関係がないことが分かる。

第五文では、「適用すべき明文もしくは不文の外国法が判明した場合に、その規定の解釈もまたその外国法秩序の構成部分として当該外国法秩序からこれを解釈すべきであつて、単に個々の外国法規のみを切り離してこれを内国法解釈の方法及び手続に従つて解釈すべきでない」と述べて、「外国法」規定の解釈に際して、その外国法秩序の構成部分として当該外国法秩序からこれを解釈すべきか、それとも、個々の外国法規のみを切り離してこれを内国法解釈の方法及び手続に従つて解釈すべきか（江川）論点⑤」という問いとその解答（その外国法秩序の構成部分として当該外国法秩序からこれを解釈すべき）が示される。第三文で外国法説が採用されている以上、当然の帰結といえよう。第六文では、「外国法は当該外国の裁判官の立場において、外国裁判官が解釈する如くに解釈しなければならない」と述べて、外国法は当該外国の裁判官の立場において、外国裁判官が解釈する如くに解釈しなければならないか否か（江川）論点⑥」という問いとその解答（「外国裁判官が解釈する如くに解釈しなければならない」が明示される。第七文では、「外国の判例及び学説が実定法と如何なる関係にあるかの問題も右と同様である」と述べて、外国の判例・学説と実定法との関係如何（「判例及び学説」の法源性の有無）の決定主体は誰か（江川）論点⑦」という問いとその解答（「当該外国の裁判官の立場」が示される。第六文と第七文は先の第二文と同旨である。第八文では、「外国法の解釈に関する以上のことは、外国実質法の解釈についてのみならず、反致の原則の適用のある場合には、外国国際私法の解釈についても異なる」と述べて、以上の論点①ないし⑦に対する解答が外国国際私法の解釈についても当て

はまるか否か（江川論点⑧）という問いとその解答（当てはまる）が示される。第一文の「当該外国で現に法として妥当するもの」という文言による限り、この点に異論はない。このことは、適用される「外国法」が変われば、「外国法」概念が異なり得ることを意味する。

(2) 江川博士の次の世代を代表する論者のひとり、池原季雄博士は次のように解説されていた。

①準拠法たる外国法の内容の調査・確定が内国裁判所の職権・職務に属するということは、外国法を具体的な事案に適用するための解釈等についても当然裁判所が責任を負うということである。②しかし、準拠法は当該の法域で実定法として妥当しているものとして選ばれているのであるから、準拠法たる外国法は現に当該国で法としての効力をもっているものでなければならず、且つその解釈もその外国で行なわれている通りに行なわれるのでなければ、それを準拠法に指定している抵触規定の趣旨に反することになる。

③まず、外国法とは制定法に限らないのは勿論であるが、条理、判例、或いは学説などの法源性の問題や、ある規範が果してその国で法としての効力をもっているか否かも、その外国の法秩序の立場で判断されなければならない。④従って、ある法令が当該国の憲法又は国際法（条約）に違反するときには法としての効力を有しないか否かの問題も、当然その外国の法秩序の立場にたつて解決されなければならない。⑤次に、外国法の解釈に当って、厳格な文理解釈或いはより自由な合目的解釈の何れをとるべきか、当該国の判例や学説を如何に評価するか等についても、その外国の裁判所と同じ態度で臨まなければならない。⑥但し、かように準拠法がその属する国において解釈・適用されているのと同様に、いわばその国の裁判所の立場において解釈・適用されねばならないことは、必ずしも当該国の純国内事件の場合に行なわれているのと全く同じに解釈しなければならぬという意味ではない。⑦およそ一国の法規は、それぞれその属する国の法秩序の有機的な構成部分をなしているということを考えるならば、一方その国の純国内的関係に対して総ての関連事項についても等しく同一国法の適用を予定して適用される場合と、他方涉外関係に対して他の関連事項については他国法が適用されて異なった規律・解決が行なわれることを予定して適用される場合とは、自から異なった解釈をしなければならないこともあろう。⑧従って、準拠法たる外国の法

規をその外国で行なわれているように解釈するということは、その法規がその外国で涉外事件に対して同様な関係において適用されるとすれば、そう解釈されるであろうように解釈することである。⁽²⁷⁾

右の第一文では「準拠法たる外国法の内容の調査・確定が内国裁判所の職権・職務に属するということは、外国法を具体的な事案に適用するための解釈等についても当然裁判所が責任を負うということである」と述べて、外国法を具体的な事案に適用するための解釈等について誰が責任を負うか（池原 論点①）という問いとその解答（「内国裁判所が責任を負う」）が示される。この点が取り上げられたのは、「外国法」解釈主体如何に関して、外国裁判所説と内国裁判所説の対立があることによる。内国裁判所説を採用するにあたり、博士は、第一文の主語相当部分（主節）と補語相当部分（従属節）とが同格であるとみていた。それは、「準拠法たる外国法の内容の調査・確定が内国裁判所の職権・職務に属する」という文章と「外国法を具体的な事案に適用するための解釈等についても当然裁判所が責任を負う」という文章とを言い換えとみる立場にほかならない。ここでは、「調査・確定」という行為に「解釈等」という行為も含まれている。

第二文では、「準拠法は当該の法域で実定法として妥当しているものとして選ばれているのであるから、準拠法たる外国法は現に当該国で法としての効力をもっているものでなければならず、且つその解釈もその外国で行なわれている通りに行なわれるのでなければ、それを準拠法に指定している抵触規定の趣旨に反することになる」と述べられていた。前半では、準拠法たる外国法は現に当該国で法としての効力をもっているものでなければ……それを準拠法に指定している抵触規定の趣旨に反するか否か（池原 論点②）という問いとその解答（「反する」）が、後半では、そ

の解釈もその外国で行なわれている通りに行なわれるのでなければ、それを準拠法に指定している抵触規定の趣旨に反するか否か（池原論点③）という問いと解答（「反する」）がそれぞれ示されている。前半では、「準拠法は当該の法域で実定法として妥当しているもの」と「準拠法たる外国法は現に当該国で法としての効力をもっているもの」という二つの文章が原因・理由を表す格助詞「から」で結び付けられているが、「実定法として妥当している」という文章と「現に当該国で法としての効力をもっている」という文章の内容を対比すると、両者が言い換えに過ぎず、そこに因果関係はないことが分かる。後半の「その解釈もその外国で行なわれている通りに行なわれるのでなければ、それを準拠法に指定している抵触規定の趣旨に反する」という文章を正確に理解しようとすれば、「抵触規定の趣旨」如何がまず確定されなければならない。「抵触規定の趣旨」を、「最も密接な関係」を有する法秩序に解決を委ねること、つまり、「準拠法とされた外国法上の解釈結果の尊重という意味に捉えれば、後半の文章中の条件節（「その解釈もその外国で行なわれている通りに行なわれるのでなければ」）も主節（「それを準拠法に指定している抵触規定の趣旨に反する」）も、同じ内容を述べているようにみえる。一方の、準拠法に指定するという抵触法上の行為と、他方の、指定された外国法（実質法および抵触法）の解釈とは、もちろん、次元を異にする別個の行為である。第二文の前半では「外国法」概念の内容が述べられ、後半では「外国法」の解釈について説明されている。「且つ」という言葉で結び付けられている点からみて、両者は累積（重畳）的關係にあるものとして理解されている。

第三文では、「外国法とは制定法に限らない……、条理、判例、或いは学説などの法源性の問題や、ある規範が果してその国で法としての効力をもっているか否かも、その外国の法秩序の立場で判断されなければならない」と述べて、条理、判例、学説等の法源性の有無、ある規範の当該国における法としての効力の有無の判断主体如何（池原

論点④」という問いとその解答（その外国の法秩序）が示される。第四文では、「ある法令が当該国の憲法又は国際法（条約）に違反するときには法としての効力を有しないか否かの問題も、当然その外国の法秩序の立場にたつて解決されなければならない」と述べて、個々の法令が当該国の憲法又は国際法（条約）に違反するときには法としての効力を有しないか否かの判断主体如何（池原 論点⑤）という問いとその解答（その外国の法秩序）が示される。第三文も第四文も、何が「外国法」に含まれるかの決定主体が「その外国の法秩序」であることを述べている点において、第二文の前半と共通する。

第五文では、「外国法の解釈に当って、厳格な文理解釈或いはより自由な合目的解釈の何れをとるべきか、当該国の判例や学説を如何に評価するか等についても、その外国の裁判所と同じ態度で臨まなければならない」と述べて、外国法の解釈に当って、厳格な文理解釈と、より自由な合目的解釈とのうち、何れをとるべきか、当該国の判例や学説を如何に評価するか等の判断主体如何（池原 論点⑥）という問いとその解答（その外国の裁判所）が示される。これらは、第二文後半における説明の言い換えとみられよう。

第六文では、「準拠法がその属する国において解釈・適用されているのと同様に、いわばその国の裁判所の立場において解釈・適用されねばならないことは、必ずしも当該国の純国内事件の場合に行なわれているのと全く同じに解釈しなければならぬ」と述べて、その国の裁判所の立場における解釈・適用が、必ずしも当該国の純国内事件の場合に行われているのと全く同じに解釈しなければならぬという意味か否か（池原 論点⑦）という問いとその解答（「そうではない」）が示される。第七文では、「一国の法規は、それぞれその属する国の法秩序の有機的な構成部分をなしている」ということを考えるならば、一方その国の純国内的関係に対して総ての関連事項につ

いても等しく同一国法の適用を予定して適用される場合と、他方涉外関係に対して他の関連事項については他国法が適用されて異なった規律・解決が行なわれることを予定して適用される場合とでは、自から異なった解釈をしなければならぬこともあろう」と述べて、純国内的関係に対して適用される場合と涉外関係に対して適用される場合とで異なった解釈をしなければならぬか否か（池原論点⑧）という問いとその解答（「そうしなければならぬ」）が示される。これら二つの文章は、第二文後半や第五文における提言の適用範囲に限界があるとする新たな主張にほかならない。ここでは、慎重な配慮から、適応問題への対処が考えられているようにもみえる。尤も、適応問題⁽²⁸⁾という技法は、法廷地牴触法上の適応という形式であれ、準拠外国実質法上の適応という形式であれ、あくまでも、準拠外国実質法の解釈結果が確定した後に現れる法廷地牴触法上の技法であって、準拠外国実質法の当初の解釈行為とは次元を異にする。つまり、「国際私法上特別の規定のないかぎり、事物の性質上その法律関係に、より密接な関係に立つ法秩序が優先すべきである」⁽²⁹⁾とする法廷地牴触法上の適応であれ、「実質法的利益を衡量し、準拠実質法秩序の中にいて、実質法の解釈・適用を操作する」⁽³⁰⁾という準拠外国実質法上の適応であれ、当初掲げられた「その国の裁判所の立場において解釈・適用されねばならない」とする原則がいつどのような要件のもとで排除されるかを示す、右原則の適用基準、つまり、準拠法に指定された外国法を「当該国の純国内事件の場合に行なわれているのと全く同じに解釈しなければならぬ」か否かという新たな論点の判断基準（当初の判断基準の適用基準）は、やはり、「その国の裁判所の立場において解釈・適用され」た内容によるとする当初の判断基準以外に求めざるを得ないであろう。

第八文では、「従って、準拠法たる外国の法規をその外国で行なわれているように解釈するということは、その法規がその外国で涉外事件に対して同様な関係において適用されるとすれば、そう解釈されるであろうように解釈する

ということである」と述べて、準拠法たる外国の法規をその外国で行われているように解釈するということの意味如何（池原）論点⑨」という問いとその解答（その法規がその外国で涉外事件に対して同様な関係において適用されるとすれば、そう解釈されるであろうように解釈すること）が示される。「その法規がその外国で涉外事件に対して同様な関係において適用される」という文章は、準拠外国実質法の解釈が行われる場面が、当該国の涉外事件——連結点に違いがあり得るにせよ、結局は、法廷地の法、つまり、当該国の国内法が適用される場合——に限られるという趣旨で用いられている。しかし、準拠外国実質法上のある規定の解釈につき当該国でまだ涉外先例がない場合、当該国の純国内事件における解釈と今後生じ得る涉外事件における解釈とをどのように区別し、空白とされた、涉外事件における解釈方法をどのように補充するのだろうか。この点の解説がない以上、右の指摘の当否を判定することはできないであらう。

(3) 折茂豊博士の見解は以下の通りである。

①裁判所は、外国法を適用するにあたっては、その法の解釈を必要とする場合もあるであらう。②かような解釈は、あくまで外国法のそれなのであるから、当の外国の判例や学説などを参照しながら、あたかもその国の裁判所がそれをなすごとくしなければならぬこととなるであらう。³¹⁾

右の第一文は、「裁判所は、外国法を適用するにあたっては、その法の解釈を必要とする場合もある」と述べて、外国法の解釈を必要とする場合の有無（折茂）論点①」という問いとその解答（「あろう」）が示される。むろん、法規

の機械的適用によつていわば自動的に結論が出る（すべての解釈が一致する）場合を除けば、紛争の発生それ自体が解
 積上の対立を含蓄する。第二文は、「かような解釈は、あくまで外国法のそれなのであるから、当の外国の判例や学
 説などを参照しながら、あたかもその国の裁判所がそれをなすがごとくにしなければならぬ」と述べて、外国法の
 解釈は、当の外国の判例や学説などを参照しながら、その国の裁判所がなすがごとくにしなければならぬか否か
 （折茂 論点②）という問いとその解答（「その国の裁判所がそれをなすがごとくにしなければならぬ」）が示される。これ
 は、江川説の第四文および第五文ならびに池原説の第二文後半と旨とみられよう。

第二文では、前半の「かような解釈は、あくまで外国法のそれなのである」という文章と後半の「当の外国の判例
 や学説などを参照しながら、あたかもその国の裁判所がそれをなすがごとくにしなければならぬ」という文章とが
 原因・理由を示す「から」という格助詞で結ばれているが、両者の因果関係の存在については何ら説明がない。とい
 うのは、前半の「かような解釈は、あくまで外国法のそれなのである」と後半の「その国の裁判所がそれをなすがご
 とくに」という記述との間に内容上の違いがないようにみられるからである。

(4) 山田鐮一博士はこの点に関して以下のように述べられる。

①外国法が適用される場合には、外国法の解釈がなされなければならない。②外国法は外国法として適用されるべきもの
 である以上、外国法の解釈は、わが国の裁判所としての立場からでなく、当該外国裁判所としての立場において、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。³²⁾

右の第一文は、「外国法が適用される場合には、外国法の解釈がなされなければならない」と述べて、外国法解釈の要否（山田）論点①」という問いとその解答（「外国法の解釈がなされなければならない」）が示される。折茂説の第一文と同旨である。第二文は、「外国法は外国法として適用されるべきものである以上、外国法の解釈は、わが国の裁判所としての立場からでなく、当該外国裁判所としての立場において、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」と述べて、外国法の解釈は、わが国の裁判所としての立場からでなく、当該外国裁判所としての立場において、当該外国の裁判官がなすようになされるべきか否か（山田）論点②」という問いとその解答（当該外国裁判所としての立場において、当該外国の裁判官がなすようになされる」）が示される。この指摘も、折茂説の第二文と同様、江川説の第四文および第五文、池原説の第二文後半に対応する。

(5) 溜池良夫博士の場合、次のように解説されている。

①まず、厳格な文理解釈によるのか、合目的な解釈によるのかといった解釈方法については、その外国の裁判所の採用する方法によるべきである。②つぎに、外国法の規定が、たとえ内国法の規定と外形的に同一であっても、その外国法秩序の構成部分として解釈すべきであつて、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（③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ふことである。④欧米においては、異国が同一言語で同一文の法律概念を用いている場合があり、内国の法律概念と外形的にまったく同じ外国の法律概念も存在する）。⑤ポルトガル民法二三条一項も、「外国法は、それが属する法体系に従ひ、かつその法体系により確立された解釈規則に合致して解釈される」と規定している。

⑥もっとも、外国法の規定を外国法秩序の構成部分として解釈する場合においても、必ずしも、その国において純粹の国内的私法関係に適用される場合における解釈によるのではなく、その国において、国際的私法関係に適用される場合における解

右の第一文は、「厳格な文理解釈によるのか、合目的解釈によるのかといった解釈方法」を取り上げ、解釈方法についてその外国の裁判所の採用する方法によるべきか否か（溜池）論点①」という問いとその解答（「その外国の裁判所の採用する方法によるべき」）が示される。これは、江川説の第四文および第五文、池原説の第二文後半、折茂説の第二文、山田説の第二文と同旨とみることができる。第二文は、「外国法の規定が、たとえ内国法の規定と外形的に同一であつても、その外国法秩序の構成部分として解釈すべきであつて、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」と述べて、外国法の規定が内国法の規定と外形的に同一であつても、その外国法秩序の構成部分として解釈すべきであつて、その規定だけを切り離して内国法の解釈によつてはならないか否か（溜池）論点②」という問いとその解答（「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」）が示される。これは、江川説の第四文と同趣旨である。涉外事件では、単位法律関係の特質に合わせて連結点を別々に定めるといふモザイク的規律（実質と方式との分離、成立と効力との分離等）が行われている。右の指摘は、論点③に準拠外国実質法上の規定を適用する際に、当該法体系全体の趣旨を考慮して、当該規定を解釈すべきであるという趣旨であり、準拠外国実質法の適用結果相互間での調整を意図したものではない（その調整は適応問題の解決に委ねられている）。

第三文は、「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」と述べて、外形的に同一な外国法とは何か（溜池）論点③」という問いとその解答（「日本語に翻訳して外形的に同一になる」）が示される。「日本語に翻訳して」という表現が示すように、溜池説の場合、「外国法」は、右の諸説が前提とした真

の意味での「外国法」（原典外国法）ではなく、「擬似外国法」（翻訳外国法）に転換されているようにみえる。このようにみると、溜池説の場合、「外国法」を「擬似外国法」に置き換えた時点で、この第三文の内容と第一文（解釈方法については、その外国の裁判所の採用する方法による）のそれとがどのように調整されるかの説明が求められることとなる。この点を問うのは、外国裁判所の裁判官が、自国の公用語で表現された「外国法」（原典外国法）ではなく、日本語に翻訳された自国法（翻訳外国法）を解釈するという状況を想定し得ないところから、どのようにすれば、「日本語に翻訳」された「擬似外国法」を「その外国の裁判所の採用する方法」によって解釈することができるかという点について補足説明が求められるはずだからである。

第四文は、「欧米においては、異国が同一言語で同一文言の法律概念を用いている場合があり、内国の法律概念と外形的にまったく同じ外国の法律概念も存在する」と述べて、同一言語で同一文言の法律概念を用いている場合、内国の法律概念と外形的にまったく同じ外国の法律概念も存在するか否か（溜池）論点④」という問いとその解答（「存在する」）が示される。ただこの点に関しては、「スイス法およびオーストリア法においては、ドイツ法とまったく同一の *Eigentum* という語が用いられているが、ここでは『所有権』の意味するところもいくらか異なっている。少なくとも、一部では、ドイツ法におけるものとは別の諸法規が含まれ、それらの法規からスイス法およびオーストリア法上の所有権という制度が別に組み立てられている」とする別の指摘もある。こうみると、溜池博士の主張の適用範囲も限定されていることが分かる。⁽³⁵⁾

第五文は、「ポルトガル民法二三条一項も、『外国法は、それが属する法体系に従い、かつその法体系により確立された解釈規則に合致して解釈される』と規定している」と述べて、ポルトガル法規の内容如何（溜池）論点⑤」とい

う問いとその解答（「外国法は、それが属する法体系に従い、かつその法体系により確立された解釈規則に合致して解釈される」）が示される。ポルトガル民法典中のこの規定⁽³⁶⁾の言及は、同旨の外国立法例の参照という形式を採ってはいるものの、実質的には、先の第一文における主張（「その外国の裁判所の採用する方法によるべき」）の反復とみることができよう。

第六文は、「外国法の規定を外国法秩序の構成部分として解釈する場合においても、必ずしも、その国において純粹の国内的私法関係に適用される場合における解釈によるのではなく、その国において、國際的私法関係に適用される場合における解釈によるべきである」と述べて、外国法の規定を外国法秩序の構成部分として解釈する場合、純粹の国内的私法関係に適用される場合における解釈によるのではなく、國際的私法関係に適用される場合における解釈によるべきか否か（溜池）論点⑥」という問いとその解答（「國際的私法関係に適用される場合における解釈によるべきである」）が示される。この主張は池原説の第七文と同旨であり、そこでの指摘がそのまま当てはまる。

(6) 櫻田嘉章教授の場合、次のように説明されている。

①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で、また法とされるものもその外国法秩序によって決定される。②成文法のみならず判例法、慣習法、条理などの法源性や拘束力、ある規範が妥当力を有するか否か、上位規範との関係もこれによる。③外国法は、國際私法により準拠法として指定されることよって外国法として適用されるので、具体的事案に適用されるべき外国法規範はその外国法秩序の一部として解釈、適用され、わが国の解釈方法論や法觀念に従って理解されるべきではない。④外国法の一部欠缺の場合にもその補充はその準拠法に従ってなされなければならない。⑤また準拠法としての内国法の解釈にあたっては、ときには純粹の内国事案について適用される場合と異なり、涉外性に対する配慮

を必要とすることもある……⁽³⁷⁾。

右の第一文の前半では、「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」と述べて、外国法はその外国において行われるように解釈すべきか否か（櫻田 論点①）という問いとその解答（「外国法はその外国において行われるように解釈すべき」が示される。後半では、「準拠法としての外国法……とされるものもその外国法秩序によって決定される」と述べて、外国法に何が含まれるかという点がその外国法秩序によって決定されるか否か（櫻田 論点②）という問いとその解答（その外国法秩序によって決定される」）が示される。前半の「外国法」の概念の定義は、江川説の第一文、池原説の第二文前半、第三文、第四文と同旨であり、後半の「外国法」の解釈方法如何は、江川説の第四文および第五文、江川説の第二文後半、池原説の第五文、折茂説の第二文、山田説の第二文、溜池説の第一文の趣旨と共通する。

第二文は、「成文法のみならず判例法、慣習法、条理などの法源性や拘束力、ある規範が妥当力を有するか否か、上位規範との関係もこれによる」と述べて、前半では、判例法、慣習法、条理などの法源性の有無の決定主体如何（櫻田 論点③）という問いとその解答（その外国法秩序によって決定される」）が、後半では、拘束力、ある規範が妥当力を有するか否か、上位規範との関係如何の決定主体如何（櫻田 論点④）という問いとその解答（その外国法秩序によって決定される」）が示される。これらは、第一文前半の主張をより具体化したものとみることができよう。

第三文は、「外国法は、国際私法により準拠法として指定されることによって外国法として適用されるので、具体的事案に適用されるべき外国法規範はその外国法秩序の一部として解釈、適用され、わが国の解釈方法論や法観念に

従って理解されるべきではない」と述べる。前半では、具体的事案に適用されるべき外国法規範はその外国法秩序の一部として解釈、適用されるか否か（〈櫻田〉論点⑤a）という問いとその解答（「外国法として適用される」）が、後半では、わが国の解釈方法論や法観念に従って理解されるべきか否か（〈櫻田〉論点⑤b）という問いとその解答（「わが国の解釈方法論や法観念に従って理解されるべきではない」）が示される。前半の「外国法」がそのまま「外国法」として国内で適用されるという点は、江川説の第三文等と旨であり、後半の指摘は、江川説の第四文および第五文、池原説の第二文後半、第五文、折茂説の第二文、山田説の第二文、溜池説の第一文の趣旨に通じよう。

第四文は、「外国法の一部欠缺の場合にもその補充はその準拠法に従ってなされなければならない」と述べて、外国法の一部欠缺の場合における補充方法如何（〈櫻田〉論点⑥）という問いとその解答（「その外国法秩序によって決定される」）が示される。この点も、第一文前半の主張をより具体化したものとみることができよう。

第五文は、「準拠法としての内国法の解釈にあたっては、ときには純粹の内国事案について適用される場合と異なり、涉外性に対する配慮を必要とすることもある」と述べて、準拠法としての内国法の解釈にあたっては、ときには純粹の内国事案について適用される場合と異なり、涉外性に対する配慮を必要とすることもあるか否か（〈櫻田〉論点⑦）という問いとその解答（「準拠法としての内国法の解釈にあたっては……涉外性に対する配慮を必要とすることもある」）が示される。その趣旨は、池原説の第六文および第七文、溜池説の第五文と旨とみることができよう。なお、第五文で「内国法」と記されている点について、先の第三文で「外国法は……外国法として適用される」と述べられている点、また、右の引用個所に先立つ個所の見出しで「外国法の確定・解釈」（一二六頁）と表現されていた点からみて、そこでの解釈対象が「外国法」であるとする認識には変わりがないものと推測される。

(7) 道垣内正人教授による解説は以下の通りである。

①外国法が準拠法となるということは、その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ということである。②外国法の条文のみを翻訳し、日本法の観念に従って解釈してはならない。③外国の判例法を適用する場合、判例にどのような権威が認められているかも当該外国法秩序の中で決定されなければならない。④もつとも、事案の涉外性により、当該外国における純粹な国内事案への適用とは異なる適用となることもあり得よう。⁽³⁸⁾

右の第一文は、「外国法が準拠法となる」ということは、その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ということである」と述べて、その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ということか否か（〈道垣内〉論点①）という問いとその解答（「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」ということ）が示される。これは、江川説の第三文、池原説の第二文と旨とみることができると述べて、第二文は、「外国法の条文のみを翻訳し、日本法の観念に従って解釈してはならない」と述べて、外国法の条文のみを翻訳し、日本法の観念に従って解釈してもよいか否か（〈道垣内〉論点②）という問いとその解答（「外国法の条文のみを翻訳し、日本法の観念に従って解釈してはならない」）が示される。これは、「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」とする第一文の後半を言い換えたものであり、江川説の第四文および第六文、池原説の第二文後半、折茂説の第二文、山田説の第二文、溜池説の第二文、櫻田説の第一文後半、これらの趣旨と共通する。

第三文は、「外国の判例法を適用する場合、判例にどのような権威が認められているかも当該外国法秩序の中で決定されなければならない」と述べて、判例にどのような権威が認められているかの決定主体如何（〈道垣内〉論点③）

という問いとその解答（「当該外国法秩序による」）が示される。これは、江川説の第七文、池原説の第三文、櫻田説の第二文、これらと同旨である。第四文は、「もつとも、事案の涉外性により、当該外国における純粋な国内事案への適用とは異なる適用となることもあり得よう」と述べて、事案の涉外性により、当該外国における純粋な国内事案への適用とは異なる適用となることもあり得るか否か（〈道垣内〉論点④）という問いとその解答（「事案の涉外性により、純粋な国内事案への適用とは異なる適用となることもあり得る」）が示される。これは、池原説の第六文、溜池説の第六文、櫻田説の第五文と同旨とみることができる。

三 右の国際私法分野の伝統的理解は民事訴訟法分野にも見出される。山本和彦教授は次のように整理されている。

①外国法に関する基礎資料が収集された後は、それに基づき法的判断を行う過程がある。……②裁判所の本来的な職責ということになる。……③この場合、その対象が外国法であることから、外国の裁判所であればそのように判断したと考えられる内容の判断をすべき義務が日本の裁判所に観念されることとなる。④たとえば、解釈の姿勢として、文理解釈が一般である外国法であれば、目的解釈等の解釈手法によらないことが求められる。⑤ただ、当該外国法に関する資料によれば、具体的問題についての外国裁判所の判断が明確でない場合には、その他の資料から、当該外国裁判所であれば判断するであろうと考えられる内容の法規範を引き出して前提にすべきことになるし、また外国裁判所が一定の判断を示しているときも、その判断が他の判断と明らかに整合性を欠くような例外的場合は、日本の裁判所は当該外国裁判例と異なる判断をすることもできる。……⑥日本の裁判所が外国裁判所の立場に立てばそのように判断すべきと考える場合には、判例と学説の対立がある場合に学説に依拠したり、最上級審の判決と異なる判断をしたりすることも可能と解される。³⁹⁾

右の第一文では「外国法に関する基礎資料が収集された後は、それに基づき法的判断を行う過程がある」と述べて、外国法に基づき法的判断を行う過程があるか否か（山本）論点①」という問いとその解答（ある）が示される。これは、「裁判所は、外国法を適用するにあたっては、その法の解釈を必要とする場合もあるであろう」とする折茂説の第一文に通じる見方といえよう。第二文では「裁判所の本来的な職責ということになる」と述べて、外国法に基づき判断が裁判所の本来的な職責であるか否か（山本）論点②」という問いとその解答（本来的な職責である）が示される。これは、池原説の第一文と共通する。

第三文では「この場合、その対象が外国法であることから、外国の裁判所であればそのように判断したと考えられる内容の判断をすべき義務が日本の裁判所に観念されることとなる」と述べて、外国の裁判所であればそのように判断したと考えられる内容の判断をすべき義務が日本の裁判所に観念されるか否か（山本）論点③」という問いとその解答（観念される）が示される。これは、江川説の第四文および第五文、池原説の第二文後半、折茂説の第二文および山田説の第二文、溜池説の第一文、櫻田説の第一文、道垣内説の第一文、これらと同旨である。第四文では「解釈の姿勢として、文理解釈が一般である外国法であれば、目的解釈等の解釈手法によらないことが求められる」と述べて、一般に文理解釈が採用されている場合、目的解釈等によることができるか否か（山本）論点④」という問いとその解答（できない）が示される。これは、池原説の第五文、溜池説の第一文と同旨である。

第五文の前半では「当該外国法に関する資料によれば、具体的問題についての外国裁判所の判断が明確でない場合には、その他の資料から、当該外国裁判所であれば判断するであろうと考えられる内容の法規範を引き出して前提にすべきこととなる」と述べて、外国裁判所の判断が明確でない場合に、その他の資料から、当該外国裁判所であれば

判断するであろうと考えられる内容の法規範を引き出して前提にすべきか否か（山本）論点⑤a）という問いとその解答（「……すべきである」）が示される。これは、櫻田説の第四文と共通する。なお、山本教授の説明では「具体的問題についての外国裁判所の判断が明確でない場合」と条件が付されていた。この点に関しては、「外国裁判所の判断が明確」か否かの定義如何に関する補充説明が求められよう。というのは、これに続く文章で「その他の資料から、当該外国裁判所であれば判断するであろうと考えられる内容の法規範を引き出」すことができる局面が挙げられているが、「……法規範を引き出」すことができるというのであれば、それは「外国裁判所の判断が明確でない場合」に当たらないようにもみえるうえ、逆に、「……明確でない」とすると、「……法規範を引き出」すことはできないともみられ得るからである。第五文の後半では、「外国裁判所が一定の判断を示しているときも、その判断が他の判断と明らかに整合性を欠くような例外的場合は、日本の裁判所は当該外国裁判例と異なる判断をすることもできる」と述べて、例外的場合は、日本の裁判所は当該外国裁判例と異なる判断をすることもできるか否か（山本）論点⑤b）という問いとその解答（「できる」）が示される。右の文中の「他の判断」とは、むしろ、当該外国裁判所による判断でなければならない。そこで想定されているのは、おそらく外国裁判所の判断内容が複数併存している場合、しかも、一方の判断例がごく少数である（例外）のに対し、より多くの判断例が他方に存在する（原則）という意味で、両者間に「明らかに整合性」が欠けている場合であろう。第三文の「外国の裁判所であればそのように判断したと考えられる内容の判断をすべき義務が日本の裁判所に観念される」という指摘を前提とすると、日本の裁判所は、外国裁判所が示した複数の解決策の中から、いずれを採用するかの判断を下すこととなる。しかし、それは、あくまでも当該外国裁判所による判断の一部であって、日本の裁判所が「当該外国裁判例と異なる判断をする」場合には当たらない

いようにみえる。第六文では「日本の裁判所が外国裁判所の立場に立てばそのように判断すべきと考える場合には、判例と学説の対立がある場合に学説に依拠したり、最上級審の判決と異なる判断をしたりすることも可能と解される」と述べて、判例と学説の対立がある場合に学説に依拠したり、最上級審の判決と異なる判断をしたりすることも可能と解されるか否か（山本 論点⑥）という問いとその解答（「可能と解される」）が示される。もちろん、ここでも、第三文の「外国の裁判所であればそのように判断したと考えられる内容の判断をすべき義務が日本の裁判所に觀念される」という指摘が前提とされているはずである。そうすると、「判例と学説の対立がある場合に学説に依拠」することができるか否か（どちらの法源が優先するか）、また「最上級審の判決と異なる判断を」することができるか否か（最上級審判例の法源上の序列順位如何）の決定基準は当該外国法でなければならぬ。こうした理解に誤りがないとすれば、その後の処理方法如何という点も当該外国法によって定められることとなり、右の文のように、日本の裁判所がそのように判断できるとは言い得ない（内国裁判所に選択の余地はない）こととなる。

三 伝統的理解への疑問

一 準拠法に指定された外国法をどのように解釈すべきかに関する国際私法分野の伝統的理解は、初期に示された江川説の表現を借りれば、「外国法は外国法として解釈されなければならない……その規定の解釈もまたその外国法秩序の構成部分として当該外国法秩序からこれを解釈すべき」とするものであった。こうした伝統的理解が今日でも妥当するか否かの検討にあたっては、以下の二点が考慮されなければならない。そのひとつは、右の見解がわが国の

実務にどれだけ正確に理解され、受け入れられているかという点であり、他のひとつは、伝統的理解は学理上どのように評価されるかという点である。

二 まず、司法実務の動向をみておこう。ごく最近の裁判例三件に限るとしても、伝統的理解がわが国の実務に定着していないことが分かる。というのは、伝統的理解の核心を成す「外国法」概念として、当該国の公用語によるテキスト（「原典外国法」）に代えて、日本語に翻訳されたテキスト（「擬似外国法」、「翻訳外国法」）が用いられていることがすぐに判明するからである。

(1) 最初の例は、相続分不存在確認請求事件における東京地裁平成二八年二月二日判決⁽⁴⁰⁾である。平成一〇年に死亡した大韓民国人Aには、妻Bのほか、原告X、被告Y₁およびY₂、訴外C、以上四人の子がいた（A以外の国籍不明）。Xは、被相続人Aに係る相続について、被告Y₂が相続分を有しないことを確認する旨を訴求した。法の適用に関する通則法第三六条に基づいて「本件相続は大韓民国の法律による」と判示された本件では、大韓民国法の適用を念頭において、韓国民法の関連条文が挙げられていた。⁽⁴¹⁾ 判旨は以下のように述べている。

別紙記載の韓国民法の関連規定の趣旨を含め、韓国民法の規定ないしその解釈に関する書証《略》を検討しても、韓国民法上、原告の主張するような相続分の放棄が認められると判断するに十分でない……。

(1) 別紙記載の韓国民法の関連規定の趣旨によると、韓国民法には、相続の放棄を認める規定があるのに対し、これとは別に相続分の放棄を認める旨の明文の規定や、相続分の放棄が認められることを前提としていると解される規定を見出すことはできない。……

(2) ……韓国民法の解釈に関する裁判例、文献についても、上記のとおり提出された書証をみる限り、相続の放棄とは別に相続分の放棄を認める見解を明示するものはない。

(2) 別紙記載の韓国民法の関連規定の趣旨によれば、韓国民法一〇一一条一項は、相続分の譲渡があった後の法律関係について規定しており、その前提として、同法は相続分の譲渡を認めるものと解される。⁽⁴²⁾ ……

伝統的理解に従えば、準拠法たる外国法は「外国法として解釈されなければならない」(江川)論点④。しかし、判旨では、「外国法は外国法として解釈されなければならない……その規定の解釈もまたその外国法秩序の構成部分として当該外国法秩序からこれを解釈すべき」とする理解が実践されていないようにみえる。判旨では「韓国民法一〇一一条一項は、相続分の譲渡があった後の法律関係について規定しており、その前提として、同法は相続分の譲渡を認めるものと解される」と述べて、「韓国民法」に言及しているが、どの法文のどの文言を「当該外国法秩序から」どのように「解釈」したかが説明されないまま、解釈結果のみが示されている。また、判旨に掲げられた韓国民法の諸規定はいずれも日本語訳であり、大韓民国の裁判例、学術文献等について具体的な記載がない。伝統的理解からみると、大韓民国の裁判所が解釈するように日本の裁判所も解釈したとは到底言い得ないであろう。

(2) 次の事例は、中国に暮らす中国人妻Xが日本で暮らす日本人夫Yに対して、婚姻費用の支払を求めた事案である。東京家裁平成二九年一月二日八日審判は、「Yは、Xに対し、九〇万円を支払え」(主文第一項)と命じ、「Yは、Xに対し、別居期間中の婚姻費用の分担として、平成二九年一月から離婚又は別居解消に至るまで、月額六万円を……支払え」(同第二項)と判示した。扶養義務の準拠法に関する法律第二条第一項本文により、扶養権利者Xの常居

所地法である中国法が準拠法に指定された本件の場合、中国法はどのように解釈され、どのように適用されていたのだろうか。判旨は次のように述べている。

(1) 中国法上、夫婦間と未成年者の子に対する扶養義務は絶対的なものと解されているところ、夫婦は別居した場合でも、自己と同程度の生活を保障する義務を負っているというべきである。

(2) X及び長女が中国に在住しており、婚姻費用の算定方法が問題となる。この点、日本の家庭裁判所で用いられる算定方式は、義務者世帯と権利者世帯が同居していると仮定し、義務者及び権利者の各総収入から税法等に基づく標準的な割合による職業費及び特別経費を控除して得られた各基礎収入の合計額を世帯収入とみなし、これを、生活保護基準及び教育費に関する統計から導き出される標準的な生活費指数によって推計された権利者世帯及び義務者世帯の各生活費で按分して権利者世帯に割り振られる婚姻費用から、権利者の基礎収入を控除して、義務者が負担すべき婚姻費用を算定する方式……が用いられている。本件において、当事者双方は、標準算定方式の考えに基づいて婚姻費用を定めるにつき異議を述べなかつたので、標準算定方式を用いて婚姻費用を算定することとする。……⁽⁴⁴⁾

伝統的理解では、準拠法たる外国法は「外国法として解釈されなければならない」（江川説の第四文）と解説されていた。この審判では、しかし、「中国法」という言葉を使つてはいても、どの法律の第何条が適用されたのかが具体的に説明されていないため、どの文言をどのように解釈すれば、「夫婦は別居した場合でも、自己と同程度の生活を保障する義務を負っている」という結果が導かれるのか、その道筋を辿ることができない。

それでは、この点は控訴審で改められたのだろうか。東京高裁平成三〇年四月一九日決定⁽⁴⁵⁾では、原審の主文第一項中の金額が九四万円に増額され、同第二項のそれが月額四万七〇〇〇円に減額されているが、準拠法に関する説示に

変更はない。というのは、「原審判の『理由』中の……記載のとおり」と判示され、中国法が準拠法とされているにも拘らず、Xの申立を認容する根拠となる具体的法規が挙げられていないからである。このようにみると、本件でも、「外国法として解釈されなければならない」とする伝統的理解が少しも実践されていないことが分かる。

(3) それでは、これら身分関係事件にみられた問題性は、財産関係事件の場合、克服されているのだろうか。ここでは、汽船を所有するX法人（設立準拠法不明）と同船を運航するY法人（設立準拠法不明）との間で、英国法を準拠法とし、備船料支払い通貨を米ドルとする定期備船契約が締結されたところ、Yの再生手続開始後もYが同船を使用していたことで生じた定期備船料およびこれに対する遅延損害金等をXがYに訴求した民事再生債権・共益債権請求事件を取り上げよう。東京地裁平成三〇年五月九日判決は請求の一部を認容しているが、不当利得返還請求権の発生、相殺の抗弁、再抗弁等、個々の論点について判断する際に外国法のどの法律のどの条文をどのように解釈するかという点にまったく触れていなかった。

それでは、この点は控訴審で改められたのだろうか。東京高裁平成三二年一月一六日判決では、法の適用に関する通則法第一四条ではなく、第一五条により「上記利得は……本件定期備船契約に関連して生じたものといえるから、本件定期備船契約の準拠法であることに争いのない英国法と密接な関連があることは明らかである」と述べて、「本件不当利得返還請求権の準拠法は英国法である」と判示した。

ア 英国法における不当利得返還請求権について

(ア) 不当 (unjust) にいふ

国家法体系における外国法の解釈について（山内）

……英国法を準拠法として本件不当利得返還請求権の成立及び効力について検討すると、甲47（イングランド及びウェールズの高等法院のソリシターとして継続的に執務しており、ロンドン海事仲裁協会の賛助会員でもあるWilliam Chetwood弁護士の見書）によれば、英国法の下で不当利得（Unjust Enrichment）の返還を求めるためには、利得が不当（unjust）なものでなければならぬとされている。すなわち、最高法院（貴族院）判決の中で Hoffman 裁判官が述べたように「英国法は、法的基礎（例えば借入、贈与、和解など）なしに支払われた金銭を保持することは不当利得になるという一般原則を採用していない。：イングランドでは、支払われた状況は、法が受取人による保持が不当であると十分にであると認識する範疇の中に入ると請求者が証明しなければならない。」（*Deutsche Morgan Grenfell Plc v IRC* [2006] UKHL 49）のであり、また不当利得に関する主要なテキストにおいても「請求者が補償のための積極的理由を証明しなければならない。」（*Goff & Jones, the Law of Unjust Enrichment, para 1-25*）とされている、というのであって、他に上記見解と異なる解釈を裏付ける証拠はない。

以上を前提として、本件における「不当」の要件該当性を検討すると、一般に、定期備船契約で、契約が終了して返船が行われる際に、船舶に残存する燃料は抜かずに船舶所有者が引き取り、残存燃料代金は未払備船料その他の費用と清算することとされている（前提事実(3ウ)）のは、船舶から取り出された燃料は、品質が保証されない使用済みの燃料とみなされ換価が困難であり、場合によっては処理費用が必要となるほか、船舶が海上にあるときは、通常は燃料の取出しに必要な設備のある港に航行した後に陸揚げをするため、港に航行するまでに必要な燃料を消費せざるを得ないこと、返船時に備船者が燃料の全量を抜き取った上で船舶所有者が新たに供給した燃料のみで航行することは、事実上不可能であることが理由であって、それ自体は合理的なものといえる。そして、本件についていえば、本件船舶の返船は、被控訴人による本件解除の結果されたものであって、被控訴人は控訴人に対し逸失利益の賠償責任を負う立場にあり、被控訴人が残存燃料の返還請求権を行使することができなくなったのも、本件解除に伴う本件船舶の返船により必然的に生じた結果であって、専ら被控訴人に帰責事由があり、被控訴人もそのことを予め想定しつつ本件解除をしたと考えられるから、仮に控訴人が残存燃料代金相当の利得を得たとしても、それが直ちに不当なものであるとはいえない。

そうすると、本件不当利得返還請求権について、英国法における「不当」の要件に該当すると認めることはできない。

(イ) 控訴人の利得について

a 本件残存燃料と損益相殺について

次に、英国法における不当利得返還請求権の他の要件として、前記の甲47によれば、請求を受ける者が利益を得たことと、その利得が請求者の支出において得られたものであることが挙げられている。

そこで、控訴人の利得につき検討するに、文献によると、英国法においては、契約違反の結果として請求者によって得られた利益（例えば、部分的な履行から得られた利益、請求者のもとに残された何らかの物の残存価値など）は契約違反から生じた損害に対して控除されなければならないという「ネットの損害」のアプローチ（net loss approach）（甲50の1（Chitty on Contracts, 30th edn. Vol 1（2008）pp.1598）ないし損益相殺（benefit accruing）（甲48（島田真琴「イギリス取引法入門」（平成二六年）一五二頁）が適用される。被控訴人は、上記の根拠となる法律や判例についての主張がないと指摘するが、甲48・一五三頁では、英国の貴族院判例 British Westinghouse Co. Ltd. v Underground Electric Railways Co. of London Ltd. [1912] AC 673 (HL) が紹介されており、甲50の1・一五九八頁脚注8では、上記判例に加え、別の貴族院判例 Westwood v Secretary of State for Employment [1985] A.C. 20, 44も引用されている。定期備船契約においても、甲47によれば、備船者が長期定期備船契約の履行を拒絶した事案において、履行拒絶された時点における船中の燃料の価値を反映して損害額の減額がされた裁判例（The Unta [2015] 2 Lloyd's Rep. 518）があるほか、船主が備船者に対し不当な契約解除を理由に損害賠償を求めた事案で、船主の損害額から返船時の燃料代を控除したロンドンの仲裁例もある。

.....

したがって、控訴人が、残存燃料代相当額の利得を得ているとは認められない⁽⁴⁶⁾。

右の引用が示すように、この判決では確かに連合王国「最高法院〔貴族院〕判決」に言及されている。しかし、「当該外国の裁判官の立場において、外国裁判官が解釈する如くに解釈しなければならない」とする伝統的理解に限る限り、英国の裁判官が解釈の対象とする英語表記の法源（「原典外国法」）に基づいて英国法が解釈されていないければならない。しかし、「『不当』の要件該当性を検討する」前提部分の判示内容をみると、「英国法の下で不当利得（Unjust Enrichment）の返還を求めるためには、利得が不当（unjust）なものでなければならぬとされている」とす

る説明の後、日本語で「法が受取人による保持が不当であるとするに十分であると認識する範疇の中に入ると請求者が証明しなければならぬ」とか「請求者が補償のための積極的理由を証明しなければならぬ」とかと述べられるにとどまり、英語法源の英語による解釈内容は示されていない。

また、不当利得返還請求権の成立要件——①「不当」概念に該当すること、②請求を受ける者が利益を得たこと、③その利得が請求者の支出において得られたものであること——に関する説示では、判旨は、「控訴人が残存燃料代相当額の利益を受けたとはいえない……したがって、控訴人が、残存燃料代相当額の利得を得ているとは認められない」、「以上によれば、英国法を準拠法として、本件不当利得返還請求権の成立は認めることができず、本件不当利得返還請求権の発生……に関する被控訴人の主張は理由がない」と述べられていた。⁴⁷「控訴人が残存燃料代相当額の利益を受けたとはいえない」と判断されたのは、そのことが証明されていなかったからである。それでは、何をどうすれば、「受取人による保持が不当であるとするに十分であると認識する範疇の中に入ると請求者が証明」できたことになるのだろうか。証明を尽くしたと言えるか否かの判断基準があらかじめ示されていないならば、当事者にとって予見可能性があるとは言いがたい。この点も、連合王国裁判例の中に探求されなければならないであろうが、判旨はこの点について何も述べていない。⁴⁸このようにみると、この事案でも、伝統的理解が「外国法」の解釈に活かされていないことが明らかとなろう。

三 それでは、伝統的理解は学理からみてどのように評価されるのだろうか。

(1) まず、準拠外国法の概念を誰が決定するかを取り上げよう。伝統的理解では、内国裁判所説が採用されてい

た。

池原説の第一文は、内国裁判所説を採用するにあたり、「準拠法たる外国法の内容の調査・確定が内国裁判所の職権・職務に属するということ」と「外国法を具体的な事案に適用するための解釈等についても当然裁判所が責任を負うということ」を同格とみていた。この両者をなぜ同格とみることができるとは明らかではない。というのは、前述のように、「調査・確定」という行為に「解釈」が含まれるとする前提が承認されていなければ、両者は同格とは言い得ないところ、「調査・確定」という行為に「解釈」を含めるか否かという前提の成否それ自体がひとつの政策的論点となり得るはずだからである。山本説の第一文および第二文では、「外国法に関する基礎資料が収集された後は、それに基づき法的判断を行う過程がある……裁判所の本来的な職責ということになる」と説明されていた。憲法第七六条第一項の趣旨を考慮すれば、「法的判断を行う」ことが「裁判所の本来的な職責」である点に疑いはない。しかし、「外国の裁判所であればどのように判断したと考えられる内容の判断をすべき義務が日本の裁判所に觀念される」とする教授の説明を併せ考えてみると、「外国法」の解釈行為自体は日本の裁判所が行う「法的判断」の中に含まれていないようにもみえる。というのは、内国裁判所が考える内容が「外国の裁判所であればどのように判断した」という点である以上、解釈行為の事実上の主体はあくまでも外国裁判所であって、内国裁判所ではないはずだからである。このような説明方法は、すでに池原説の第八文でも行われていた（「外国法」の解釈行為のみを特に取り出して、「その法規がその外国で涉外事件に対して同様な関係において適用されるとすれば、そう解釈されるであろうように解釈する」）。このようにみると、「外国法」の実質的な解釈権限は外国裁判所にのみ帰属し、内国裁判所にはない。この場合、内国裁判所の行為は主体的な「解釈」ではなく、「外国裁判所による解釈結果の受容」ととどまり、「受容」行為のみが

「裁判所の本来的な職責」となるようにみえる。

(2) (i) それでは、「外国法」概念に何が含まれるかは何によって決定されるか。この点については種々の説明が行われていた。ここでは、法規範の構成要素である要件（論点）と効果（判断基準）の組合せに着目して整理しよう。

一方の要件部分は、江川説では、「成文法のみに限らず、不文法をも含む」（第一文前半）、「当該外国で現に法として妥当するもの」（同後半）、「或る規範がかかる妥当性をもつか否か」（第二文）、「外国の判例及び学説が実定法と如何なる関係にあるか」（第七文）、「外国国際私法の解釈についても異なるところはない」（第八文）とされていた。池原説では、「当該の法域で実定法として妥当しているもの……現に当該国で法としての効力をもっているもの」（第二文）、「外国法とは制定法に限らないのは勿論であるが、条理、判例、或いは学説などの法源性の問題や、ある規範が果してその国で法としての効力を有しないか否かの問題」（第三文）、「ある法令が当該国の憲法又は国際法（条約）に違反するときには法としての効力を有しないか否かの問題」（第四文）と説明されていた。また、櫻田説では、「成文法のみならず判例法、慣習法、条理などの法源性や拘束力、ある規範が妥当力を有するか否か……上位規範との関係」（第二文）、「外国法の一部欠缺の場合にもその補充」（第四文）と表現されていた。そして、道垣内説では、第三文「判例にどのような権威が認められているか」（第三文）と述べられていた。

他方、効果の部分は、江川説では、「その外国法秩序によって決定せらる」（第二文）と書かれていた。池原説では、「その外国の法秩序の立場で判断されなければならない」（第三文）、「その外国の法秩序の立場にたつて解決されなければならない」（第四文）と説明されていた。櫻田説では、「その外国法秩序によって決定される」（第一文）と、そして道垣内説では、「当該外国法秩序の中で決定されなければならない」（第三文）と記されていた。山本説では、「当該

外国法に関する資料によれば、具体的問題についての外国裁判所の判断が明確でない場合には、その他の資料から、当該外国裁判所であれば判断するであろうと考えられる内容の法規範を引き出して前提にすべきことになる」(第五文)と述べられていた。⁽⁴⁹⁾

(ii) このように、「外国法」概念に何が含まれるかは何によって決定されるかという論点をめぐっては、——表現は多岐に亘るものの、国際私法分野固有の用語で整理すると——、概して「準拠法たる外国法の内容如何(単位法律関係)は当該外国法(連結点)による」というように、独立牴触規定の形式で言い表すことができよう(準拠法所属国法説(準拠法説))。

このような整理が可能であるとすると、少なくとも次の二つの段階が区別されなければならないことが分かる。第一段階は、「外国法」秩序が何を「現に当該国で法としての効力をもっているもの」と考えているかが決定される段階(準拠法所属国法上の「自国法」概念の解釈)であり、第二段階は、外国法秩序によって決定された当該「外国法」概念(定義)が内国裁判所により受け入れられるか否かを判断する段階(法廷地牴触法上の「外国法」概念の解釈)である。伝統的理解では、前者の解釈結果がそのまま自動的に後者に採用されていたようにみえるため、両者を区別する必要がないと考えられていたのかもしれない。内国裁判所説の実態がこのような二段階構成を採るものであるとみると、「外国法」概念に何が含まれるかは何によって決定されるかという問い自体が二分され、形式的解答(第二段階の解答)が内国裁判所説であるとしても、実質的解答(第一段階の解答)は外国裁判所説となると言わなければならないこととなる。

(iii) それでは、このような実質的意味での外国裁判所説はどのように説明することができるのだろうか。この説

が成り立つというためには、何よりもまず、法の適用に関する通則法それ自体（具体的には、同法の解釈権限を有する内国裁判所）が、「外国法」の内容を誰がどのように決めるかという論点について決定権を有するという前提（軋触法的論点）が承認されなければならない。この前提が承認されているというためには、さらに遡って、法の適用に関する通則法の解釈権限を有する裁判所に対して右の決定権を付与する権能が、憲法上、一般的立法権を有する国会に対してあらかじめ与えられていなければならない（憲法上の論点の承認）。しかしながら、憲法分野の体系書や注釈書をみても、この点に関する明確な言及はない。こうみると、法廷地で解釈され、適用される「外国法」の内容を、準拠法として指定された当の「外国法」それ自体が決定し得るとする見方（国際私法分野における論議）それ自体の成否が憲法分野で考えられなければならないことが明らかにになる。

国民国家制のもとでは、外国法は原理的に法源たり得ない。外国法を国内で適用しようとするれば、しかるべき法的根拠がそれに与えられていなければならない。憲法第四十一条や第九八条第二項を考慮すれば、国家構成法（憲法）以外、「外国法」に一般的法源性を付与することはできない。このようにみると、「外国法」概念に何が含まれるかは何によって決定されるかという点は、国際私法上の論点という以前に、憲法上不可避の論点とされていなければならないことがつたようにみえる。

さらに附言しよう。準拠法とされた外国法秩序が、当該国における判例法、慣習法、条理、学説の法源性の有無について、また、当該国の憲法や国際法（条約）に違反するときの法としての効力の有無について、それぞれ決定するという伝統的理解が正しいとすると、法廷地国では法源として認められていない特殊な社会規範（特殊な宗教規範に基づく指導者（教祖）の教え等）や法廷地国では国際法に違反するとして法的効力を否定されている条約等の適用可能性

が、結果的に、法廷地国で認められることとなる。むろん、そのような状況にあっても、国内的の一貫性を担保するために、国際私法上の公序条項を用いて準拠外国法の適用を排除するという法律構成があり得る。

(iv) 「外国法」概念が「その外国法秩序によって決定せらるべき問題である」(江川説の第二文)とすると、使用言語(当該国の公用語)の点からみて必然的に、準拠「外国法」=「原典外国法」という帰結が導かれる(スイス連邦のように、複数言語を公用語とする場合には、法令も裁判も複数の言語で記述されており、それらの同値性が認められているところから、そのいずれも「原典外国法」とみることができよう)。「原典外国法」の正確な適用・解釈に際して、「当該外国の裁判官がなすように」⁵⁰という条件を満たさうとすれば、当該「原典外国法」の解釈権能を付与された当該国司法機関以外、当該「外国法」を解釈する権限がない。わが国の裁判所が「外国法」を適用・解釈すると説明される場合でも、その実態は、内国裁判所の活動は当該国法上の法源の調査・確定にとどまり、その後は、当該国裁判所が行う自国法の適用・解釈の仕方を正確に把握し理解したうえで、そのやり方をいささかも変えることなく、すべてそのまま受け入れる(瀉瓶⁵¹)ことを意味する(二段階構成)。

それでは、伝統的理解の場合、「裁判所では、日本語を用いる」旨を定めた裁判所法第七四条はどのように位置付けられるのだろうか。想定し得るひとつの説明方法は、同条の適用対象に「外国法」は含まれないと解釈することである。これに対して、同条が「外国法」にも及ぶと解釈される——この点の解釈権限は、同法が国内法であるため、内国裁判所に属する——場合、「外国法」上用いられている言葉を日本語に置き換え、解釈対象となる「外国法」を「翻訳外国法」に転換する行為はどのような法的論理のもとに正当化されるのだろうか。「原典外国法」を「外国法」とする建て前(学理)と「翻訳外国法」を「外国法」とみる実情(涉外実務)との乖離を埋めようとするれば、「翻

訳外国法」の正当性の有無を受入国（日本）側の関心事のみで決定できる（自国語への翻訳を認めるか否かはもっぱら法廷地国の裁量行為である）とする見方が採用されなければならないであらう。

もちろん、このような見方はわが国からみた一面的なものでしかない。関係諸国との間で生じ得る司法摩擦を避けようとするれば、翻訳される原典テキストを定めた、当の「外国法」所属国側からの許諾の可否（許容性の有無）も論点となり得よう。このようにみるのは、「外国法」概念が「その外国法秩序によって決定せらるべき問題」と主張する以上、当該「外国法」を他の言語に翻訳したうえ適用・解釈してもよいか否かという論点（翻訳）行為の正当性の有無）も当該外国法秩序によつて決定されなければならないはずだからである。主権国家が公用語で立法措置を講じる目的が自国民にその内容を周知させることにあるとみれば、通例、自国法の他国語への翻訳を公的に承認することは考え難い。他国が翻訳という形で当該国の法制を随意に自国語に置き換えることが、当該国の立場を無視したこととみる立場は原典外国法説に立つ伝統的理解にも通底するようにみえる。

（v） それでも、国際取引の決済通貨をドル建てとし、紛争解決基準（準拠法）としてニューヨーク州法を合意する実務等に現れているように、自国法制の適用範囲を対外的に拡張する「司法覇権主義」のもとで、法廷地国公用語への「翻訳」が当該国により許容される場合も十分にあり得る。その場合、邦訳（翻訳外国法）と原典テキスト（「原典外国法」とが一致しているか否か（「翻訳」内容の正確性の有無）は問われなくてもよいのだろうか。鑑定制度を採用する場合、鑑定人の資質を客観的に証明する制度が導入されていなければ、法的判断の質自体が問われるように、「翻訳」内容の正確性を確保しようとするれば、すべてを法廷地国裁判所の判断に委ねることに代えて、「翻訳」内容の正確性を期するべく、当該国裁判所の判断を優先する構成に加え、関係諸国間に共通する公証制度の採用も考えられ

なければならぬ。

(3) 準拠法に指定された「外国法」は、「外国法」として、そのまま適用されるのか、それとも、「国内法（内国法）」として適用されるのか。この点については、学説史上、二つの見方があった。⁽⁵²⁾

伝統的理解は、「外国法」は「外国法」としてそのまま適用される旨、主張する。江川説では、「国際私法が外国法の適用を命ずるのは外国法としてこれを適用することを命ずるものであって、これを内国法とするものではない」（第三文）と書かれ、櫻田説では、「外国法は、国際私法により準拠法として指定されることによって外国法として適用されるので、具体的事案に適用されるべき外国法規範はその外国法秩序の一部として解釈、適用され、わが国の解釈方法論や法観念に従って理解されるべきではない」（第三文）と説明されていた。池原説の第三文後半では、その理由が「抵触規定の趣旨」に求められていた。それは、「外国法」尊重の立場にほかならない。

これに対して、国内法説は、しかるべき法律構成⁽⁵³⁾を通して「外国法」が「国内法」に転化したことを根拠に、憲法第七六条第一項のもとで、国内裁判所が「国内法」を随意に解釈し得ると主張される。いずれの立場を採用するかはもとより論理の問題ではない。どちらの見解を採用にせよ、説明の一貫性が求められることに変わりはない。

それでは、先にみた溜池説（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）（第三文）はどちらに分類されるのだろうか。「日本語に翻訳して」という表現が使われていること自体、当初の原典テキスト（原典外国法）とその邦訳（翻訳外国法）とが別の法源であることを意味しよう（邦訳では、解釈の対象が翻訳テキストである以上、原語を異にする外国裁判所が日本語テキストを原語で「その外国の裁判所の採用する方法」によって解釈することはできないとまずは考えられる）。こうみると、溜池説は、「解釈方法については、その外国の裁判所

の採用する方法によるべきである」と説明されてはいても、純粹の外国法説ではないことが明らかになる。

(4) これに対し、伝統的理解の多くは、純粹の外国法説を採るようにみえる。この見解では、自明であるが、「外国法」の解釈が必要となるか否かという論点につき肯定説が採用される。折茂説では、「裁判所は、外国法を適用するにあたっては、その法の解釈を必要とする場合もある」(第一文)と述べられ、山田説では、「外国法が適用される場合には、外国法の解釈がなされなければならない」(第二文)と書かれ、山本説では、「外国法に関する基礎資料が収集された後は、それに基づき法的判断を行う過程がある」(第一文)と説明されていた。この論点を取り上げない諸見解にあっても、この論点について肯定説を採用する場合でなければ生じない論点——「外国法」をどのように解釈するべきか——に触れられていること、また、解釈を伴わない適用を想定し得ないこと、これらからみて、やはり肯定説が採用されているものとみられよう。

(5) それでは、準拠法に指定された外国法はどのように解釈されるか。これについては、当該外国法による旨の積極的表現(外国法説)と法廷地法(国内法)によるのではないとする消極的表現(非国内法説)が併存するが、その内容に違いはない。

(i) まず、内国の解釈方法論や法観念によるべきではないとする消極的説明をみておこう。江川説では、「単に個々の外国法規のみを切り離してこれを内国法解釈の方法及び手続に従って解釈すべきでない」(第五文後半)と述べられていた。溜池説では、「外国法の規定が、たとえ内国法の規定と外形的に同一であっても、その外国法秩序の構成成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」(第二文)と書かれていた。櫻田説では、「外国法は、国際私法により準拠法として指定されることによつて外国法として適用されるの

で、具体的事案に適用されるべき外国法規範はその外国法秩序の一部として解釈、適用され、わが国の解釈方法論や法観念に従って理解されるべきではない」(第三文)と記されていた。道垣内説では、「外国法の条文のみを翻訳し、日本法の観念に従って解釈してはならない」(第二文)とされていた。それでは、なぜ、内国法の解釈によってはいけないのか。この問いは、なぜ準拠外国法によるべきかという問いに置き換えることができよう。

(ii) それでは、外国法説の積極的根拠は何に求められるか。多くの見解では、根拠付けに触れることなく、「外国法」が適用されるとする現象面の説明が繰り返されている。江川説では、「外国法は外国法として解釈されなければならぬ」(第四文)、「適用すべき明文もしくは不文の外国法が判明した場合に、その規定の解釈もまたその外国法秩序の構成部分として当該外国法秩序からこれを解釈すべき」(第五文)、「外国法は当該外国の裁判官の立場において、外国裁判官が解釈する如くに解釈しなければならない」(第六文)、「外国実質法の解釈についてのみならず、反致の原則の適用のある場合には、外国国際私法の解釈についても異なるところはない」(第八文)と考えられている。池原説では、「その解釈もその外国で行なわれている通りに行なわれるのでなければ、それを準拠法に指定している抵触規定の趣旨に反する」(第二文後半)、「厳格な文理解釈或いはより自由な合目的解釈の何れをとるべきか、当該国の判例や学説を如何に評価するか等についても、その外国の裁判所と同じ態度で臨まなければならない」(第五文)、「その法規がその外国で涉外事件に対して同様な関係において適用されるとすれば、そう解釈されるであろうように解釈する」(第八文)と解説されていた。折茂説では、「当の外国の判例や学説などを参照しながら、あたかもその国の裁判所がそれをなすがごとくにしなければならない」(第二文)と、山田説でも、「外国法は外国法として適用されるべきものである以上、外国法の解釈は、わが国の裁判所としての立場からでなく、当該外国裁判所としての

立場において、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」(第二文)とされていた。溜池説では、「厳格な文理解釈によるのか、合目的解釈によるのかといった解釈方法については、その外国の裁判所の採用する方法によるべきである」(第一文)、「外国法の規定が、たとえ内国法の規定と外形的に同一であっても、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」(第二文)、「その国において、国際的私法関係に適用される場合における解釈によるべきである」(第六文後半)と述べられていた。櫻田説では、「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」(第一文)と記されていた。道垣内説は、「外国法が準拠法となるということは、その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的に用されるということ」(第一文)、「外国法の条文のみを翻訳し、日本法の観念に従って解釈してはならない」(第二文)と述べていた。山本説では、「外国の裁判所であればそのように判断したと考えられる内容の判断をすべき義務が日本の裁判所に観念される」(第三文)、「文理解釈が一般である外国法であれば、目的解釈等の解釈手法によらない」(第四文)と解説されていた。

山本説については、さらに補足すべき点がある。それは、内国裁判所説に立つともみられる説明が行われていたことによる。たとえば、「当該外国法に関する資料によれば、具体的問題についての外国裁判所の判断が明確でない場合には、その他の資料から、当該外国裁判所であれば判断するであろうと考えられる内容の法規範を引き出して前提にすべき」(第五文前半)、「外国裁判所が一定の判断を示しているときも、その判断が他の判断と明らかに整合性を欠くような例外的場合は、日本の裁判所は当該外国裁判例と異なる判断をすることもできる」(同後半)、そして「日本の裁判所が外国裁判所の立場に立てばそのように判断すべきと考える場合には、判例と学説の対立がある場合に学説

に依拠したり、最上級審の判決と異なる判断をしたりすることも可能」(第六文)とする解説がそうである。「外国法に……に基づき法的判断を行う過程がある……裁判所の本来的な職責ということになる」(第一文および第二文)とする説明をみると、日本の裁判所が解釈権限を有するとみられよう。他方で、「この場合、その対象が外国法であることから、外国の裁判所であればそのように判断したと考えられる内容の判断をすべき義務が日本の裁判所に觀念される」(第三文)とする指摘もある。この点を考慮すると、山本説も実質的には外国法説に帰着するようにみえる。

(iii) これらを通覧して分かるのは、外国法説採用の根拠が「抵触規定の趣旨」(池原説の第三文後半)に帰着するという点である。それは、涉外事件解決策として抵触法的規律を採用した趣旨、つまり、連結点を「最も密接な関係を有する地の法」に求め、法廷地法には求めないとする政策的決断にほかならない。しかし、よく考えてみると、なぜ外国法によって解釈するべきかという問いに対して、そのように行動することが求められているからだとする回答は同語反覆の誇りを免れないであろう。というのは、「抵触規定の趣旨」という表現には、最も密接な関係を有する地の法を連結点とする抵触法的規律をなぜ採用するのかという問いに対する解答が含まれていないからである。この点を考慮すると、一旦は除外した「なぜ、内国法の解釈によってはいけないのか」という問いにふたたび向き合わなければならないこととなる。内国法説不採用の理由としては、結局、法廷地ごとに解決策が異なる余地を残さないということに尽きる(準拠法解釈次元での国際的一致、法廷地漁りの防止)。

今ひとつ、触れておかなければならないことがある。それは、はたして国内裁判所が「外国の裁判官の立場において、外国裁判官が解釈する如くに解釈」するよう行動することがそもそも可能なのかという点である。たとえば、先の東京高裁平成三一年一月一六日判決では「不当 (unjust)」という文言の解釈に触れられていた。しかし、そこで

行われていた英国法上の「不当 (unjust)」概念の解釈は、推測すると、日本で生育し、日本で学校教育等を受け、日本で日常生活を送っている日本の裁判官の主観的感情に基づくものであって、連合王国の社会的環境で育ち、その地の生活様式のもとで社会行動文法を体得している同国の裁判官が「unjust」と感じる社会文化的印象と同じであるとは言い得ないように見える。もっと言えば、「外国の裁判官の立場において、外国裁判官が解釈する如くに解釈」することを求める伝統的理解は、日本の裁判官自身が経験したことのない、異文化に属するこの種の感情的表現を理解するように強制するという意味で、不可能を強いることになっていのではないだろうか。内国裁判所による「外国法」の解釈が当該外国裁判所による本来の解釈と合致しているか否かの判断は、当然のことながら、当該国の裁判所に委ねざるを得ないであろう。このようにみると、伝統的理解には、「外国法」解釈の正確性をどのように担保することができるかという点に関する補足説明が求められるのではなからうか。

(6) このほか、準拠法に指定された外国法の解釈上、純粋国内事件における解釈と涉外事件における解釈とを区別し、後者を優先してもよいか否かという点も検討を要しよう。この点に触れた見解はどれも肯定説を採る。

池原説では、「準拠法がその属する国において解釈・適用されているのと同様に、いわばその国の裁判所の立場において解釈・適用されねばならないことは、必ずしも当該国の純国内事件の場合に行なわれているのと全く同じに解釈しなければならないという意味ではない」(第六文)、そして「一方その国の純国内的関係に対して総ての関連事項についても等しく同一国法の適用を予定して適用される場合と、他方涉外関係に対して他の関連事項については他国法が適用されて異なった規律・解決が行なわれることを予定して適用される場合とは、自から異なった解釈をしななければならないこともあろう」(第七文)と述べられていた。溜池説では、「外国法の規定を外国法秩序の構成部分と

して解釈する場合においても、必ずしも、その国において純粹の国内的私法關係に適用される場合における解釈によるのではなく」(第六文)と説明されていた。櫻田説では、「準拠法としての内国法の解釈にあたっては、ときには純粹の内国事案について適用される場合と異なり、涉外性に対する配慮を必要とすることもある」(第五文)と記されていた。そして、道垣内説では、「もつとも、事案の涉外性により、当該外国における純粹な国内事案への適用とは異なる適用となることもあり得よう」(第四文)と書かれていた。

それでは、右の説明はどのように評価されるか。準拠外国実質法の解釈にあたって、涉外事件の解釈と国内事件の解釈とを区別するか否か、これを肯定する場合、涉外事件の処理に際してどのような修正を行うか等の判断がすべて当該外国裁判所の判断に委ねられているという先の趣旨をも併せ考慮すると、ここでも、「純国内事件の場合に行なわれているのと全く同じに解釈しなければならない」とか「その国において、国際的私法關係に適用される場合における解釈によるべき」とか「涉外性に対する配慮を必要とすることもある」とかというように、一方の見解のみを優先することはできないようにみえる。溜池説の場合、おそらくは適応問題としての処理が念頭にあったことと推察されるが、右の趣旨で区別することが、「解釈方法については、その外国の裁判所の採用する方法によるべきである」とか第二文の「外国法の規定を外国法秩序の構成部分として解釈する」(第一文)こととどのように接合するかという点については、何も述べられていない。なお、右の池原説および溜池説と同趣旨かと思われる櫻田説では、「外国法の解釈ではなく、「準拠法としての内国法の解釈」と説明されている。⁽⁵⁴⁾このようにみると、国際私法分野の伝統的理

解〔準拠法説〕、「原典外国法説」には、なお検討すべき課題が残されていることが分かる。

四 以上の検討を経て、冒頭に示した疑問、すなわち、準拠外国法の形式的な解釈権限が国内裁判所に属し、実質的な解釈権限が当該外国裁判所に帰属するという説明（二段階構成）の成否について改めて考えてみよう。「外国法は当該外国の裁判官の立場において、外国裁判官が解釈する如くに解釈しなければならない」（江川説の第六文）とする主張を実現するためには、国内裁判所の実務担当者に外国語・外国文化の理解、外国法解釈等のすべてに亘って、十分な能力が備わっていることが担保されていなければならない。しかし、わが国の渉外実務⁽⁵⁵⁾が実証していたように、また、法の名宛人がホモ・ジュリデイクス (homo juridicus) —— この表現は、もっぱら経済的合理性のみに基づいて個人主義的に行動する人間像、すなわち、ホモ・エコノミクス (homo economicus) に対応する —— であることを考慮すると、実務に堪え得る水準の外国語運用能力を有することの確認が司法試験において求められていない現状では、右の要請をそのまますべての関係者に求めることには無理があると言わなければならない。伝統的理解に込え得るのは、せいぜい、ポリグロットとして広く世界に知られた井筒俊彦⁽⁵⁶⁾のように、特別の言語能力を有する——少なくともそれぞれの言語のネイティブ実務法曹が備える標準的能力からみてバイリンガルとかトリリンガルとみなされ得る——一部の関係者に限られることであろう。このようにみると、「外国法」の解釈に関する伝統的理解にはやはり限界があることが分かる。

五 それでは、どのような対案が可能なのだろうか。

(i) まず、伝統的理解を維持しようとするれば、「外国法」の形式的解釈権限も当該国の法律家に委ねる方策が考えられる。現行制度としては、民事訴訟手続に関する条約（昭和四五年六月五日元条約第六号）第八条にいう「民事又は

商事に関し、他の締約国の権限のある当局がその管轄区域内で証拠調べその他の裁判上の行為」という文言に準拠外国法の解釈行為を含めるといふ理解のもとに、「自国の法律に従い、その当局に対して司法共助を囑託する」といふ方法や、鑑定制度（民事訴訟法第二二二条ないし二二八条）を活用し、当該国の法律家に鑑定書の作成を依頼するという方法が用意されている。それでも、前者の場合、外交上の経路を通じて転達される相手方締約国の裁量に委ねられているという点で、後者の場合、有資格外国人法律家や必要経費の恒常的確保の点で、それぞれ限界がある（どのような制度も無償で実現できるわけではない。）とすれば、立法論として、外国法の解釈のみを担当する外国人法律家を特任裁判官として一時的に任用する方策等も考えられる余地がある。

(ii) 外国裁判所の解釈結果と国内裁判所の結果受容行為とを接続する右の方策が不能だとすれば、伝統的理解の相当部分を放棄することも検討されなければならない。先に、「準拠法たる外国法の内容の調査・確定が内国裁判所の職権・職務に属する」（池原説の第一文前半）とされていた趣旨を尊重すると、「外国法」の解釈権限を当該国裁判所から内国裁判所に取り戻し、内国の法観念に基づく解釈の余地を残すことが考えられる。日本語に翻訳された「外国法」のテキスト（翻訳外国法）を、外国語を使用する外国法上の概念によって解釈することは断念せざるを得ず、むしろ、翻訳されたテキストを日本語の概念によって解釈する方法によらざるを得ないであろう。むしろ、日本法上存在しないという意味で、外国法に固有の概念を日本語に翻訳して新しい法律概念を創作する場合でも、創作された諸概念の解釈は日本語で行われなければならない。ここでは、解釈の対象を「外国法」（原典外国法）そのものではなく、「日本語に翻訳」されたテキスト（翻訳外国法）に求める旨を明言された溜池説（第三文）の趣旨が改めて強調されるべきであろう。

(iii) 尤も、このような方法が採用される場合でも、クルアーン（コーラン）、スンナ、イジュマール、キヤース等を法源とするイスラーム法⁽⁵⁷⁾をどのように取り扱うべきかという点は別途検討されなければならない。クルアーンの翻訳が禁じられていないとしても、「クルアーン」（「正統な法源」）はアラビア語で書かれたものに限られるとする主張が現在でもみられるという状況⁽⁵⁸⁾を考慮すると、イスラーム法については「翻訳外国法」を想定すること自体が不能であるとも言えよう。そうすると、内国裁判所がイスラーム法の解釈を行い得るような法律構成が新たに構想されなければならぬこととなる。このようにみると、伝統的理解をそのまま維持する見方にも、伝統的理解を部分的に放棄する見方にも、それぞれに検討すべき課題が残されていることが分かる。

四 結びに代えて

一 小稿では、準拠外国法の解釈手法に関して、「外国法は外国法として解釈されなければならない……その規定の解釈もまたその外国法秩序の構成部分として当該外国法秩序からこれを解釈すべきであって、単に個々の外国法規のみを切り離してこれを内国法解釈の方法及び手続に従って解釈すべきでない」（江川説の第四文および第五文）とする国際私法分野の従来の主張を正確に理解し、それを実現するための留意点が検討された。中心に置かれたのは、一方の「外国法を具体的な事案に適用するための解釈等についても当然裁判所が責任を負う」とする指摘（池原説の第一文）と、他方の「その解釈もその外国で行なわれている通りに行なわれる」という説明（池原説の第二文）とを、言い換えれば、国内裁判所の形式的な解釈権限と外国裁判所の実質的な解釈権限とを法律構成上どのように結び付けるこ

とができるかという点であった。この点を取り上げられたのは、国際私法分野の共通理解が涉外実務で履踐されていないこと、従来の見方には学理上検討を要する論点が残されていること、これら二点において伝統的理解にはなお検討すべき課題が残されていると考えられたからである。個々の法律問題の処理に際して、国内法であれ外国法であれ、「最も密接な関係」を有する法秩序にその解決を委ねるとする、牴触法的規律方法の趣旨を実現しようとするれば、「外国法」解釈手法の在り方を示すだけでなく、どのようにすれば理想を実現できるかという観点からの具体的な実施マニュアル案も模索されなければならない。

二 それでは、この種の課題を克服し、涉外実務を改善する方策は何か。ここでは、「外国法」解釈の出発点に立ち返り、憲法体系における「外国法」の位置付け（法源性付与行為）が「外国法」解釈の在り方に影響を及ぼす可能性を考えてみたい。というのは、国家構成に関する最高法規（憲法）とその授權に基づいて成立した下位法源（法の適用に関する通則法等）との関係を考慮に入れるとき、憲法の立法者が「外国法」の解釈方法についてまったく考えていなかったとは言い得ないようにみえるからである。

憲法第四一条が示すように、主権国家では、何を法源とするかが国家構成法上の基本的論点となっている。「外国法」に対して内国での一般的法源性を認めるか否かが憲法分野の本来的課題とされなければならないということは、「外国法」概念の定義だけでなく、「外国法」解釈指針の策定も憲法上の課題となることを意味しよう。ある事件では、準拠法上、「bona fide」⁽⁶⁰⁾や「equity」⁽⁶¹⁾が法源に含まれるのに対し、別の事件ではそれらの法源性が認められないというように、言語も法律概念も異なるため特段の配慮を要する事例があることを考慮すると、もともと、自国の司

法機関の判断に全面的に委ねられ得る国内法の解釈と、当該国司法機関の判断に全面的に委ねられるべき「外国法」の解釈とを同列に論じることができないのではなからうか。このようにみると、「外国法」に対して一般的法源性を付与するとともに、「外国法」解釈に付随する事項を包括的に定める立法作業（授權規範）を示唆する意味で、第四条本文の後に、「但し、外国法を除く。外国法に関する事項は、法律でこれを定める。」といった趣旨の規定を追加するなどの工夫も必要とならう。とりわけ、異なる言語や文化（社会行動規範等を含む。）の正確な理解を担保しようとするれば、涉外実務の負担を軽減する意味でも、外国法の公定訳を作成したり異文化理解を促進したりする部署の充実に可能とする特別法の制定も早急に検討されるべきであろう。さらに、内国裁判所に真の意味での外国裁判所並みの「外国法」解釈を望み得ないのではないかという懸念を払拭できないとすれば、前述のように、しかるべき能力を有する外国人法律家の特任、裁判官への登用も一案となり得る。むしろ、いずれの立場が優先されるかは、つねに「比較の第三項」に基づいて判断されなければならない。小稿が憲法と国際私法との対話を促進するための一助となり、伝統的理解と涉外実務との乖離を解消するための一案となり得ることが期待される。

（二〇二〇年四月二十五日脱稿）

* 笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、二〇〇九年）七頁。

(1) 多喜寛『属地主義』（国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』（三省堂、二〇〇五年）五六四頁以下）。ここでは、「いわゆる『公法』の属地性の原則」の理解の仕方について、「一国の『公法』はその国の裁判所によってのみ適用され、一国の裁判所は外国の『公法』を適用しない」と説明されている。この点については、山内『国際私法の深化と発展』（信山社、二〇一六年）三一九頁以下、特に三三二頁参照。

(2) 塚場準一『抵触規定』（国際法学会編・前掲書（前注1）六二六頁。ここでは、「同種・同一あるいは関連の事柄に適用される法令が複数あり、かつ内容を異にしている場合を法律の抵触……ととらえ、その抵触状態を解決するために設けられた基準」と説明されている。

(3) 「適用」とは、「法律・規則などを」あてはめて用いること」（新村出編『広辞苑 第四版』（岩波書店、一九九一年）一七五八頁）を言い、「解釈」とは、「文章や物事の意味を、受け手の側から理解すること、また、それを説明すること」（同上、四一八頁）を言う。

(4) 「州際私法」は、「準国際私法」とも言い換えられている。砂川恵伸「準国際私法」（国際法学会編・前掲書（前注1）四六一頁以下。ここでは、「一国内で地域によって別々の私法が行われている国（不統一法国とか多数法国という）において、地域私法間の場所的抵触を解決するための法則」と説明されている。

(5) 法の解釈と呼ばれる行為の具体的なプロセスについては、笹倉・前掲書（前注*）他参照。

(6) 池原季雄『国際私法（総論）』（法律学全集59）（有斐閣、一九七三年）一三三頁以下。

(7) 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、二〇一一年）三五〇頁以下、特に三五七頁以下他。

(8) 最近の裁判例として、東京高裁平成三一年一月一六日判決（判例時報二四三三三号七〇頁以下、特に七四頁以下）他。

(9) 江川英文『国際私法（改訂）』（有斐閣、一九七〇年）一一〇頁以下。

(10) 池原・前掲書（前注6）一三三三頁以下。

(11) 山田鎌一『国際私法 第3版』（有斐閣、二〇〇四年）一三三三頁。

(12) 折茂豊『国際私法研究』（有斐閣、一九九二年）は、「或る国の裁判所が自国の法でない他国のそれを適用する……こと

国家法体系における外国法の解釈について（山内）

……はたして許さるべきことなのか否かを疑問とする見解」(二頁)が「普通に外国法の適用と呼ばれている現象」(同上)をどのように理論的に説明するかという論点を取り上げて、この点に関する諸学説(既得権説、実質的受容説および形式的受容説)について批判的検討を加えた後、それらが「かならずしも充分に人を納得せしめえなかった」(三三頁)と評価する。「普通に外国法の適用と呼ばれている現象は、やはり、文字通り『外国法』の適用として理解せられて差し支えないのではあるまいか、と考えられるのは、かならずしも不自然なこととは思われない」(同上)とみる博士は、「一国の裁判所による外国法の適用は自国の国際私法規定を根拠としてみとめられる、と考えるよりも、むしろいわばその反対に、一国の国際私法規定はその国の裁判所が特定種類の事案にたいしては外国法を適用すべき必要性に基づいて設けられているものにほかならない、と考えられるべきではないか」(三八頁)と指摘される。しかしながら、ここでは、外国法適用の国内的根拠について立ち入った考察は別稿に譲られたままとされている。

- (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——」法学新報二二〇巻一・二号(長尾一紘教授退職記念号)七一五頁以下(後に、山内惟介『国際私法の深化と発展』(信山社、二〇一六年)一八七頁以下に「憲法との対話——外国法の位置付け——」と改題の上、所収)、同「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——」比較法雑誌五二巻四号一頁以下(以下、山内「外国法の位置付け」として引用)、同「国家法体系における外国法概念について——憲法と国際私法との役割分担をめぐって——」比較法雑誌五三巻三号一頁以下(以下、山内「外国法概念」として引用)および同「憲法と国際私法との関係に関する一考察——人的不統一法国法指定の法律構成をめぐって——」(法学新報一二七巻七・八号(畑尻剛教授退職記念号)(近刊)(以下、山内「憲法と国際私法との関係」として引用)。

- (14) 憲法は、第四一条において、国会が国内法源を創設することを定めるほか、第九八条第二項において、「日本國が締結した條約及び確立された國際法規」の国内における法源性を付加的に規定する。しかし、外国法に対して一般的法源性を認める明文規定はどこにも見出されないようにみえる。

- (15) 憲法に「外国法」の法源性に関する規定が置かれていないということは、憲法の立法者自身が「外国法」に対して内国での法源性をまったく認めていなかったことを意味するのかもしれない。このように解する場合には、国会が法の適用に関する通則法等を定めた過程が憲法規範の解釈論としてしかるべく説明されなければならないであろう。

(16) 山内「外国法の位置付け」(前注13)二〇頁。

(17) 本来、主権国家の国内法源として認められていないはずの外国法について例外的に国内での法源性を認めるためには、国内法源に関する一般的规定(憲法第四一條)と条約に関する例外的規定(憲法第九八条第二項)を定めた憲法それ自体の中に、しかるべき授權規範が存在していなければならないのではなからうか。このことは、法の適用に関する通則法が自国法と外国法との適用関係を規律する下位法源であるという事実から逆に推知すると、同法の成立以前に、——すなわち、憲法により立法権を授權された国会が、憲法による制約の枠内で、同じく憲法により司法権を授權された裁判所がいつ外国法を適用してもよいかに関する下位法源を立法するよりも前に——、憲法の立法者自身の手で、外国法の一般的法源性が認められていなければならないことを意味する。

このような理解のもとに、「外国法」に対して内国での法源性を付与する最終的な法主体が、法の適用に関する通則法等を適用する裁判所ではなく、法の適用に関する通則法等を定めた国会でもなく、国会に対して前述の内容の立法を行う権能を特別に付与した憲法の立法者であるとする場合、憲法上の「外国法」概念の枠内で、国際私法上の「外国法」概念を構想する余地が生まれよう。それは、国家の基本的枠組みを定める国家構成法(国家の最高法規)とそうした土台に基づいて形成される下位法源との間に、「法律の定めるところにより」とか「法律でこれを定める」とかという文言で表される授權関係が存在するはずだからである。このようにみると、国際私法上の「外国法」概念の内容等について検討する前提として、憲法上の「外国法」概念について考える必要があることとなる。

(18) 専攻領域を異にする新井教授との最初の出会いは、アレクサンダー・フォン・フンボルト財団主催・フンボルト賞受賞者表彰式の折に訪れた(二〇〇七年三月、ドイツ・バンベルク)。その後、幸いにも、教授が中央大学法学部に着任され、短期間ではあったが、有益な交流の機会が与えられた。筆者の退職時には、「アメリカ後見法の改革動向——UGPPA修正と第三回全米後見サミットの開催——」を御寄稿戴いた(法学新報一二三巻五・六号三三頁以下)こともある。これまでの御芳情に感謝するとともに、教授の一層の御健勝と御活躍を改めて祈念したい。

(19) 法の適用に関する通則法第四二条(公序)は「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きは、これを適用しない」と定め、第二二条(不法行為についての公序による制限)第一項は「不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法を適用すべき事実が日本法によれば不法とならないときは、当該外国法に

- 基づく損害賠償その他の処分の請求は、することができない。」と、第二項は「不法行為について外国法によるべき場合に於いて、当該外国法を適用すべき事実が当該外国法及び日本法により不法となるときであっても、被害者は、日本法により認められる損害賠償その他の処分でなければ請求することができない。」とそれぞれ規定する。また、扶養義務（公序）の準拠法に関する法律第八条（公序）第一項および遺言の方式に関する法律第八条は「外国法によるべき場合において、その規定の適用が明らかに公の秩序に反するときは、これを適用しない」旨、規定する。これらの規定の間には、もちろん、文言上、若干の差異（又は善良の風俗）および「明らかに」があるが、規定の趣旨自体に違いはない（河野俊行「第四二条（公序）」（櫻田／道垣内編・前掲書（前注7）三三二頁以下）、早川眞一郎「扶養義務の準拠法に関する法律」（櫻田／道垣内編・前掲書（前注7）四〇七頁以下）、国友明彦「遺言の方式に関する法律」（櫻田／道垣内編・前掲書（前注7）四一九頁）。
- (20) 河野・前掲註釈（櫻田／道垣内編・前掲書（前注7）三三二頁以下）、早川・前掲註釈（櫻田／道垣内編・前掲書（前注7）四〇七頁以下）、国友・前掲註釈（櫻田／道垣内編・前掲書（前注7）四一九頁）。
- (21) 山本・前掲書（前注7）三五〇頁以下）。
- (22) この点は、『法律判例文献情報』（<https://www.dl-law.com/>）等、種々の文献目録によって容易に確認することができる。
- (23) ペーター・シュロツサー（小島武司編訳）『国際民事訴訟の法理』（日本比較法研究所翻訳叢書29）（中央大学出版部、一九九二年）他。
- (24) 三ヶ月章／澤木敬郎編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、一九八七年）他。
- (25) 小林秀之／村上正子『国際民事訴訟法』（弘文堂、二〇〇九年）、本間靖規／中野俊一郎／酒井一『国際民事手続法第2版』（有斐閣、二〇一二年）、古田啓昌『国際民事訴訟法入門——国内訴訟との対比で考える——』（日本評論社、二〇一二年）他。
- (26) 江川・前掲書（前注9）一一〇頁以下。
- (27) 池原・前掲書（前注6）一三三頁以下。
- (28) 山田鎌一「適応問題」（国際法学会編・前掲書（前注1）六二八頁以下。そこでは、「一国の国際私法上、一の法律関係の準拠法と他の法律関係の準拠法とが互いに異なった国の法律である場合、両者の適用の結果、ある種の矛盾および不調和が生ずることがある。これをいかにして解決すべきかが問題となる。……複数の法律秩序に連結される場合に生ずる矛盾および不調和をいかにして適応または調整せしめるべきかの問題という意味で、これを適応問題または調整問題と呼んでいる。

これは、いわゆる準拠法相互の衝突問題であつて、一国の国際私法の原則により準拠法が決定した後、準拠法の適用の段階において生ずる問題である。……救済するための方法としては、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とが考えられる」と説明されている。

- (29) 山田・前掲(前注28) 六二八頁。
- (30) 山田・前掲(前注28) 六二九頁。
- (31) 折茂豊『国際私法講話』(有斐閣、一九七八年) 五二頁。
- (32) 山田・前掲書(前注11) 一三三頁。
- (33) 溜池良夫『国際私法』(第3版) (有斐閣、二〇〇五年) 二四七頁以下。
- (34) ヴォルフガンク・ミンケ『比較法学』(ディーター・ヘーンリッヒ編/桑田三郎編訳『西ドイツ比較法学の諸問題』(日本比較法研究所翻訳叢書22) (中央大学出版部、一九八八年) 一五三頁以下、一五六頁。これについては、山内『外国法の問題』(前注11) 三五頁注61。
- (35) 同一言語で同一文言の法律概念を用いているか否かの判断基準も客観化されなければならない。
- (36) 「ポルトガル民法典中の国際私法規定」(桑田三郎/山内惟介共編著『ドイツ・オーストリア国際私法立法資料』(日本比較法研究所資料叢書7) (中央大学出版部、二〇〇〇年) 五四三頁以下、五六一頁。
- (37) 櫻田嘉章『国際私法』(第6版) (有斐閣、二〇〇二年) 一二七頁。
- (38) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法』(第8版) (有斐閣、二〇一八年) 五三頁。
- (39) 山本・前掲書(前注7) 三五〇頁以下、特に三五七頁以下。
- (40) 判例時報二四一〇号五八頁以下。
- (41) 判例時報二四一〇号六二―六三頁。
- (42) 判例時報二四〇三号六一頁。
- (43) 判例時報二四〇三号五八頁以下。
- (44) 判例時報二四〇三号六一頁。
- (45) 判例時報二四〇三号五八頁以下、五九頁。ここでは「準拠法に関する説示は、原審判の『理由』中の第二の二に記載のと

国家法体系における外国法の解釈について(山内)

おりであるから、これを引用する。」と述べられている。

- (46) 判例時報二四三三三〇頁以下、七四頁以下。東京高裁平成三〇年四月一九日決定(同号五九頁)では「準拠法に関する説示は、原審判の『理由』中の第二の二に記載のとおりであるから、これを引用する。」とされている。

- (47) 判例時報二四三三三〇七六頁。

- (48) 英国法の解釈上、「Enrichment」が生じていなければ、「Enrichment」が「just(正当)」か「unjust(不当)」かという論点を取り上げる必要がない。「unjust」に当たるか否かという論点を先に取り上げて、「英国法における『不当』の要件に該当すると認めることはできない」と判示した後、利得を得たか否かを論じ、「利得を得ているとは認められない」とした判旨には、審理順序の点で疑問が残る。

- (49) なお、前述のように、山本説の場合、第五文「具体的問題についての外国裁判所の判断が明確でない場合」と条件を付しながら、「その他の資料から、当該外国裁判所であれば判断するであろうと考えられる内容の法規範を引き出」すことができる局面が挙げられている。ここでは、「具体的問題についての外国裁判所の判断が明確である」か否かが問題とされているが、むしろ、要点は、当該外国の資料からしかるべき「法規範」を引き出せるか否かにあるようにみえる。

- (50) 山田・前掲書(前注11) 一三三頁他参照。

- (51) 仏語。師から弟子へ仏の教えの奥義をあますところなく伝授すること。ここでは、師の教えにいささかも疑念を抱くことなく、すべてをあるがままに受け入れる姿勢を貫くことが要請される。新村編・前掲書(前注3) 一一〇〇頁他参照。

- (52) 折茂・前掲書(前注12) 他。

- (53) 折茂・前掲書(前注12) 他。

- (54) そこにいう「内国法」という言葉は、おそらく「外国法」の誤記ではないかと推測される。それは、同教授が一二六頁の見出しで「外国法の確定・解釈」と表現されている点からみて、そこでの解釈の対象が「外国法」であるところから、右の説明文の趣旨は、当該外国法がわが国で「外国法」として適用される場合、当該国の国内事件と涉外事件とで区別が必要なものもあるということかと考えられる。

- (55) 前掲三で触れた裁判例他参照。

- (56) 井筒俊彦(言語学者、イスラーム学者、東洋思想研究者、神秘主義哲学者)については、『井筒俊彦著作集』(全一二巻、

中央公論社、一九九一～一九九三年）、『井筒俊彦全集』（全二二巻＋別巻、慶応義塾大学出版会、二〇一三～二〇一六年）、井筒俊彦『読むと書く——井筒俊彦エッセイ集——』（慶応義塾大学出版会、二〇〇九年）他参照。

(57) 山内「憲法と国際私法との関係」(前注13)参照。宗派により偏差はあるものの、イスラーム法(シャリーア)——形式的法源(クルアーン(コーラン)、スンナ(預言者の言行等)についてはハディースを通して確認することができる)、イジュマー(特定のケースにおけるイスラーム法学者同士の合意)、キヤース(クルアーンとハディースに基づいて、新しい事象に適用するよう、類推されたルール)とこれを補充する実質的法源(過去の判例や法学者の学説(ファトワー)、条理)——の場合、学説的法源性が認められないわが国の法源概念と文言上対応していないようにみえる。しかし、この点は、イスラーム法における学説法をわが国の「慣習法」「条理」等に読み替えることが許されるならば、対応可能となろう。

(58) 岡倉徹志『イスラーム世界のこれが常識』(PHP研究所、一九九四年)、橋爪大三郎「人間にとって法とは何か」(PHP研究所、二〇〇三年)、内藤正典/阪口正二郎共編『神の法 vs. 人の法』(日本評論社、二〇〇七年)他参照。クルアーン(コーラン)は、アラブ人・ムハンマドを通じてアラブ人の共同体に与えられた啓典と考えられたため、布教の対象はアラビア語を理解できるアラビア半島の住民に限られ、翻訳をめぐる問題は生じなかった。その後、クルアーンが全人類に与えられた最高で最後の啓典と位置付けられたことに伴い、布教の対象はアラビア語以外の言語を用いる者にも拡大された。特にイスラーム教が東南アジアで布教されるようになる。クルアーンの翻訳が現実味を帯びるようになった。それでも、歴史的経緯を尊重する者の間では「クルアーンがムハンマドに対してアラビア語で伝えられた」ことが重視され、翻訳されたものは神の言葉そのものであるクルアーンを正しく伝えられないとする解釈がなされるようになった。その結果、アラビア語で書かれたもののみが「クルアーン」であるときなされるという見方もある。

(59) 「外国法」に対して一般的法源性を認める最終的な根拠が憲法規範にあるとみる主張では、憲法第七六条第三項(「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」)にいう「法律」を「その他の国内法源」と改めたうえで、第三項の末尾、同条第四項の新設他、しかるべき個所に、「その他の国内法源に関する事項は、法律でこれを定める。」旨の授權規定を設けることが考えられる。むしろ、こうした提言は、現状を肯定する立場から行われる、憲法と法の適用に関する通則法との関係を接続するためのひとつの試みに過ぎず、伝統的理解に代替するものではない。

- (60) 「1 善意で II *in good faith*. 2 審議誠実に従って」田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、一九九一年）一〇五頁。
(61) 「2 エクイティ 英米法の歴史の淵源のうちコモン・ローと並ぶ重要なもの」田中編・前掲書（前注60）三〇二頁以下。

（本学名誉教授）